

ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

1996

Volume II
Deuxième partie

*Rapport de la Commission
à l'Assemblée générale
sur les travaux
de sa quarante-huitième session*

NATIONS UNIES



ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

1996

Volume II
Deuxième partie

*Rapport de la Commission
à l'Assemblée générale
sur les travaux
de sa quarante-huitième session*

NATIONS UNIES
New York et Genève, 1998



NOTE

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

Le titre *Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire...*, suivi de la mention de l'année (par exemple *Annuaire... 1995*).

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

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

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

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

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

A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : F.98.V.9 (Part 2)
ISBN 92-1-233317-6

Édition complète de deux volumes :
ISBN 92-1-233318-4

ISSN 0497-9877

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
<i>Document A/51/10. — Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996)</i>	1
Répertoire des documents de la quarante-huitième session	157

DOCUMENT A/51/10*

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996)

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Abréviations et sigles	4
Note concernant les citations	4
Instruments multilatéraux cités dans le présent volume	5
<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>
I. ORGANISATION DES TRAVAUX DE LA SESSION	1-29 11
A. Composition de la Commission	2 11
B. Bureau et Bureau élargi	3-5 11
C. Comité de rédaction	6-7 11
D. Groupes de travail	8-10 12
E. Secrétariat	11 12
F. Ordre du jour	12 12
G. Résumé des travaux de la Commission à sa quarante-huitième session	13-21 12
H. Points sur lesquels les observations des gouvernements présenteraient un intérêt particulier pour la Commission	22-29 13
II. PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ	30-50 15
A. Introduction	30-46 15
B. Recommandation de la Commission	47-48 17
C. Hommage à M. Doudou Thiam, rapporteur spécial	49 17
D. Articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité	50 17
PREMIÈRE PARTIE. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES	17
Article premier. — Portée et application du présent Code	17
Commentaire	17
Article 2. — Responsabilité individuelle	18
Commentaire	19
Article 3. — Sanction	23
Commentaire	23
Article 4. — Responsabilité des États	23
Commentaire	23
Article 5. — Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique	24
Commentaire	24
Article 6. — Responsabilité du supérieur hiérarchique	25
Commentaire	25
Article 7. — Qualité officielle et responsabilité	27
Commentaire	27
Article 8. — Compétence	28
Commentaire	28
Article 9. — Obligation d'extrader ou de poursuivre	32
Commentaire	32
Article 10. — Extradition des auteurs présumés de crimes	33
Commentaire	33
Article 11. — Garanties judiciaires	34
Commentaire	35
Article 12. — <i>Non bis in idem</i>	37
Commentaire	38
Article 13. — Non-rétroactivité	40
Commentaire	40
Article 14. — Faits justificatifs	41
Commentaire	41

* Paru initialement comme *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10*.

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
Article 15. — Circonstances atténuantes		44
Commentaire		44
DEUXIÈME PARTIE. — CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ		44
Article 16. — Crime d'agression		44
Commentaire		45
Article 17. — Crime de génocide		46
Commentaire		46
Article 18. — Crimes contre l'humanité		49
Commentaire		49
Article 19. — Crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé		53
Commentaire		53
Article 20. — Crimes de guerre		56
Commentaire		57
III. RESPONSABILITÉ DES ÉTATS	51-66	61
A. Introduction	51-60	61
B. Examen du sujet à la présente session	61-64	62
C. Hommage aux Rapporteurs spéciaux	65	62
D. Projet d'articles sur la responsabilité des États		62
1. Texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture		62
2. Texte et commentaire des articles 42 (par. 3), 47, 48 et 51 à 53, adoptés à titre provisoire par la Commission à sa quarante-huitième session	66	70
Article 42. — Réparation		70
Commentaire		70
CHAPITRE III. — CONTRE-MESURES		70
Commentaire général		70
Article 47. — Contre-mesures d'un État lésé		71
Commentaire		71
Article 48. — Conditions du recours à des contre-mesures		73
Commentaire		73
CHAPITRE IV. — CRIMES INTERNATIONAUX		75
Article 51. — Conséquences d'un crime international		75
Commentaire		75
Article 52. — Conséquences spécifiques		76
Commentaire		77
Article 53. — Obligations incombant à tous les États		77
Commentaire		77
IV. SUCCESSION D'ÉTATS ET NATIONALITÉ DES PERSONNES PHYSIQUES ET MORALES	67-88	79
A. Introduction	67-68	79
B. Examen du sujet à la présente session	69-88	79
1. Deuxième rapport du Rapporteur spécial	69-77	79
2. Examen du sujet par le Groupe de travail sur la succession d'États et la nationalité des personnes physiques et morales	78-87	80
3. Décision de la Commission	88	81
V. RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL	89-101	82
A. Introduction	89-95	82
B. Examen du sujet à la présente session	96-101	83
1. Création du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international	97	83
2. Résultats des travaux du Groupe de travail	98-101	83
VI. LES RÉSERVES AUX TRAITÉS	102-139	84
A. Introduction	102-107	84
B. Examen du sujet à la présente session	108-139	84
VII. AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION	140-272	90
A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	140-250	90
1. Procédures et méthodes de travail	142-243	90
PREMIÈRE PARTIE. — RÉSUMÉ ET PRINCIPALES CONCLUSIONS	144-148	90
La demande de l'Assemblée générale	144-146	90
Conclusions et recommandations générales	147-148	90
DEUXIÈME PARTIE. — ANALYSE DÉTAILLÉE	149-243	91
1. Introduction	149-152	91
2. Les perspectives en matière de codification et de développement progressif du droit international	153-172	92
a) La « distinction » entre codification et développement progressif	156-157	92
b) Le choix des sujets à inscrire au programme de travail de la Commission	158-166	93
c) La codification et le développement progressif cinquante ans après	167-172	94

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
3. Les relations entre la Commission et l'Assemblée générale (Sixième Commission)	173-184	95
a) Initiative des travaux sur des sujets spécifiés	177-178	96
b) Aperçu des travaux en cours et commentaire	179-181	96
c) Rôle de la Sixième Commission à l'égard du texte final des projets de la CDI	182-184	97
4. Le rôle du rapporteur spécial	185-201	97
a) Désignation	185-187	97
b) Élaboration des rapports	188-190	97
c) Nécessité d'un groupe consultatif permanent	191-195	98
d) Élaboration des commentaires des projets d'articles	196-199	98
e) Rôle du rapporteur spécial au sein du Comité de rédaction	200-201	99
5. Le rôle et les relations de la Commission à l'égard du Comité de rédaction et des groupes de travail	202-219	99
a) Les débats généraux en séance plénière	202-211	99
b) Le Comité de rédaction	212-216	100
c) Groupes de travail	217-219	101
6. Structure des sessions de la Commission	220-237	101
a) Planification des travaux sur un quinquennat	221	101
b) Durée des sessions	222-226	102
c) Possibilité d'une session en deux temps	227-232	102
d) Le caractère essentiel de la contribution du secrétariat	233-234	103
e) Le Séminaire de droit international	235	103
f) Publication des travaux de la Commission	236-237	103
7. Les relations de la CDI avec d'autres organes ou organismes (au sein ou en dehors du système des Nations Unies)	238-240	104
8. La possibilité d'une révision du statut de la Commission	241-243	104
2. Programme de travail à long terme	244-248	105
3. Durée de la prochaine session	249-250	105
B. Coopération avec d'autres organismes	251-254	105
C. Date et lieu de la quarante-neuvième session	255	105
D. Représentation à la cinquante et unième session de l'Assemblée générale	256	105
E. Contribution à la Décennie des Nations Unies pour le droit international	257	106
F. Séminaire de droit international	258-269	106
G. Conférence commémorative Gilberto Amado	270-272	107
 ANNEXE I. — RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL		
	1-6	108
A. Introduction	1-6	108
B. Texte du projet d'articles		109
C. Projets d'articles et commentaires y relatifs		111
Commentaire général		111
CHAPITRE PREMIER. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES		
Article premier. — Activités auxquelles s'appliquent les présents articles		112
Article 2. — Expressions employées		116
Article 3. — La liberté d'action et ses limites		118
Article 4. — Prévention		119
Article 5. — Responsabilité		121
Article 6. — Coopération		126
Article 7. — Mise en œuvre		127
Article 8. — Relation avec d'autres règles du droit international		128
CHAPITRE II. — PRÉVENTION		
Article 9. — Autorisation préalable		128
Article 10. — Évaluation du risque		129
Article 11. — Activités non autorisées		130
Article 12. — Non-déplacement du risque		131
Article 13. — Notification et information		132
Article 14. — Échange d'informations		133
Article 15. — Information du public		134
Article 16. — Sécurité nationale et secrets industriels		135
Article 17. — Consultations sur les mesures préventives		136
Article 18. — Droits de l'État susceptible d'être affecté		137
Article 19. — Facteurs d'un juste équilibre des intérêts		138
CHAPITRE III. — INDEMNISATION OU AUTRE RÉPARATION		
Commentaire général		140
Article 20. — Non-discrimination		141
Article 21. — Nature et ampleur de l'indemnisation ou autre réparation		142
Article 22. — Facteurs à prendre en considération dans les négociations		143

	Paragraphe	Pages
ANNEXE II. — RAPPORT SUR LE PROGRAMME DE TRAVAIL À LONG TERME	1-4	146
Plan général		146
I. — Les sources du droit international		146
II. — Les sujets du droit international		147
III. — Succession d'États et autres personnes morales		147
IV. — Juridiction — Immunité de juridiction des États		147
V. — Droit des organisations internationales		147
VI. — Situation de l'individu dans le droit international		148
VII. — Droit pénal international		148
VIII. — Droit des espaces internationaux		148
IX. — Droit des relations — de la responsabilité internationales		148
X. — Droit de l'environnement		149
XI. — Droit des relations économiques		149
XII. — Droit des conflits armés — du désarmement		149
XIII. — Règlement des différends		149
Additif 1. — Protection diplomatique		
Schéma général		150
Additif 2. — Propriété et protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale		
Schéma général		152
Additif 3. — Actes unilatéraux des États		
Schéma général		154

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

CEE	Commission économique pour l'Europe
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
HCR	Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMI	Organisation maritime internationale
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
UICN	Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé

*

* *

C.I.J. Recueil

CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances

*

* *

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

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

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

INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX CITÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME

Sources

Droits de l'homme

Convention relative à l'esclavage (Genève, 25 septembre 1926)	Société des Nations, <i>Recueil des Traités</i> , vol. LX, n° 1414, p. 253.
Convention sur le travail forcé ou obligatoire (Genève, 28 juin 1930)	OIT, <i>Conventions et recommandations adoptées par la Conférence internationale du travail, 1919-1966</i> , convention n° 29, p. 181.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, p. 277.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, p. 221.
Convention sur les droits politiques de la femme (New York, 31 mars 1953)	Ibid., vol. 193, p. 135.
Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (Genève, 7 septembre 1956)	Ibid., vol. 266, p. 3.
Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme :	
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels	<i>Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt et unième session, Supplément n° 16</i> , résolution 2200 A (XXI), annexe.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 999, p. 171.
Protocole facultatif se rapportant au Pacte susmentionné (New York, 16 décembre 1966)	Ibid.
et deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte susmentionné, visant à abolir la peine de mort (New York, 15 décembre 1989)	<i>Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 49</i> , résolution 44/128, annexe.
Convention américaine relative aux droits de l'homme (San José, 22 novembre 1969)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1144, p. 123.
Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973)	Ibid., vol. 1015, p. 243.
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979)	Ibid., vol. 1249, p. 13.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	<i>Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 51</i> , résolution 39/46, annexe.

Privileges et immunités

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 500, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, p. 261.

Sources

- | | |
|---|---|
| Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969) | Nations Unies, <i>Annuaire juridique 1969</i> (numéro de vente : F.71.V.4), p. 146. |
| Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973) | Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1035, p. 167. |
| Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975) | Nations Unies, <i>Annuaire juridique 1975</i> (numéro de vente : F.77.V.3), p. 90. |

Droit des traités

- | | |
|--|---|
| Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969) | Ibid., vol. 1155, p. 331. |
| Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Vienne, 23 août 1978) | <i>Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la succession d'États en matière de traités. Vienne, 4 avril-6 mai 1977 et 31 juillet-23 août 1978</i> , vol. III (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.79.V.10). |
| Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986) | Doc. A/CONF.129/15. |

Droit applicable aux conflits armés

- | | |
|--|--|
| Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Convention IV) [La Haye, 18 octobre 1907] | J. B. Scott, éd., <i>Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907</i> , 3 ^e éd., New York, Oxford University Press, 1918, p. 100. |
| Convention de La Haye relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact (Convention VIII) [La Haye, 18 octobre 1907] | Ibid., p. 151. |
| Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne (Genève, 27 juillet 1929) | Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 118, p. 303. |
| Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre : | |
| Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées en campagne (Genève, 12 août 1949) | Ibid., vol. 75, p. 31. |
| Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (Genève, 12 août 1949) | Ibid., p. 85. |
| Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (Genève, 12 août 1949) | Ibid., p. 135. |
| Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Genève, 12 août 1949) | Ibid., p. 287. |
| et Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [Genève, 8 juin 1977] | Ibid., vol. 1125, p. 3 et 609. |
| Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 14 mai 1954) | Ibid., vol. 249, p. 215. |

Sources

Terrorisme

- Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970) Ibid., p. 860, p. 105.
- Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 23 septembre 1971) Ibid., vol. 974, p. 177.

Environnement

- Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (Vienne, 21 mai 1963) Ibid., p. 1063, p. 265.
- Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Bruxelles, 29 novembre 1969) Ibid., vol. 973, p. 3.
- et Protocoles de 1976 et 1984 modifiant la Convention (Londres, 19 novembre 1976 et 25 mai 1984) OMI (numéro de vente : 457.85.15.F).
- Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Bruxelles, 18 décembre 1971) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1110, p. 57.
- Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (Londres, Mexico, Moscou et Washington, 29 décembre 1972) Ibid., vol. 1046, p. 121.
- Convention relative à la protection de l'environnement (Stockholm, 19 février 1974) Ibid., vol. 1092, p. 279.
- Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique (Helsinki, 22 mars 1974) Ibid., vol. 1507, p. 167.
- Convention pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique (Paris, 4 juin 1974) PNUE, *Recueil de traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Série références 3, Nairobi, 1982, p. 446.
- Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution (Barcelone, 16 février 1976) Ibid., vol. 1102, p. 27.
- et Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique (Athènes, 17 mai 1980) UICN, *Droit international de l'environnement : traités multilatéraux*, t. V, Erich Schmidt, Berlin, p. 980 : 37/1.
- Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique (Bonn, 3 décembre 1976) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1124, p. 375.
- Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution (Koweït, 24 avril 1978) Ibid., vol. 1140, p. 133.
- Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979) Doc. E/ECE/100. Voir aussi PNUE, *Recueil de traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Série références 3, Nairobi, 1982, p. 536.
- Mémorandum d'intention entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement du Canada relatif à la pollution atmosphérique transfrontière (Washington, 5 août 1980) *United States Treaties and Other International Agreements*, Department of State, U.S. Printing Office, Washington, 1986, vol. 32, 3^e partie, 1979-1980, n° TIAS 9856, p. 2521.

Sources

- Convention régionale concernant la conservation de l'environnement de la mer Rouge et du golfe d'Aden (Jeddah, 14 février 1982)
- UICN, *Droit international de l'environnement. — Traités multilatéraux*, t. V, Erich Schmidt, Berlin, p. 982 : 13.
- Accord de coopération pour le règlement des problèmes d'environnement dans la zone frontalière (La Paz, 14 août 1983)
- International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. XXII, n° 5, septembre 1983, p. 1025.
- Accord de l'ANASE sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (Kuala Lumpur, 9 juillet 1985)
- UICN, *Droit international de l'environnement. — Traités multilatéraux*, t. VI, Erich Schmidt, Berlin, p. 985 : 51.
- Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (Vienne, 22 mars 1985)
- PNUE, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Royaume-Uni), 1991, vol. 2, p. 301.
- Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire (Vienne, 26 septembre 1986)
- AIEA, *Collection juridique*, n° 14, Vienne, 1987.
- Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement de la région du Pacifique Sud (Nouméa, 25 novembre 1986)
- Revue générale de droit international public* (Paris), t. XCII, 1988, p. 776.
- Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique (Wellington, 2 juin 1989)
- Ibid.*, t. 93, 1989/1.
- Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 22 mars 1989)
- PNUE, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Royaume-Uni), 1991, vol. 2, p. 449.
- Convention internationale sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures (Londres, 20 novembre 1990)
- International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 30, n° 3, mai 1991, p. 735.
- Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux en Afrique et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets produits en Afrique (Bamako, 30 janvier 1991)
- Doc. A/46/390, annexe I, résolution 1356 (LIV) du Conseil des ministres de l'OUA.
- Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, 25 février 1991)
- Doc. E/ECE/1250, 1991.
- Protocole au Traité de l'Antarctique concernant la protection de l'environnement (Madrid, 4 octobre 1991)
- UICN, *Droit international de l'environnement. — Traités multilatéraux*, t. VII, Erich Schmidt, Berlin, p. 991 : 74/1.
- Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 17 mars 1992)
- International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 31, n° 6, novembre 1992, p. 1313.
- Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (Helsinki, 17 mars 1992)
- Ibid.*, p. 1335.
- Convention relative à la protection de la mer Noire contre la pollution (Bucarest, 21 avril 1992)
- Bulletin du droit de la mer*, n° 22, janvier 1993, p. 64.
- Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992)
- Doc. A/AC.237/18 (Partie II)/Add.1 et Corr.1, annexe I.

Sources

Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992)	Voir Programme des Nations Unies pour l'environnement, <i>Convention sur la diversité biologique</i> (Centre d'activité du Programme pour le droit de l'environnement et les institutions compétentes en la matière), juin 1992.
Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (21 mars 1994)	Doc. A/AC.237/18 (Partie II)/Add.1 et Corr.1.

Droit de la mer

Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë (Genève, 29 avril 1958)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 516, p. 205.
Convention sur la haute mer (Genève, 29 avril 1958)	Ibid., vol. 450, p. 11.
Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer (Genève, 29 avril 1958)	Ibid., vol. 559, p. 285.
Convention sur le plateau continental (Genève, 29 avril 1958)	Ibid., vol. 499, p. 311.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	<i>Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer</i> , vol. XVII (numéro de vente : F.83.V.5), p. 1.

Responsabilité

Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Paris, 29 juillet 1960)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 956, p. 252.
et Convention complémentaire à la Convention susmentionnée (Bruxelles, 31 janvier 1963)	Ibid., vol. 1041, n° 13706, p. 374.
Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires (Bruxelles, 25 mai 1962)	AIEA, <i>Conventions internationales relatives à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires</i> , Collection juridique n° 4, éd. rev., Vienne, 1976, p. 93.
Convention relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime de matières nucléaires (Bruxelles, 17 décembre 1971)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 974, p. 255.
Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (Londres, Moscou et Washington, 29 mars 1972)	Ibid., vol. 961, p. 187.
Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin (Londres, 17 décembre 1976)	PNUE, <i>Recueil des traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement</i> , Série références 3, Nairobi, 1982, p. 491.
Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (Genève, 10 octobre 1989)	Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.90.II.E.39.
Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (Lugano, 21 juin 1993)	<i>Conseil de l'Europe, Série des Traités européens</i> , n° 150.

Sources

Nationalité

- Convention sur la réduction des cas d'apatridie (New York, 30 août 1961) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 989, p. 175.

Droit international général

- Convention pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes (Bruxelles, 23 septembre 1910) Ministère des affaires étrangères et du commerce extérieur de Belgique, Service des traités, *Conventions de droit maritime (Conventions de Bruxelles) : textes*, 1^{er} mai 1968, p. 11.
- et Protocole portant modification de la Convention (Bruxelles, 27 mai 1967) Ministère des affaires étrangères, du commerce extérieur et de la coopération au développement de Belgique, Direction des traités, *Conventions de droit maritime (Conventions de Bruxelles) : textes*, 1^{er} avril 1982, p. 127.
- Traité instituant l'Union économique Benelux (La Haye, 3 février 1958) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 381, p. 165.
- Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 Ibid., vol. 1161, p. 3.
- Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 27 décembre 1979) *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 46, résolution 34/146, annexe.*
- Convention européenne sur les infractions visant des biens culturels (Delphes, 23 juin 1985) Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n° 119.
- Convention internationale sur l'assistance (Londres, 28 avril 1989) OMI, 1989.
- Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (Belen, 9 juin 1994) OEA, *Treaty Series*, n° 80.
- Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (9 décembre 1994) *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 49, résolution 49/59, annexe.*

Télécommunications

- Convention radiotélégraphique internationale [Washington (D.C.), 25 novembre 1927] Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. LXXXIV, p. 97.
- Convention internationale concernant l'emploi de la radiodiffusion dans l'intérêt de la paix (Genève, 23 septembre 1936) Ibid., *Recueil des Traités*, vol. CLXXXVI, p. 301.

Chapitre premier

ORGANISATION DES TRAVAUX DE LA SESSION

1. La Commission du droit international, créée en application de la résolution 174 (II) de l'Assemblée générale, en date du 21 novembre 1947, a, conformément à son statut joint en annexe à ladite résolution et modifié par la suite, tenu sa quarante-huitième session à son siège permanent de l'Office des Nations Unies à Genève, du 6 mai au 26 juillet 1996. La session a été ouverte par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, président par intérim.

A. — Composition de la Commission

2. La Commission était composée des membres suivants :

M. Husain AL-BAHARNA (Bahrein);
M. Awn AL-KHASAWNEH (Jordanie);
M. Gaetano ARANGIO-RUIZ (Italie);
M. Julio BARBOZA (Argentine);
M. Mohamed BENNOUNA (Maroc);
M. Derek William BOWETT (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord);
M. Carlos CALERO RODRIGUES (Brésil);
M. James CRAWFORD (Australie);
M. John DE SARAM (Sri Lanka);
M. Gudmundur EIRIKSSON (Islande);
M. Nabil ELARABY (Égypte);
M. Salifou FOMBA (Mali);
M. Mehmet GÜNEY (Turquie);
M. Qizhi HE (Chine);
M. Kamil IDRIS (Soudan);
M. Andreas JACOVIDES (Chypre);
M. Peter KABATSI (Ouganda);
M. Mochtar KUSUMA-ATMADJA (Indonésie);
M. Igor Ivanovich LUKASHUK (Fédération de Russie);
M. Ahmed MAHIOU (Algérie);
M. Vaclav MIKULKA (République tchèque);
M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA (Gabon);
M. Alain PELLET (France);
M. Pemmaraju Sreenivasa RAO (Inde);
M. Edilbert RAZAFINDRALAMBO (Madagascar);
M. Patrick Lipton ROBINSON (Jamaïque);
M. Robert ROSENSTOCK (États-Unis d'Amérique);
M. Alberto SZEKELY (Mexique);
M. Doudou THIAM (Sénégal);
M. Christian TOMUSCHAT (Allemagne);
M. Edmundo VARGAS CARREÑO (Chili);
M. Francisco VILLAGRÁN KRAMER (Guatemala);
M. Chusei YAMADA (Japon);
M. Alexander YANKOV (Bulgarie).

B. — Bureau et Bureau élargi

3. À sa 2426^e séance, le 6 mai 1996, la Commission a élu le Bureau suivant :

Président : M. Ahmed Mahiou
Premier Vice-Président : M. Robert Rosenstock
Deuxième Vice-Président : M. Mochtar Kusuma-Atmadja
Président du Comité de rédaction : M. Carlos Calero Rodrigues
Rapporteur : M. Igor Ivanovich Lukashuk.

4. Le Bureau élargi de la Commission était composé des membres du Bureau élu pour la session, des anciens présidents de la Commission¹ et des rapporteurs spéciaux².

5. À sa 2427^e séance, le 7 mai 1996, la Commission a, sur recommandation du Bureau élargi, constitué un groupe de planification composé comme suit : M. Robert Rosenstock (Président), M. Derek William Bowett, M. Carlos Calero Rodrigues, M. James Crawford, M. John de Saram, M. Mehmet Güney, M. Kamil Idris, M. Mochtar Kusuma-Atmadja, M. Ahmed Mahiou, M. Vaclav Mikulka, M. Alain Pellet, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, M. Doudou Thiam, M. Christian Tomuschat et M. Chusei Yamada.

C. — Comité de rédaction

6. À sa 2427^e séance, le 7 mai 1996, la Commission a décidé de la composition du Comité de rédaction, qui comprendrait les membres suivants pour les sujets indiqués ci-après : M. Carlos Calero Rodrigues (Président); pour le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité : M. Doudou Thiam (Rapporteur spécial), M. John de Saram, M. Gudmundur Eiriksson, M. Nabil Elaraby, M. Salifou Fomba, M. Qizhi He, M. Mochtar Kusuma-Atmadja, M. Vaclav Mikulka, M. Robert Rosenstock, M. Alberto Szekely, M. Christian Tomuschat, M. Chusei Yamada, M. Alexander Yankov et M. Igor Ivanovich Lukashuk (membre *ès qualités*); et pour la responsabilité des États : M. Mohamed Bennouna, M. Derek William Bowett, M. James Crawford,

¹ À savoir : M. Julio Barboza, M. Doudou Thiam, M. Christian Tomuschat, M. Alexander Yankov et M. Pemmaraju Sreenivasa Rao.

² À savoir : M. Gaetano Arangio-Ruiz, M. Julio Barboza, M. Vaclav Mikulka, M. Alain Pellet et M. Doudou Thiam.

M. John de Saram, M. Gudmundur Eiriksson, M. Qizhi He, M. Peter Kabatsi, M. Vaclav Mikulka, M. Alain Pellet, M. Robert Rosenstock, M. Alberto Szekely, M. Christian Tomuschat, M. Francisco Villagrán Kramer, M. Chusei Yamada et M. Igor Ivanovich Lukashuk (membre *ès qualités*).

7. Le Comité de rédaction a tenu au total trente-quatre séances sur les sujets susmentionnés.

D. — Groupes de travail

8. À sa 2435^e séance, le 4 juin 1996, la Commission a créé un groupe de travail sur la succession d'États et la nationalité des personnes physiques et morales, qui se composait comme suit : M. Vaclav Mikulka (Président), M. Husain Al-Baharna, M. Awn Al-Khasawneh, M. Derek William Bowett, M. James Crawford, M. Salifou Fomba, M. Kamil Idris, M. Igor Ivanovich Lukashuk, M. Robert Rosenstock, M. Alberto Szekely, M. Christian Tomuschat, M. Edmundo Vargas-Carreño et M. Chusei Yamada.

9. À sa 2450^e séance, le 28 juin 1996, la Commission a créé un groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, qui se composait comme suit : M. Julio Barboza (Président), M. Husain Al-Baharna, M. Mohamed Benouna, M. James Crawford, M. Gudmundur Eiriksson, M. Salifou Fomba, M. Peter Kabatsi, M. Igor Ivanovich Lukashuk, M. Patrick Lipton Robinson, M. Robert Rosenstock, M. Alberto Szekely et M. Francisco Villagrán Kramer.

10. Le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme a été rétabli, avec la composition suivante : M. Derek William Bowett (Président), M. James Crawford, M. Qizhi He, M. Mochtar Kusuma-Atmadja, M. Igor Ivanovich Lukashuk, M. Alain Pellet, M. Robert Rosenstock et M. Chusei Yamada.

E. — Secrétariat

11. M. Hans Corell, secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et conseiller juridique, assistait à la session et y représentait le Secrétaire général. M. Roy S. Lee, directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, remplissait les fonctions de secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général. Mme Mahnoush H. Arsanjani, juriste hors classe, exerçait les fonctions de sous-secrétaire principale de la Commission, et Mme Christiane Bourloyannis-Vrailas, M. George Korontzis et Mme Virginia Morris, juristes, celles de sous-secrétaires.

F. — Ordre du jour

12. À sa 2426^e séance, le 6 mai 1996, la Commission a adopté pour sa quarante-huitième session l'ordre du jour suivant :

1. Organisation des travaux de la session.
2. Responsabilité des États.
3. Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.
4. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.
5. Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités.
6. Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales.
7. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
8. Coopération avec d'autres organismes.
9. Date et lieu de la quarante-neuvième session.
10. Questions diverses.

G. — Résumé des travaux de la Commission à sa quarante-huitième session

13. La Commission a examiné tous les points de son ordre du jour. Les sept premières semaines ont été principalement allouées au Comité de rédaction, pour lui permettre d'achever l'examen en deuxième lecture des articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et l'examen en première lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États.

14. La Commission a adopté une série de vingt articles constituant le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité³, ainsi que les commentaires y relatifs (voir chap. II ci-après). Après avoir examiné les diverses formes que le code pourrait revêtir, la Commission a recommandé que l'Assemblée générale choisisse la forme la plus propre à assurer une acceptation aussi large que possible du projet de code. Elle a aussi prié le Secrétaire général de porter le projet d'articles à l'attention de la Commission préparatoire créée en application de la résolution 50/46 de l'Assemblée générale pour examiner la question de la création d'une cour criminelle internationale.

15. La Commission a achevé l'examen en première lecture d'une série de soixante articles (avec annexes) sur la responsabilité des États⁴ (voir chap. III ci-dessous). La Commission a décidé de soumettre ce projet d'articles aux gouvernements, en leur demandant de communiquer leurs observations au Secrétaire général pour le 1^{er} janvier 1998 au plus tard.

16. En ce qui concerne le sujet intitulé « Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales »⁵, la Commission a formulé ses recommandations à l'Assemblée générale sur le plan et la démarche que la Commission devrait suivre pour l'étude de ce sujet lors de ses sessions ultérieures (voir chap. IV ci-dessous).

³ La Commission a examiné ce sujet à ses 2430^e, 2431^e, 2437^e à 2449^e, 2453^e, 2454^e et 2461^e séances, tenues respectivement les 17 et 21 mai, du 6 au 27 juin, et les 4, 5 et 16 juillet 1996.

⁴ La Commission a examiné ce sujet à ses 2436^e, 2438^e, 2452^e et 2454^e à 2459^e séances, tenues respectivement les 5 et 7 juin, 3 juillet, et du 5 au 12 juillet 1996.

⁵ La Commission a examiné ce sujet à ses 2435^e, 2451^e et 2459^e séances, tenues respectivement les 4 juin et 2 et 12 juillet 1996.

17. En ce qui concerne le sujet intitulé « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international »⁶, la Commission a décidé de soumettre à l'Assemblée générale et aux gouvernements, pour qu'ils fassent connaître leurs observations, le rapport du Groupe de travail sur le sujet (consistant en un projet de vingt-deux articles et commentaires y relatifs) [voir chap. V ci-dessous].

18. Pour ce qui est du sujet intitulé « Les réserves aux traités »⁷, la Commission a décidé d'examiner le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/474)⁸ à sa prochaine session (voir chap. VI ci-dessous).

19. En ce qui concerne son programme, ses procédures et ses méthodes de travail, et pour répondre aux demandes exprimées au paragraphe 9 de la résolution 50/45 de l'Assemblée générale, la Commission a adopté des conclusions et recommandations précises, figurant au chapitre VII (voir sect. A.1 ci-dessous).

20. S'agissant de son programme de travail à long terme, la Commission a, notamment, établi un schéma général des principaux problèmes juridiques soulevés par trois des futurs sujets d'étude possibles qui, de l'avis de la Commission, sont suffisamment mûrs pour se prêter à codification et développement progressif (voir ci-dessous, chap. VII, sect. A.2, et annexe II).

21. Les autres décisions et conclusions pertinentes figurent également au chapitre VII, dans les sections B à G, qui concernent respectivement la coopération avec d'autres organismes, la date et le lieu de la quarante-neuvième session, la représentation à la cinquante et unième session de l'Assemblée générale, la contribution à la Décennie des Nations Unies pour le droit international, le Séminaire de droit international et la Conférence commémorative Gilberto Amado.

H. — Points sur lesquels les observations des gouvernements présenteraient un intérêt particulier pour la Commission

22. À l'alinéa *b* du paragraphe 9 de sa résolution 50/45, l'Assemblée générale a prié la CDI d'indiquer dans son rapport les points éventuels sur lesquels il serait particulièrement intéressant que les gouvernements expriment leurs vues, soit à la Sixième Commission, soit par écrit, afin de la guider utilement dans la poursuite de ses travaux. En réponse à cette demande, les points suivants ont été identifiés.

a) Responsabilité des États

23. La Commission a achevé son examen en première lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États, qui comprend soixante articles divisés en trois parties.

Conformément à son statut, la Commission prie les gouvernements de lui faire connaître leurs vues sur l'ensemble du projet d'articles. Elle souhaiterait particulièrement, cependant, avoir leur avis sur :

- i) La distinction entre délits internationaux et crimes internationaux qui est actuellement proposée à l'article 19 de la première partie, ainsi que les conséquences résultant de cette distinction, telles qu'elles sont présentées dans les articles 51 à 53 de la deuxième partie et les commentaires y relatifs;
- ii) Les questions ayant trait aux contre-mesures, telles qu'elles sont présentées dans les articles 47 à 50 de la deuxième partie et dans les commentaires y relatifs;
- iii) Les dispositions relatives au règlement des différends figurant dans les articles 54 à 60 de la troisième partie (et ses annexes I et II), ainsi que leur application dans le contexte du projet d'articles.

b) Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales

24. La Commission a proposé d'examiner ce sujet de la manière suivante : elle examinerait d'abord l'effet de la succession d'États sur la nationalité des personnes physiques, puis, sur la base des vues exprimées par les gouvernements, l'effet de la succession d'États sur la nationalité des personnes morales. La Commission souhaiterait recevoir des observations concernant le plan et la démarche qu'elle se propose de suivre pour l'étude de ce sujet, tels qu'ils sont exposés au paragraphe 88 ci-dessous.

c) Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international

25. Pour répondre à la demande que lui a faite l'Assemblée générale, à l'alinéa *c* du paragraphe 3 de sa résolution 50/45, de reprendre ses travaux sur le sujet, la Commission a créé un groupe de travail. Celui-ci a proposé un ensemble composé de vingt-deux projets d'articles (et commentaires y relatifs), comprenant des dispositions générales et des articles sur la prévention et l'indemnisation ou les autres formes de réparation. L'Assemblée générale et les gouvernements sont invités (voir *infra* par. 100) à faire connaître leurs observations sur la question mentionnée au paragraphe 26 du commentaire de l'article premier, sur le mode de traitement de la question de l'indemnisation et des autres formes de réparation qui fait l'objet du chapitre III, ainsi que sur le projet d'articles dans son ensemble. Sans préjudice de ce qui précède, et afin de faciliter la formulation d'observations particulières, les questions suivantes sont posées :

- i) Aux termes de l'alinéa *a* de l'article premier, le projet d'articles aurait pour champ d'application les « activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif » : faut-il étendre ce champ d'application aux « autres activités non interdites par le droit international qui

⁶ La Commission a examiné ce sujet à ses 2450^e, 2465^e et 2472^e séances, tenues respectivement les 28 juin et 19 et 25 juillet 1996.

⁷ La Commission a examiné ce sujet, précédemment intitulé « Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités », à sa 2460^e séance, tenue le 16 juillet 1996.

⁸ Reproduit dans *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie).

ne comportent pas le risque » de causer un dommage transfrontière significatif mais causent néanmoins un tel dommage ? (Voir art. 1, al. *b*, et par. 26 du commentaire de l'article premier, annexe I ci-dessous.) D'autre part, faudrait-il adjoindre à l'article premier une liste des activités ou substances auxquelles les articles s'appliquent, ou cet article doit-il se limiter, comme il le fait maintenant, à une définition générale des activités ?

- ii) Les obligations de prévention établies par le chapitre II du projet d'articles entraînent surtout des conséquences, à l'heure actuelle, pour ce qui est de l'ampleur de la réparation due, sous forme d'indemnité ou autrement : ces conséquences devraient-elles être élargies de manière à mettre en jeu la responsabilité des États en cas de violation des mesures préventives ? (Voir en particulier le paragraphe 2 du commentaire de l'article 22.)
- iii) Aux termes du projet d'article 5, la responsabilité pour dommage transfrontière donne lieu « à indemnisation ou à une autre forme de réparation »; les dispositions du chapitre III relatives à l'indemnisation et aux autres formes de réparation sont formulées avec une certaine souplesse et n'imposent pas d'« obligations catégoriques » (voir par. 1 et 3 du commentaire de l'article 5, annexe I ci-dessous) : des observations sur cette approche seraient donc très utiles;
- iv) Les projets d'articles 20 à 22 établissent deux procédures par lesquelles les parties lésées pourraient essayer d'obtenir réparation : en saisissant les tribunaux de l'État d'origine ou par la voie de négociations entre l'État d'origine et l'État ou les États affectés. Il serait donc particulièrement utile de savoir si les gouvernements estiment que ces procédures offrent des recours satisfaisants.

d) *Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités*

26. Faute de temps, la Commission n'a pas examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial⁹. Certaines des questions principales soulevées dans le rapport se trouvent résumées aux paragraphes 110 à 136 ci-dessous, et plus particulièrement dans les paragraphes 112 à 114 et au paragraphe 132. Il y a lieu de rappeler que le Rapporteur spécial a établi un questionnaire qui a été dûment transmis aux gouvernements par le secrétariat. Jusqu'à présent, quatorze réponses de gouvernements ont été reçues.

27. La Commission prendrait connaissance avec intérêt des observations des gouvernements qui n'ont pas encore répondu au questionnaire dont il est question au paragraphe 26 ci-dessus.

e) *Programme, procédures et méthodes*

28. S'agissant plus particulièrement de l'alinéa *a* du paragraphe 9 de la résolution 50/45 de l'Assemblée générale, où la Commission est priée d'examiner ses méthodes de travail et d'inclure ses vues dans son rapport à l'Assemblée, il est fait rapport à ce sujet dans les paragraphes 144 à 243 ci-dessous. Les conclusions et recommandations de la Commission sont résumées aux paragraphes 147 et 148.

29. En ce qui concerne ses travaux futurs, la Commission a identifié trois sujets qu'elle pourrait étudier dans l'avenir : la protection diplomatique, la propriété et la protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale, et les actes unilatéraux des États. Un schéma général est aussi fourni pour chacun de ces sujets (voir ci-dessous, annexe II, additifs 1 à 3). Les gouvernements sont invités à exprimer leurs vues sur cette question.

⁹ Ibid.

Chapitre II

PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

A. — Introduction

30. 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 convenait d'accorder aux principes mentionnés au point *a* ci-dessus. À sa première session (1949), la Commission a nommé M. Jean Spiropoulos rapporteur spécial.

31. Sur la base des rapports du Rapporteur spécial, la Commission : *a*) à sa deuxième session (1950), a adopté une formulation des Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal¹⁰ 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'humanité¹¹, accompagné de commentaires, à l'Assemblée générale¹².

32. 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'humanité 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 l'agression, a décidé de différer l'examen du projet de code jusqu'à ce que le Comité spécial eût présenté son rapport.

33. Sur la base des recommandations du Comité spécial, l'Assemblée générale, par sa résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974, a adopté par consensus la Définition de l'agression.

34. L'Assemblée générale ne s'est cependant pas prononcée sur le projet de code avant le 10 décembre 1981, date à laquelle elle a, par sa résolution 36/106, 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 accor-

tant le degré de priorité voulu, afin de le réviser, compte dûment tenu des résultats obtenus grâce au processus de développement progressif du droit international¹³.

35. À sa trente-quatrième session (1982), la Commission a nommé M. Doudou Thiam rapporteur spécial pour le sujet¹⁴. De sa trente-cinquième session (1983) à sa quarante-troisième session (1991), elle a reçu neuf rapports du Rapporteur spécial¹⁵.

36. À sa quarante-troisième session (1991), la Commission a adopté provisoirement en première lecture les projets d'articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹⁶. À la même session, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de communiquer ces projets d'articles, 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 1^{er} janvier 1993¹⁷. La Commission a aussi noté que le projet qu'elle avait achevé en première lecture constituait la première partie de ses travaux sur le projet de code et qu'elle continuerait, à ses futures sessions, de s'acquitter du mandat que l'Assemblée générale lui avait confié au paragraphe 3 de sa résolution 45/41 du 28 novembre

¹³ Ultérieurement, par sa résolution 42/151 du 7 décembre 1987, l'Assemblée générale a approuvé une recommandation de la Commission tendant à modifier le titre anglais du sujet, pour qu'il se lise *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*. Pour un exposé détaillé de l'historique du sujet, voir *Annuaire... 1983*, vol. II (2^e partie), p. 10 à 13.

¹⁴ Voir *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 127, par. 252.

¹⁵ Ces rapports sont reproduits comme suit :

Premier rapport : *Annuaire... 1983*, vol. II (1^{re} partie), p. 143, doc. A/CN.4/364;

Deuxième rapport : *Annuaire... 1984*, vol. II (1^{re} partie), p. 93, doc. A/CN.4/377;

Troisième rapport : *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), p. 63, doc. A/CN.4/398;

Quatrième rapport : *Annuaire... 1986*, vol. II (1^{re} partie), p. 53, doc. A/CN.4/404;

Cinquième rapport : *Annuaire... 1987*, vol. II (1^{re} partie), p. 1, doc. A/CN.4/411;

Sixième rapport : *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 199, doc. A/CN.4/411;

Septième rapport : *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie), p. 87, doc. A/CN.4/419 et Add.1;

Huitième rapport : *Annuaire... 1990*, vol. II (1^{re} partie), p. 27, doc. A/CN.4/430 et Add.1;

Neuvième rapport : *Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie), p. 39, doc. A/CN.4/435 et Add.1.

¹⁶ Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 97, par. 173.

¹⁷ *Ibid.*, p. 98, par. 174.

¹⁰ Dénommés ci-après « Principes de Nuremberg »; *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, par. 95 à 127.

¹¹ *Ibid.*, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693), par. 49 à 54.

¹² Le texte du projet de code de 1954 et celui des Principes de Nuremberg sont reproduits dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 8 et suiv., par. 18 et 45, respectivement.

1990, qui invitait la Commission, dans le cadre de ses travaux sur le projet de code, à examiner plus avant et analyser les questions soulevées dans son rapport au sujet de la question d'une juridiction pénale internationale, y compris la possibilité de créer un tribunal pénal international ou un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international¹⁸.

37. À sa quarante-sixième session, l'Assemblée générale a, par sa résolution 46/54 du 9 décembre 1991, invité la Commission, lorsqu'elle poursuivrait ses travaux sur le projet de code, à examiner plus avant et analyser les questions soulevées dans son rapport sur les travaux de sa quarante-deuxième session (1990)¹⁹ au sujet de la question d'une juridiction pénale internationale, y compris la possibilité de créer une cour pénale internationale ou un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international, afin de permettre à l'Assemblée générale de fournir des directives dans ce domaine.

38. À ses quarante-quatrième session (1992) et quarante-cinquième session (1993), la Commission était saisie des dixième²⁰ et onzième rapports²¹ du Rapporteur spécial sur le sujet, qui étaient entièrement consacrés à la question de la création éventuelle d'une juridiction pénale internationale. Les travaux menés par la Commission à ses quarante-quatrième, quarante-cinquième et quarante-sixième sessions sur cette question ont abouti à l'adoption, à sa quarante-sixième session (1994), d'un projet de statut d'une cour criminelle internationale, que la Commission a présenté à l'Assemblée générale en lui recommandant de convoquer une conférence internationale de plénipotentiaires chargée d'étudier le projet de statut et de conclure une convention portant création d'une cour criminelle internationale²².

39. À sa quarante-sixième session (1994), la Commission était saisie du douzième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet²³, établi en vue de l'examen en deuxième lecture du projet de code et consacré à la partie générale du projet, qui traitait de la définition des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, de la qualification et des principes généraux. La Commission était également saisie des commentaires et observations reçus des gouvernements sur le projet de code²⁴ adopté en première lecture par la Commission à sa quarante-troisième session²⁵. Après avoir examiné le douzième rapport, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 1 à 14, sur lesquels portait le rapport²⁶.

40. À sa quarante-septième session (1995), la Commission était saisie du treizième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet²⁷. Ce rapport avait été établi pour

l'examen en deuxième lecture du projet de code et portait essentiellement sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, visés dans la deuxième partie du projet de code. Après examen du treizième rapport, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les articles 15 (Agression), 19 (Génocide), 21 (Violations systématiques ou massives des droits de l'homme) et 22 (Crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité), pour qu'il les examine en priorité en deuxième lecture, à la lumière des propositions contenues dans le treizième rapport du Rapporteur spécial et des observations et propositions faites au cours du débat en séance plénière, étant entendu qu'en formulant ces articles, le Comité de rédaction aurait à l'esprit et prendrait en considération s'il le jugeait bon l'ensemble ou une partie des éléments des articles suivants adoptés en première lecture : articles 17 (Intervention), 18 (Domination coloniale et autres formes de domination étrangère), 20 (Apartheid), 23 (Recrutement, utilisation, financement et instruction de mercenaires) et 24 (Terrorisme international)²⁸. La Commission a également décidé que les consultations se poursuivraient au sujet des articles 25 (Trafic illicite de stupéfiants) et 26 (Dommages délibérés et graves à l'environnement)²⁹.

41. En ce qui concerne l'article 26, la Commission a décidé à sa quarante-septième session d'établir un groupe de travail qui se réunirait au début de la quarante-huitième session pour examiner la possibilité de traiter dans le projet de code la question des dommages délibérés et graves à l'environnement³⁰. Elle a en même temps réaffirmé son intention d'achever en tout état de cause à cette même session la deuxième lecture du projet de code³¹.

42. Le Comité de rédaction a entrepris l'examen en deuxième lecture du projet de code à la quarante-septième session de la Commission et a achevé ses travaux à la présente session.

43. À la présente session, le groupe de travail chargé d'examiner la possibilité de traiter dans le projet de code la question des dommages délibérés et graves à l'environnement s'est réuni, et a proposé à la Commission de considérer lesdits dommages soit en tant que crime de guerre, soit en tant que crime contre l'humanité, ou encore en tant que crime autonome contre la paix et la sécurité de l'humanité.

44. À sa 2431^e séance, la Commission a décidé par un vote de ne renvoyer au Comité de rédaction que le texte établi par le groupe de travail pour incorporation des dommages délibérés et graves à l'environnement en tant que crime de guerre.

45. La Commission a examiné les projets d'articles adoptés par le Comité de rédaction en deuxième lecture³² de ses 2437^e à 2454^e séances, tenues du 6 juin au 5 juillet 1996, et a adopté le texte définitif d'un ensemble de vingt articles constituant le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

¹⁸ Ibid., par. 175. La Commission a noté qu'elle avait déjà commencé à remplir ce mandat et qu'il était fait état de ses travaux sur cet aspect du sujet aux paragraphes 106 à 165 de son rapport (ibid.).

¹⁹ *Annuaire... 1990*, vol. II (2^e partie), p. 19 et suiv., par. 93 à 157.

²⁰ *Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie), p. 53, doc. A/CN.4/442.

²¹ *Annuaire... 1993*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/449.

²² Voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 28, par. 90.

²³ *Annuaire... 1994*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/460.

²⁴ *Annuaire... 1993*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/448 et Add.1.

²⁵ Voir *supra* notes 16 et 17.

²⁶ *Annuaire... 1994*, vol. I, 2350^e séance, p. 155, par. 27 et suiv.

²⁷ *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/466.

²⁸ *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), par. 140.

²⁹ Ibid.

³⁰ *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), par. 141.

³¹ Ibid.

³² A/CN.4/L.522 et Corr.2.

46. Le projet de code a été adopté avec la déclaration suivante :

Afin d'arriver à un consensus, la Commission a considérablement réduit la portée du projet de code, qui lors de la première lecture, en 1991, comprenait une liste de douze catégories de crimes. Certains membres ont dit regretter que le code soit ainsi restreint. La Commission a agi en ce sens pour que le texte puisse être adopté et bénéficie du soutien des gouvernements. Il est entendu que l'inclusion de certains crimes dans le code ne modifie pas le statut d'autres crimes en droit international et que l'adoption du code ne préjuge en aucune manière du développement futur du droit de ce domaine important.

B. — Recommandation de la Commission

47. La Commission a examiné diverses formes que pourrait prendre le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, notamment : une convention internationale, quelle soit adoptée par une conférence de plénipotentiaires ou par l'Assemblée générale; l'incorporation du code dans le statut d'une juridiction pénale internationale; ou l'adoption du code en tant que déclaration de l'Assemblée générale.

48. La Commission recommande que l'Assemblée générale choisisse la forme la plus propre à assurer une acceptation aussi large que possible du code par les États.

C. — Hommage à M. Doudou Thiam, rapporteur spécial

49. À sa 2454^e séance, le 5 juillet 1996, la Commission, après avoir adopté en seconde lecture le texte des articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, a adopté la résolution suivante par acclamation :

La Commission du droit international,

Ayant adopté le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité,

Exprime au Rapporteur spécial, M. Doudou Thiam, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour la contribution exceptionnelle qu'il a apportée à l'élaboration du projet de code par son dévouement et ses efforts inlassables, et pour les résultats qu'il a obtenus dans l'élaboration des articles du projet de code.

D. — Articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité

50. On trouvera ci-après le texte des articles 1 à 20 définitivement adoptés par la Commission à sa quarante-huitième session, ainsi que les commentaires y relatifs.

PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. — Portée et application du présent Code

1. Le présent Code s'applique aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité énoncés dans la deuxième partie.

2. Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont des crimes au regard du droit international et sont punissables comme tels, qu'ils soient ou non punissables au regard du droit national.

Commentaire

1) Étant le premier article du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, l'article premier aborde, à titre préliminaire, la question de la portée et de l'application des dispositions du présent code.

2) Le *paragraphe 1* limite la portée et l'application du présent code aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité visés dans la deuxième partie. Cette disposition n'implique pas que le code épuise la liste des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité; elle a seulement pour objet d'indiquer que le champ d'application du code est limité aux crimes énoncés dans la deuxième partie.

3) L'expression « crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité » doit s'entendre dans la présente disposition du code comme se référant aux crimes visés dans la deuxième partie. Pour écarter tout risque de malentendu, la Commission avait envisagé de libeller comme suit la fin du *paragraphe 1* : « ci-après désignés comme crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ». Elle a cependant estimé que cette modification alourdirait inutilement le *paragraphe*.

4) La Commission a renoncé à proposer une définition générale des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Elle a considéré qu'il convenait de laisser à la pratique le soin de fixer les contours exacts du concept, qui couvre les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité que distinguait l'article 6 du statut du Tribunal de Nuremberg³³.

5) Le *paragraphe 2* traite de deux principes fondamentaux relatifs à la responsabilité individuelle pour crime contre la paix et la sécurité de l'humanité au regard du droit international.

6) La clause liminaire du *paragraphe 2* indique que c'est sur la base du droit international que sont qualifiés de crimes les types de comportement identifiés comme des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité dans la deuxième partie. Ainsi, la prohibition et la répression de ces comportements découlent directement du droit international.

7) Cette disposition est conforme au statut et au jugement du Tribunal de Nuremberg³⁴. L'article 6 du statut dispose que le Tribunal sera compétent pour juger et punir les personnes qui auront commis un crime de droit international relevant de l'une des trois catégories suivantes : crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes

³³ Statut du Tribunal militaire international, annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279).

³⁴ Dans sa résolution 95 (I), l'Assemblée générale a confirmé à l'unanimité les principes de droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal.

contre l'humanité. Le jugement du Tribunal de Nuremberg reconnaît l'existence d'obligations incombant aux individus en vertu du droit international. « Il est admis, depuis longtemps, que le Droit international impose des devoirs et des responsabilités aux personnes physiques » comme aux États³⁵. Le Tribunal de Nuremberg a également reconnu que des individus pouvaient encourir une responsabilité pénale et être punis pour avoir enfreint les obligations leur incombant en vertu du droit international. À cet égard, le Tribunal de Nuremberg a déclaré expressément que « la violation du Droit international fait naître des responsabilités individuelles »³⁶.

8) La Commission a reconnu le principe général de l'applicabilité directe du droit international aux individus auteurs de crimes de droit international dans le principe I des Principes de Nuremberg. Le principe I dispose que « Tout auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtiement ». Comme l'indique le commentaire de cette disposition³⁷, la règle générale qui sous-tend le principe I est que le droit international peut imposer des obligations aux individus directement, sans passer par le truchement du droit interne. Ce principe a été énoncé également dans l'article premier du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité élaboré par la Commission en 1954 (ci-après dénommé « le projet de code de 1954 »)³⁸.

9) Le membre de phrase final du paragraphe 2 confirme que le droit international s'applique aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qu'ils soient ou non prévus par le droit interne. Il en résulte l'autonomie du droit international en matière de qualification pénale des types de comportement constituant des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, visés dans la deuxième partie.

10) Ce membre de phrase indique que peu importe, lorsqu'il s'agit de déterminer si un certain type de comportement est criminel au regard du droit international, que ce comportement soit ou non qualifié de criminel en droit interne. On peut concevoir qu'un type de comportement constituant un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité aux termes de la deuxième partie du code ne soit pas interdit, ou soit même imposé par le droit interne. On peut également concevoir qu'un type de comportement qualifié de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité par le droit international soit simplement qualifié de crime en droit interne. Il n'y a pas pour autant obstacle à ce que le type de comportement en question reçoive la qualification de crime de droit international. Le point de savoir si l'on est en présence d'un crime au regard du droit interne ou d'un crime de droit international est important, car les régimes juridiques corres-

pondants diffèrent. La distinction a des conséquences notables en ce qui concerne l'application du principe *non bis in idem*, qui fait l'objet de l'article 12.

11) Cette disposition est conforme au statut et au jugement du Tribunal de Nuremberg. Dans ledit statut, la relation entre droit international et droit interne en ce qui concerne la qualification pénale d'une conduite particulière n'est expressément évoquée qu'à propos des crimes contre l'humanité. L'alinéa c de l'article 6 du statut qualifie de crimes contre l'humanité certains types de comportement, « qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés ». Dans son jugement, le Tribunal de Nuremberg a reconnu en termes généraux le principe dit de la primauté du droit pénal international sur le droit interne dans le contexte des obligations des individus. Il a en effet déclaré : « une idée fondamentale du Statut est que les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils sont ressortissants »³⁹.

12) La Commission a reconnu le principe général de l'autonomie du droit international par rapport au droit interne en ce qui concerne la qualification pénale des comportements constituant des crimes de droit international dans le principe II des Principes de Nuremberg, qui est libellé comme suit : « Le fait que le droit interne ne punit pas un acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis. »

13) Il faut signaler que le membre de phrase considéré concerne uniquement la qualification de certains types de comportement comme crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité aux termes de la deuxième partie du code. Il laisse intacte la compétence nationale en ce qui concerne d'autres questions de droit pénal ou de procédure pénale (peines applicables, règles en matière de preuve, etc.), eu égard en particulier au fait que les tribunaux nationaux sont censés avoir un rôle important à jouer dans la mise en œuvre du présent code.

Article 2. — Responsabilité individuelle

1. Un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité engage la responsabilité individuelle.

2. Un individu est tenu responsable de crime d'agression conformément à l'article 16.

3. Un individu est tenu responsable d'un crime visé à l'article 17, 18, 19 ou 20, si cet individu :

a) commet intentionnellement un tel crime;

b) ordonne la commission d'un tel crime, dans la mesure où ce crime a été effectivement commis ou tenté;

c) omet d'empêcher ou de réprimer la commission d'un tel crime dans les circonstances visées à l'article 6;

d) en connaissance de cause, fournit une aide ou une assistance à la commission d'un tel crime ou la

³⁵ *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international : Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946*, Nuremberg, 1947, t. I, p. 234.

³⁶ *Ibid.*, p. 235.

³⁷ Pour les commentaires, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2963)*, p. 10 et 11, par. 49 à 54.

³⁸ Voir *supra* note 12. Aux termes de l'article premier du projet de code de 1954, « Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, définis dans le présent code sont des crimes de droit international, et les individus qui en sont responsables seront punis ».

³⁹ Voir *Le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg*, mémorandum du Secrétaire général (numéro de vente : 1949.V.7), p. 44.

facilite de toute autre manière, directement et de façon substantielle, y compris en procurant les moyens de le commettre;

e) participe directement à la planification ou à une entente en vue de commettre un tel crime, dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré;

f) incite directement et publiquement un autre individu à commettre un tel crime, dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré;

g) tente de commettre un tel crime si ce crime a fait l'objet d'un commencement d'exécution qui n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de sa volonté.

Commentaire

1) Le principe de la responsabilité individuelle pour crime de droit international a été clairement établi à Nuremberg. Le statut du Tribunal de Nuremberg prévoyait le jugement et le châtement des personnes qui avaient commis des crimes contre la paix, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité⁴⁰. Le Tribunal de Nuremberg a confirmé l'applicabilité directe du droit pénal international à des individus, qui pouvaient encourir une responsabilité pénale et être punis en cas de violation de ce droit : « On fait valoir que le Droit international ne vise que les actes des États souverains et ne prévoit pas de sanctions à l'égard des délinquants individuels [...] Le tribunal ne peut accepter [cette thèse]. Il est admis, depuis longtemps, que le Droit international impose des devoirs et des responsabilités aux personnes physiques » aussi bien qu'aux États⁴¹. Le Tribunal de Nuremberg a conclu en outre que « la violation du Droit international fait naître des responsabilités individuelles »⁴². Le principe de la responsabilité et du châtement des individus pour crime de droit international reconnu par le Tribunal de Nuremberg est la pierre angulaire du droit pénal international. Ce principe est le legs durable du statut et du jugement du Tribunal de Nuremberg, qui donne un sens à l'interdiction des crimes de droit international en prévoyant que les individus qui commettent de tels crimes encourrent une responsabilité et sont passibles de châtement. Le principe de la responsabilité et du châtement des individus pour crime de droit international a été réaffirmé dans le statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie⁴³ (art. 7, par. 1, et art. 23, par. 1) et dans le statut du Tribunal criminel chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre

⁴⁰ Statut du Tribunal de Nuremberg, art. 6.

⁴¹ *Procès des grands criminels de guerre...* (voir *supra* note 35), p. 234.

⁴² *Ibid.*, p. 235.

⁴³ Appelé ci-après Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie. Les textes de référence sont reproduits dans *Documents de référence, 1995* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.95.III.P.1).

1994⁴⁴ (art. 6, par. 1, et art. 22, par. 1). Ce principe avait aussi été réaffirmé par la Commission dans les Principes de Nuremberg (principe I) et dans le projet de code de 1954 (article premier). Le châtement des individus, dans le cas des crimes visés par le présent code, fait l'objet de l'article 3 (Sanction) et est examiné dans le commentaire y relatif.

2) Comme indiqué dans l'introduction à la première partie du présent code, les principes de la responsabilité pénale individuelle qui permettent de déterminer si un individu peut être tenu responsable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité sont énoncés dans les articles 2 à 7 de la première partie. Premier article de cette série, l'article 2 pose un certain nombre de principes généraux importants qui concernent la responsabilité pénale individuelle. Le paragraphe 1 pose le principe général de la responsabilité individuelle pour les crimes visés dans le présent code. Le paragraphe 2 réaffirme ce principe à l'égard du crime d'agression, prévu à l'article 16 qui indique les formes de participation à ce crime. Le paragraphe 3 a trait aux diverses formes de participation par lesquelles un individu encourt une responsabilité pour les autres crimes énumérés dans la deuxième partie du présent code.

3) Le *paragraphe 1* de l'article 2 réaffirme le principe de la responsabilité individuelle pour les crimes de droit international que sont les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Cela ressort clairement de la reconnaissance du fait qu'un crime entrant dans cette catégorie « engage la responsabilité individuelle ». Nonobstant le champ d'application du code, défini au paragraphe 1 de l'article premier, le paragraphe 1 de l'article 2 est rédigé en des termes généraux pour réaffirmer le principe général de la responsabilité pénale individuelle dans le cas de tous les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qu'ils soient ou non énumérés dans le présent code. La Commission a estimé qu'il était important de réaffirmer ainsi ce principe général dans le cas de tous les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité pour éviter toute question quant à son application aux crimes revêtant ce caractère qui ne sont pas énumérés dans la deuxième partie. La Commission a adopté une démarche restrictive en ce qui concerne les crimes à faire figurer dans la deuxième partie, tout en reconnaissant qu'il peut exister d'autres crimes revêtant le même caractère qui ne tombent pas actuellement sous le coup des dispositions du code.

4) Le paragraphe 1 indique aussi que le champ d'application du code *ratione personae* est limité aux « individus », c'est-à-dire aux personnes physiques. Il est vrai que le fait dont un individu est responsable pourrait aussi être attribuable à un État si l'individu l'avait commis « en qualité d'agent de l'État », « pour le compte de l'État », « au nom de l'État », ou en tant qu'agent de fait, sans pouvoir légal. C'est pourquoi l'article 4 (Responsabilité des États) précise que la responsabilité pénale des individus « est sans préjudice de toute question de responsabilité des États en droit international ».

⁴⁴ Appelé ci-après Tribunal international pour le Rwanda. Résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, en date du 8 novembre 1994, annexe.

5) Le *paragraphe 2* de l'article 2 traite de la responsabilité individuelle pour le crime d'agression. Pour ce qui est des autres crimes prévus dans le code, les diverses manières dont le rôle joué par l'individu dans la commission du crime met en jeu sa responsabilité sont indiquées au *paragraphe 3* : l'individu est tenu responsable s'il a commis l'acte qui constitue le crime, s'il a tenté de commettre cet acte, s'il a omis d'empêcher la commission de l'acte, s'il a incité à la commission de l'acte, s'il a participé à la planification de l'acte, ou s'il a été complice de sa commission. Dans le cas du crime d'agression, il n'était pas nécessaire d'énumérer ces différentes formes de participation entraînant la responsabilité de l'individu, parce que la définition du crime d'agression qui figure à l'article 16 offre déjà tous les éléments nécessaires pour établir la responsabilité. Selon cet article, un individu est responsable du crime d'agression si, en qualité de dirigeant ou d'organisateur, il ordonne la planification, la préparation, le déclenchement ou la conduite d'une agression commise par un État, ou s'il y participe activement. Le crime d'agression présente des traits particuliers qui le distinguent des autres infractions visées par le code. L'agression ne peut être commise que par des individus qui sont des agents de l'État et qui se servent de leur pouvoir de commandement et des moyens qu'il procure pour commettre ce crime. Toutes les situations énumérées au *paragraphe 3* qui auraient leur application relativement à un crime d'agression sont déjà incluses dans la définition qui est donnée de ce crime à l'article 16. C'est pourquoi le crime d'agression fait l'objet, à l'article 2, d'un *paragraphe* distinct.

6) Le *paragraphe 3* de l'article 2 envisage les différentes façons dont un individu encourt une responsabilité pour avoir participé ou apporté d'une autre manière un concours significatif à la commission d'un des crimes visés aux articles 17 (Crime de génocide), 18 (Crimes contre l'humanité), 19 (Crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé) ou 20 (Crimes de guerre), à savoir, la commission directe du crime (*alinéa a*), la complicité (*alinéas b à f*) ou la tentative (*alinéa g*). La participation n'entraîne la responsabilité que si le crime est effectivement commis, ou du moins fait l'objet d'une tentative de commission. Dans certains cas, il a été jugé utile de le préciser dans les *alinéas* pertinents afin de dissiper des doutes éventuels. Il est bien entendu que cette condition ne vaut que pour l'application du présent code et ne prétend pas être l'affirmation d'un principe général auquel serait soumise la qualification de la participation comme source de responsabilité pénale⁴⁵.

7) L'*alinéa a* du *paragraphe 3* vise la responsabilité de l'auteur qui effectivement « commet... un tel crime ». Cet *alinéa* prévoit qu'un individu qui est l'auteur d'un acte ou d'une omission illicites est tenu pénalement responsable de ce comportement. Comme l'a indiqué le Tribunal de Nuremberg, tout individu a le devoir de respecter les règles pertinentes du droit international; partant, il peut être tenu personnellement responsable s'il manque à ce devoir. L'*alinéa a* vise deux situations possibles dans

lesquelles un individu « commet » un crime, à raison soit d'un acte, soit d'une omission, suivant la règle de droit qui est enfreinte. Dans le premier cas, un individu est pénalement responsable du comportement positif consistant à perpétrer un acte en violation de l'obligation de ne pas accomplir un tel acte. Dans le second cas, un individu est tenu pénalement responsable d'une omission lorsqu'il s'abstient d'accomplir un acte en violation d'une obligation d'accomplir un tel acte. Tout en reconnaissant que le verbe « commettre » s'emploie en général pour désigner un comportement intentionnel et non simplement négligent ou accidentel, la Commission a décidé d'employer l'expression « commet intentionnellement » pour souligner davantage l'élément intentionnel nécessaire des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le principe de la responsabilité pénale individuelle énoncé à l'*alinéa a*, en vertu duquel un individu qui commet un crime est tenu responsable de sa propre conduite, est conforme au statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6), à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. II), aux Conventions de Genève du 12 août 1949⁴⁶, ainsi qu'aux statuts respectifs du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7, par. 1) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 6, par. 1). Il correspond aussi aux Principes de Nuremberg (principe I) adoptés par la Commission.

8) L'*alinéa b* concerne la responsabilité du supérieur qui « ordonne la commission d'un tel crime ». Il prévoit qu'un individu qui ordonne la commission d'un crime encourt une responsabilité en raison de ce crime. Ce principe de la responsabilité pénale s'applique à un individu qui, exerçant des fonctions d'autorité, se sert de son pouvoir pour contraindre un autre individu à commettre un crime. Le supérieur qui ordonne la commission du crime est à certains égards plus coupable que le subordonné, qui ne fait qu'exécuter l'ordre et commet ainsi un crime qu'il n'aurait pas commis de sa propre initiative. Le supérieur contribue de manière significative à la commission du crime en se servant de son autorité pour contraindre le subordonné à commettre un crime. Le supérieur qui ordonne au subordonné de commettre un crime manque à deux devoirs essentiels incombant à tout individu qui exerce une autorité. Premièrement, le supérieur manque à son devoir de veiller à ce que ses subordonnés aient un comportement licite. Deuxièmement, le supérieur manque à son devoir d'exercer son autorité conformément au droit et abuse ainsi des pouvoirs inhérents à ses fonctions.

9) Aux fins du présent code, le principe de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique ne s'applique qu'aux situations où le subordonné, soit a effectivement exécuté, soit a au moins tenté d'exécuter l'ordre de commettre le crime, ce qui est rendu par le membre de phrase « dans la mesure où ce crime a été effectivement commis ou tenté ». Dans le premier cas, la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique se limite aux situations

⁴⁵ Cette limitation n'a aucun effet sur l'application ni des principes généraux en dehors du code, ni des dispositions analogues prévues dans d'autres instruments, notamment l'article III de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

⁴⁶ Voir l'article commun aux quatre Conventions de Genève : Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, art. 49; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, art. 50; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, art. 129; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, art. 146.

où un subordonné exécute effectivement l'ordre de commettre un crime. Cette limitation de la responsabilité pénale du supérieur pour les crimes visés aux articles 17 à 20 découle du fait que le champ d'application du présent code est limité aux seuls crimes de droit international qui sont d'un caractère tel qu'ils menacent la paix et la sécurité internationales, comme il est indiqué plus haut, au paragraphe 6. Nonobstant l'absence de responsabilité pénale en vertu du présent code, le supérieur hiérarchique qui donne l'ordre de commettre un crime sans que cet ordre soit exécuté peut demeurer passible des mesures pénales ou disciplinaires prévues par le droit interne. Dans le second cas, la responsabilité pénale du supérieur est étendue aux situations où le subordonné tente, sans succès, d'exécuter l'ordre de commettre un crime. Puisque ledit subordonné serait tenu pénalement responsable en vertu de l'alinéa *g*, ce serait à l'évidence une parodie de justice que de tenir le subordonné responsable de la tentative de crime effectuée sur ordre de son supérieur hiérarchique, tout en permettant à celui-ci d'échapper à toute responsabilité du fait que le subordonné n'a pas réussi à exécuter l'ordre qui lui avait été donné. Le principe de responsabilité pénale individuelle énoncé à l'alinéa *b*, en vertu duquel un individu qui ordonne de commettre un crime est tenu responsable de ce crime, est conforme aux Conventions de Genève du 12 août 1949⁴⁷ et aux statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7, par. 1) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 6, par. 1). Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 6, les restrictions figurant dans cet alinéa n'affectent pas l'application des principes généraux de la responsabilité pénale individuelle en dehors du présent code ou d'une disposition analogue figurant dans un autre instrument.

10) L'alinéa *c* traite de la responsabilité du supérieur hiérarchique qui « omet d'empêcher ou de réprimer la commission d'un tel crime » par un subordonné « dans les circonstances visées à l'article 6 ». Cet alinéa réaffirme la responsabilité du supérieur hiérarchique qui ne s'acquitte pas de son devoir de prévenir ou de réprimer la commission d'un crime par son subordonné dans les circonstances visées à l'article 6 (Responsabilité du supérieur hiérarchique). Ce principe de responsabilité pénale individuelle est traité à l'article 6 et examiné dans le commentaire *y* relatif.

11) L'alinéa *d* concerne la responsabilité pénale du complice qui « fournit... une assistance à la commission d'un tel crime ». Aux termes de cet alinéa, un individu qui « fournit une aide ou une assistance » à la commission d'un crime par un autre individu « ou la facilite de toute autre manière » encourt la responsabilité du crime en question lorsque certains critères sont réunis. Le complice doit fournir en connaissance de cause cette assistance à l'auteur du crime. Ainsi, un individu qui fournit un type donné d'assistance à un autre individu sans savoir que cette assistance facilitera la commission d'un crime ne serait pas tenu responsable en vertu du présent alinéa. En outre, le complice doit fournir une assistance qui contribue directement et de façon substantielle à la commission du crime, par exemple en procurant les moyens qui permettent à l'auteur de commettre le crime.

La participation du complice doit donc revêtir la forme d'une assistance qui facilite notablement la commission du crime, auquel cas un individu est tenu responsable de son propre comportement, qui a contribué à la commission du crime, alors même que l'acte criminel a été commis par un autre individu. Le principe de la responsabilité pénale individuelle pour complicité dans la commission d'un crime énoncé à l'alinéa *d* est conforme au statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6), à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. III, al. *e*) et aux statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7, par. 1) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 6, par. 1). Ce principe est aussi conforme aux Principes de Nuremberg (principe VII) et au projet de code de 1954 (art. 2, par. 13, iii).

12) La Commission a conclu que l'aide, l'assistance ou la facilitation *ex post facto* pouvaient constituer des cas de complicité si l'auteur et le complice étaient convenus de cette assistance avant la perpétration du crime.

13) L'alinéa *e* traite de la responsabilité du « planificateur » ou de la personne qui « participe... à la planification ou à une entente en vue de commettre un tel crime ». Cet alinéa prévoit qu'un individu qui participe directement à la planification d'un crime ou à une entente en vue de commettre un crime encourt une responsabilité pour ledit crime, même si celui-ci est commis en réalité par un autre individu. Le terme « directement » est employé pour indiquer que l'individu en question doit effectivement prendre une part substantielle à l'élaboration d'un plan criminel ou d'une politique criminelle, y compris en approuvant une politique ou un plan de ce type proposé par une autre personne. Le planificateur qui établit le plan détaillé de l'exécution d'un crime est à certains égards plus coupable que l'auteur qui exécute ce plan élaboré en vue d'un crime qu'il n'aurait autrement pas commis. De même, les individus qui forment une entente en vue de commettre un crime apportent une contribution significative à la commission de ce crime en participant conjointement à l'élaboration d'un plan en vue de son exécution et en s'associant pour poursuivre leur entreprise criminelle. Le membre de phrase « dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré » indique que la responsabilité pénale d'un individu qui, agissant seul ou en compagnie d'autres individus, participe à la planification d'un des crimes visés aux articles 17 à 20 est limitée aux situations dans lesquelles le plan criminel est effectivement réalisé. L'alinéa *e* de l'article 2 établit un principe de responsabilité individuelle pour une forme particulière de participation à un crime, plutôt qu'il ne crée une infraction ou un crime séparé et distinct⁴⁸.

14) L'alinéa *e* a pour but de garantir que des hauts fonctionnaires de l'administration ou des chefs militaires qui élaborent eux-mêmes une politique criminelle ou un plan criminel, ou participent à une entente aux fins de son élaboration, auront à répondre du rôle prépondérant qu'ils jouent, ce rôle étant souvent un facteur décisif

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Cela est conforme au jugement du Tribunal de Nuremberg, qui a traité le complot comme une forme de participation à un crime contre la paix plutôt que comme un crime distinct. Voir *Procès des grands criminels de guerre...* (voir *supra* note 35), p. 238.

dans la commission des crimes visés par le code. Ce principe de responsabilité individuelle revêt une importance particulière dans le cas des crimes énoncés aux articles 17 à 20 qui, par leur nature même, requièrent souvent l'établissement d'un plan ou d'une politique systématique par de hauts fonctionnaires de l'administration et des chefs militaires. Il peut être nécessaire que ce plan ou cette politique soient élaborés plus en détail par des individus occupant des postes de niveau intermédiaire dans la hiérarchie administrative ou militaire et ayant pour tâche de faire appliquer les plans généraux ou politiques générales établis par leurs supérieurs. La responsabilité pénale de ces fonctionnaires de niveau intermédiaire, qui ordonnent à leurs subordonnés de commettre les crimes, est prévue à l'alinéa *b*. Il peut aussi se révéler nécessaire de faire appel à un certain nombre d'individus occupant des postes subalternes pour qu'ils prennent les mesures nécessaires à l'exécution du plan criminel ou de la politique criminelle. La responsabilité pénale des subordonnés qui commettent effectivement les crimes est prévue à l'alinéa *a*. L'effet conjugué des alinéas *a*, *b* et *e* est donc de garantir que le principe de la responsabilité pénale s'applique à tous les individus, à tous les niveaux de la hiérarchie de l'administration ou de la chaîne de commandement militaire, qui contribuent d'une manière ou d'une autre à la commission d'un des crimes visés aux articles 17 à 20.

15) Le principe de la responsabilité pénale individuelle pour élaboration d'un plan ou participation à un plan concerté ou à une entente⁴⁹ en vue de commettre un crime a été reconnu dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6), la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. III, al. *b*) et les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7, par. 1 [planification]) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 6, par. 1 [planification]). La Commission a également reconnu le complot comme une forme de participation à un crime contre la paix dans les Principes de Nuremberg (principe VI) et, plus généralement, dans le projet de code de 1954 (art. 2, par. 13, i).

16) L'alinéa *f* traite de la responsabilité de celui qui « incite... un autre individu à commettre un tel crime ». Il y est prévu qu'un individu qui en incite directement et publiquement un autre à commettre un crime encourt une responsabilité à ce titre. Le premier pousse et encourage le second à commettre un crime et, de ce fait, concourt de façon substantielle à la commission de ce crime. Le principe de responsabilité pénale individuelle posé par cet alinéa ne s'applique qu'à l'incitation directe et publique. L'élément d'incitation directe suppose le fait de pousser expressément un autre individu à commettre immédiatement un acte criminel, et non une simple suggestion vague ou indirecte. L'élément également indispensable d'incitation publique suppose la communication de l'appel à perpétrer un acte criminel à un certain nombre d'individus dans un lieu public ou au public en général. Un individu peut ainsi communiquer cet appel

en personne dans un lieu public ou en passant par des médias comme la radio ou la télévision⁵⁰. Cet appel public au crime accroît la probabilité qu'un individu au moins y réponde et, de surcroît, encourage cette espèce de « violence de la rue » qui amène un certain nombre d'individus à se conduire en criminels. L'incitation privée au crime relèverait du principe de responsabilité pénale individuelle applicable aux individus qui participent à un plan concerté ou à une entente en vue de commettre un crime, ainsi que le prévoit l'alinéa *e*. Le membre de phrase « dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré » signifie que la responsabilité pénale encourue par un individu pour avoir incité un autre individu à commettre l'un des crimes visés aux articles 17 à 20 se limite aux cas où le second commet effectivement ce crime, comme on l'a vu au paragraphe 6. Le principe de la responsabilité pénale individuelle pour incitation a été reconnu dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6 [incitation]), la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. III, al. *c*), le statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7, par. 1 [incitation]) et le statut du Tribunal international pour le Rwanda (art. 6, par. 1 [incitation]). Ce principe a également été reconnu par la Commission dans le projet de code de 1954 (art. 2, par. 13, ii).

17) L'alinéa *g* concerne la responsabilité d'un individu qui « tente de commettre un tel crime ». Il prévoit la responsabilité pénale d'un individu qui nourrit l'intention de commettre un crime, commet un acte pour mettre à exécution son intention et n'échoue dans la consommation du crime qu'en raison d'un facteur indépendant qui l'empêche de le commettre. Ainsi, un individu encourt une responsabilité pénale pour avoir essayé sans succès de commettre un crime seulement lorsque les éléments suivants sont présents : *a*) l'intention de commettre un crime déterminé; *b*) un acte tendant à sa commission; et *c*) la non-consommation du crime pour des raisons indépendantes de la volonté de son auteur. Le membre de phrase « si ce crime a fait l'objet d'un commencement d'exécution » signifie que l'individu a accompli un acte qui constitue un pas important vers la consommation du crime. Avec le membre de phrase « qui n'a manqué son effet qu'en raison de », il est reconnu que la notion de tentative, par définition, ne s'applique qu'à des situations dans lesquelles un individu tente de commettre un crime et échoue dans son entreprise. La Commission a décidé de reconnaître cette exception à la condition de la perpétration effective d'un crime, qui s'applique aux autres principes de responsabilité pénale individuelle énoncés au paragraphe 3, pour deux raisons. Premièrement, grand est la culpabilité d'un individu qui tente de commettre un crime et qui échoue uniquement pour des circonstances échappant à son emprise, et non parce qu'il a lui-même décidé de renoncer à son entreprise criminelle. Deuxièmement, le fait qu'un individu a franchi un pas important sur la voie de la perpétration d'un des crimes énoncés aux arti-

⁴⁹ Dans le texte français, la Commission a préféré le terme « entente », emprunté à l'article III de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, au terme « complot » utilisé dans le projet de code de 1954 et dans le principe VI des Principes de Nuremberg, pour traduire le mot *conspiracy*, employé dans le texte anglais de l'alinéa *e*.

⁵⁰ Les événements tragiques qui se sont déroulés au Rwanda ont apporté la preuve de l'impact encore plus grand qu'à la communication de l'appel à perpétrer un acte criminel par les médias, qui permettent à un individu d'atteindre un nombre beaucoup plus grand de personnes et de répéter le message de l'incitation. Voir le rapport final de la Commission d'experts créée en application de la résolution 935 (1994) du Conseil de sécurité, en date du 1^{er} juillet 1994, doc. S/1994/1405, annexe.

cles 17 à 20 fait planer une menace sur la paix et la sécurité internationales en raison de l'extrême gravité de ces crimes. Le principe de la responsabilité pénale individuelle pour tentative a été reconnu dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. III, al. d). Ce principe a également été reconnu par la Commission dans le projet de code de 1954 (art. 2, par. 13, iv).

Article 3. — Sanction

Tout individu qui est responsable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est passible de châtement. Le châtement est proportionnel au caractère et à la gravité de ce crime.

Commentaire

1) Ainsi qu'il est exposé dans le commentaire de l'article 2 (Responsabilité individuelle), le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg ont clairement posé en principe que tout individu ayant une conduite qui constitue un crime au regard du droit international non seulement engage sa responsabilité personnelle à ce titre, mais encore est passible de châtement. Le statut prévoyait le châtement des personnes responsables de violations du droit international qui constituaient des crimes au regard de ce droit, à savoir, de crimes contre la paix, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité. Dans son jugement, le Tribunal a reconnu expressément que « la violation du Droit international fait naître des responsabilités individuelles ». Il a souligné en outre que « ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit international »⁵¹. Ainsi, le droit pénal international remplit les trois mêmes fonctions essentielles que tout droit pénal national, en édictant la règle de comportement individuel, en posant le principe de la responsabilité individuelle et celui de la sanction des violations de cette règle de comportement, et en décourageant par là même de telles violations.

2) L'article 3 consiste en deux dispositions étroitement liées. La première pose le principe général selon lequel tout auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est responsable de ce crime. La seconde, plus spécifique, a trait au châtement qu'entraîne cette responsabilité, c'est-à-dire à la peine applicable, laquelle doit être proportionnelle au caractère et à la gravité du crime considéré.

3) Le caractère d'un crime est ce qui le distingue d'un autre crime. Un crime d'agression se distingue d'un crime contre l'humanité, lequel se distingue d'un crime de guerre. La gravité d'un crime se déduit des circonstances de sa commission et des sentiments qui ont animé son auteur. Le crime a-t-il été prémédité ? A-t-il été précédé de préparatifs (manœuvre ou embuscade) ? La gravité se déduit aussi des sentiments qui ont animé son auteur et qu'on appelle généralement le mobile. Celui-ci se

déduit également de la manière dont il a été exécuté : cruauté ou barbarie. Un individu pouvait avoir l'intention non seulement de commettre un acte criminel, mais encore de le faire de manière à infliger le maximum de douleur ou de souffrance à la victime. Ainsi, si l'acte criminel est juridiquement le même, les moyens et les procédés utilisés se situent à des degrés variables de dépravation et de cruauté. Ce sont tous ces éléments qui doivent guider le juge dans l'application de la peine.

4) Les auteurs de la présente disposition n'ont pas fixé une peine pour chaque crime, car tout dépend du système judiciaire qui sera adopté pour juger les auteurs de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

5) S'il s'agit d'un système de compétence universelle, chaque État qui se déclarera compétent aura à déterminer la peine applicable, cette peine pouvant comporter, par exemple, un maximum et un minimum, et admettre ou non des circonstances atténuantes ou aggravantes.

6) Dans ce cas, le tribunal saisi pourra, dans l'application de la peine, déterminer, dans l'échelle des peines établies par l'État, la peine la plus appropriée et se prononcer sur l'existence ou non de circonstances atténuantes ou aggravantes.

7) Si, par contre, la compétence est dévolue à une juridiction internationale, la peine applicable sera déterminée par une convention internationale, soit dans le statut même de cette juridiction internationale, soit dans un autre instrument si le statut de la juridiction internationale ne le prévoit pas. Quoiqu'il en soit, il n'est pas nécessaire que l'individu sache d'avance quel châtement précis il encourt dès lors que ses actes constituent un crime d'une extrême gravité, qui sera sévèrement puni. Le principe du châtement des auteurs de crimes au regard du droit international coutumier ou des principes généraux du droit a été reconnu dans le jugement du Tribunal de Nuremberg⁵² et au paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Article 4. — Responsabilité des États

Le fait que le présent Code prévoit la responsabilité des individus pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est sans préjudice de toute question de responsabilité des États en droit international.

Commentaire

1) Comme le précise l'article 2 (Responsabilité individuelle), le présent code vise la responsabilité des individus pour les crimes définis dans la deuxième partie; toutefois, ainsi que le signale le commentaire de l'article 2, un individu peut fort bien — et c'est même l'hypothèse la plus probable — commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité en tant qu'« agent de l'État », « pour le compte de l'État », « au nom de l'État » ou même sur la base d'un rapport de fait avec l'État, sans être légalement investi d'aucun pouvoir.

⁵¹ Procès des grands criminels de guerre... (voir *supra* note 35), p. 235.

⁵² Ibid., p. 230 à 233.

2) La formule « sans préjudice de », employée à l'article 4, indique que le présent code ne préjuge pas la responsabilité de l'État en droit international pour les crimes commis par ses agents. Comme la Commission l'a déjà souligné dans le commentaire de l'article 19 (Crimes et délits internationaux) du projet d'articles sur la responsabilité des États, le châtement personnel d'individus-organes de l'État « n'épuise certes pas la poursuite de la responsabilité internationale incombant à l'État pour les faits internationalement illicites qui, de par le comportement de ses organes, lui sont attribués dans de tels cas »⁵³. La responsabilité de l'État peut donc subsister sans qu'il puisse s'en dégager en invoquant la poursuite ou la punition des individus auteurs du crime.

**Article 5. — 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 l'exonère pas de sa responsabilité pénale, mais peut être considéré comme un motif de diminution de la peine si cela est conforme à la justice.

Commentaire

1) Par leur nature même, les crimes de droit international requièrent souvent la participation directe ou indirecte de plusieurs individus dont certains au moins occupent des postes d'autorité gouvernementale ou de commandement militaire. Cela est particulièrement vrai dans le cas des crimes de droit international qui, par leur gravité ou leur ampleur, parce qu'ils sont commis massivement ou sur une grande échelle ou sont perpétrés de manière planifiée ou systématique, constituent une menace pour la paix et la sécurité internationales et doivent donc être visés dans le code.

2) Les principes de la responsabilité pénale individuelle énoncés à l'article 2 (Responsabilité individuelle) définissent les différents fondements possibles de la responsabilité pénale d'un individu qui contribue directement ou indirectement à la perpétration d'un crime prévu par le code. Les dispositions relatives à l'ordre d'un supérieur hiérarchique, à la qualité officielle et à la responsabilité du supérieur hiérarchique, figurant dans les articles 5 à 7, visent à assurer que les principes de la responsabilité pénale individuelle s'appliquent également et sans exception à tout individu au sein de la hiérarchie gouvernementale ou de la chaîne de commandement militaire qui contribue à la perpétration d'un tel crime. C'est ainsi, par exemple, qu'un haut fonctionnaire qui conçoit ou formule une politique génocide, un commandant militaire ou un officier qui ordonne à un subordonné de commettre un acte génocide en application d'une telle politique ou qui s'abstient sciemment de prévenir ou de réprimer un tel acte, et le subordonné qui exécute l'ordre de commettre un acte génocide concourent à la perpétration finale du crime de génocide. Il est conforme à la justice que tous ces individus soient tenus pour responsables.

3) L'article 5 porte sur la responsabilité pénale d'un subordonné qui, agissant sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique, commet un crime. Le haut fonctionnaire qui formule un plan ou une politique de caractère criminel et le commandant militaire ou l'officier qui ordonne que soit commis un acte criminel en application d'un tel plan ou d'une telle politique assument une responsabilité particulière dans le crime qui est en définitive commis. Néanmoins, on ne saurait oublier la culpabilité ni le rôle indispensable du subordonné qui commet effectivement l'acte criminel. Sinon, l'absence de toute responsabilité ou de toute sanction à l'égard des auteurs effectifs de ces crimes odieux et, par conséquent, l'absence de toute dissuasion à l'égard des auteurs potentiels affaibliraient sensiblement la force de l'interdiction de tels crimes par le droit international.

4) L'ordre d'un supérieur hiérarchique est le moyen de défense le plus souvent invoqué comme fait justificatif par des subordonnés accusés du type de comportement criminel que prévoit le code. Depuis la seconde guerre mondiale, cet argument, selon lequel le subordonné a agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique, est systématiquement rejeté comme moyen de dégager la responsabilité de l'intéressé pour crime de droit international. À cet égard, le statut du Tribunal de Nuremberg disposait dans son article 8 :

Le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son Gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige⁵⁴.

Lors de leur procès devant le Tribunal de Nuremberg, la plupart des grands criminels de guerre ont fait valoir, à titre de fait justificatif, qu'ils avaient agi sur ordre de leur supérieur hiérarchique. Le Tribunal a rejeté l'argument de l'ordre reçu d'un supérieur hiérarchique comme fait justificatif, en affirmant :

Les dispositions de [l'article 8] sont conformes au droit commun des États. L'ordre reçu par un soldat de tuer ou de torturer, en violation du Droit international de la guerre, n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence. Il ne peut s'en prévaloir, aux termes du Statut, que pour obtenir une réduction de la peine⁵⁵.

Dans les instruments juridiques pertinents adoptés depuis le statut du Tribunal de Nuremberg, l'ordre d'un supérieur hiérarchique a été systématiquement exclu en tant que fait justificatif; tel a été le cas notamment dans le statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (Tribunal de Tokyo) [art. 6]⁵⁶, la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (art. 4)⁵⁷ et, plus récemment, le statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7) et le statut du Tribunal international pour le Rwanda (art. 6). L'absence de fait justificatif fondé sur la seule existence de l'ordre d'un supérieur hiérarchique a été également reconnue par la Commis-

⁵⁴ Voir *supra* note 33.

⁵⁵ *Procès des grands criminels de guerre...* (voir *supra* note 35), p. 235 et 236.

⁵⁶ *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII (juillet 1945-décembre 1946), p. 354 et suiv.

⁵⁷ Loi relative au châtement des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité, édictée à Berlin le 20 décembre 1945 (*Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, Berlin, n° 3, 31 janvier 1946).

⁵³ *Annuaire...* 1976, vol. II (2^e partie), p. 96, par. 21 du commentaire de l'article 19.

sion dans le cadre des Principes de Nuremberg (principe IV) et du projet de code de 1954 (art. 4).

5) Même si l'ordre d'un supérieur hiérarchique n'est pas réputé constituer un fait justificatif, le fait qu'un subordonné ayant commis un crime a agi sur ordre de son supérieur hiérarchique a été reconnu dans le statut du Tribunal de Nuremberg et les instruments juridiques postérieurs qui viennent d'être cités comme pouvant constituer une circonstance atténuante, susceptible de se traduire par l'imposition d'une sanction moins lourde. Cependant, la simple existence d'ordres d'un supérieur hiérarchique ne se traduira pas automatiquement par l'imposition d'une sanction moins lourde. Le subordonné n'est passible d'une sanction moins lourde que dans le cas où l'ordre du supérieur hiérarchique réduit effectivement le degré de sa culpabilité. Par exemple, si le subordonné était disposé à participer à la commission du crime, qu'il y eût ou non ordre de son supérieur hiérarchique, il encourt le même degré de culpabilité que s'il n'avait pas existé d'ordre en ce sens. Dans ce cas, l'existence de l'ordre d'un supérieur hiérarchique n'a exercé aucune influence indue sur le comportement du subordonné. En revanche, le subordonné qui commet un crime contre son gré sur ordre d'un supérieur hiérarchique, parce qu'il craint que l'inexécution de cet ordre n'ait de graves conséquences pour lui-même ou sa famille, n'encourt pas le même degré de responsabilité que celui qui participe de son plein gré à la commission du crime. Le fait qu'il ait commis le crime contre son gré afin d'éviter que l'inexécution de l'ordre reçu n'entraîne, dans les circonstances du moment, de graves conséquences pour lui-même ou pour ses proches pourra justifier, pour tenir compte du moindre degré de culpabilité, une réduction de la sanction qui autrement serait imposée. L'expression « si cela est conforme à la justice » est employée pour montrer que, même en pareil cas, l'imposition d'une sanction moins lourde doit être aussi compatible avec les intérêts de la justice. À cet égard, le tribunal compétent doit examiner si le subordonné était fondé à exécuter l'ordre de commettre un crime pour éviter les conséquences de l'inexécution de cet ordre. Ainsi, le tribunal doit apprécier, d'une part, la gravité des conséquences qu'a effectivement entraînées l'exécution de l'ordre, et, d'autre part, la gravité des conséquences qui seraient probablement résultées de son inexécution, dans les circonstances du moment. À un extrême, le tribunal n'aura aucune raison de montrer une quelconque indulgence vis-à-vis d'un subordonné qui aurait commis un crime odieux sur ordre d'un supérieur hiérarchique en l'absence d'un risque direct, ou de quelque autre manière significatif, de s'exposer à de graves conséquences en cas d'inexécution de cet ordre. À l'autre extrême, le tribunal pourra décider qu'il est conforme à la justice d'imposer une sanction moins lourde à un subordonné qui a commis un crime grave sur ordre d'un supérieur hiérarchique uniquement pour éviter un risque direct, ou de quelque autre manière significatif, de s'exposer à des conséquences également graves ou plus graves encore au cas où l'ordre ne serait pas exécuté⁵⁸.

6) L'article 5 réaffirme le principe de la responsabilité pénale individuelle selon lequel tout subordonné qui commet un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est responsable à ce titre, nonobstant le fait qu'il a agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique. Il réaffirme également la possibilité de voir dans les ordres d'un supérieur hiérarchique une circonstance atténuante lors de la détermination de la sanction applicable, si cela est conforme à la justice. Le texte de l'article se fonde sur les dispositions correspondantes du statut du Tribunal de Nuremberg, du statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et du statut du Tribunal international pour le Rwanda. Il vise à réaffirmer la norme de droit international existante en vertu de laquelle le seul fait qu'un individu a commis un crime en exécution de l'ordre de son gouvernement ou de son supérieur hiérarchique n'empêche pas la mise en jeu de sa responsabilité pénale à raison de son comportement, mais peut constituer une circonstance atténuante dans certaines situations lorsque cela est conforme à la justice.

Article 6. — Responsabilité du 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 avaient des raisons de savoir, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre un tel crime et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer ce crime.

Commentaire

1) Les commandants militaires sont responsables de la conduite des membres des forces armées qui se trouvent sous leur commandement et des autres personnes qui relèvent de leur autorité. Ce principe de la responsabilité du commandement a été reconnu dans la Convention IV de La Haye de 1907⁵⁹ et réaffirmé dans des instruments juridiques postérieurs⁶⁰. Il exige que les membres des forces armées soient placés sous le commandement d'un supérieur hiérarchique qui est responsable de leur conduite. Un commandant militaire peut être tenu pénalement responsable du comportement illicite de ses subordonnés s'il contribue directement ou indirectement à la commission d'un crime perpétré par ces derniers. Un commandant militaire contribue directement à la commission du crime lorsqu'il ordonne à son subordonné d'exécuter un acte criminel, par exemple tuer un civil non armé, ou de s'abstenir d'exécuter un acte que le subordonné a le devoir d'exécuter, par exemple s'abstenir de fournir des vivres à des prisonniers de guerre, les condamnant ainsi à la famine. La responsabilité pénale d'un commandant militaire dans le premier cas est visée à l'article 2 (Responsabilité individuelle). De la même façon, un commandant militaire contribue indirectement à la commission d'un crime par son subor-

⁵⁸ Voir H. Lauterpacht, « The law of nations and the punishment of war crimes », *The British Year Book of International Law* 1944, vol. 21, 1944, p. 73.

⁵⁹ Règlement concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre, joint en annexe à la Convention, article premier.

⁶⁰ Article 43 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, et article premier du Protocole II additionnel auxdites conventions.

donné lorsqu'il omet d'empêcher ou de réprimer le comportement illicite de ce dernier. La responsabilité pénale d'un commandant militaire, dans ce second cas, est visée à l'article 6.

2) La responsabilité pénale d'un commandant militaire qui a omis d'empêcher ou de réprimer le comportement illicite de ses subordonnés n'était pas prévue dans le statut du Tribunal de Nuremberg et n'a pas été reconnue par le Tribunal. Mais elle l'a été dans plusieurs décisions judiciaires prononcées après la seconde guerre mondiale. La Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Yamashita*, a donné une réponse affirmative à la question de savoir si les lois de la guerre imposaient à un commandant de corps d'armée le devoir de prendre les mesures appropriées qui étaient en son pouvoir pour contrôler les troupes placées sous ses ordres afin d'empêcher que celles-ci ne commettent des actes de violation des lois de la guerre. La Cour a retenu la responsabilité pénale du général Yamashita au motif qu'il avait omis de prendre de telles mesures⁶¹. De même, dans l'affaire du *Haut Commandement*, le tribunal militaire américain a déclaré que

En vertu des principes fondamentaux d'autorité et de responsabilité du commandement, un officier qui reste sans agir alors que ses subordonnés exécutent un ordre criminel donné par ses supérieurs dont il sait qu'il est criminel viole une obligation morale de droit international. En s'abstenant d'agir, il ne peut se soustraire à la responsabilité internationale⁶².

Par ailleurs, dans l'affaire des *Otages*, le tribunal militaire américain a déclaré :

un commandant de corps d'armée doit être tenu responsable des actes commis par ses subordonnés dans l'exécution de ses ordres et des actes dont il a eu connaissance ou dont il aurait dû avoir connaissance⁶³.

Pour sa part, le Tribunal de Tokyo a déclaré qu'il était du devoir de tous les responsables d'assurer un traitement convenable aux prisonniers et d'empêcher que de mauvais traitements ne leur fussent infligés⁶⁴.

3) Un individu n'encourt une responsabilité pénale pour omission que dans le cas où il existe une obligation juridique d'agir et où la non-exécution de cette obligation conduit à un crime. Le devoir des commandants à l'égard de la conduite de leurs subordonnés est énoncé à l'article 87 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949. Il y est reconnu qu'un commandant militaire a pour devoir d'empêcher que ses subordonnés commettent des actes en violation du droit international humanitaire et de réprimer ceux-ci. Cet article reconnaît aussi qu'un commandant militaire a le devoir, lorsqu'il convient, d'intenter une action disciplinaire ou pénale à l'encontre de ses subordonnés auteurs présumés des actes de violation. Le principe de la res-

ponsabilité pénale individuelle qui veut qu'un commandant militaire soit tenu responsable du fait qu'il a omis d'empêcher ou de réprimer le comportement illicite de ses subordonnés est développé à l'article 86 du Protocole additionnel I. Ce principe est énoncé aussi dans les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 6).

4) L'article 6 réaffirme la responsabilité pénale individuelle du supérieur hiérarchique. Celui-ci est tenu responsable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité commis par son subordonné si certains critères sont réunis. Le texte de cet article s'inspire des trois instruments mentionnés dans le paragraphe précédent. L'article s'ouvre sur l'affirmation selon laquelle le fait qu'un crime a été commis par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur propre responsabilité pour avoir contribué à la commission du crime. Il y est reconnu que le subordonné encourt une responsabilité pénale pour avoir participé directement au comportement criminel, comme énoncé à l'article 2. Il y est de plus reconnu que le fait de tenir un subordonné comptable de la perpétration d'un crime n'exonère pas ses supérieurs de la responsabilité pénale qu'ils peuvent encourir pour avoir omis d'empêcher ou de réprimer le crime. Le devoir d'un supérieur hiérarchique de réprimer le comportement illicite de ses subordonnés implique également le devoir d'intenter une action disciplinaire ou pénale à l'encontre de l'auteur présumé des actes de violation, selon qu'il convient. La responsabilité pénale d'un supérieur hiérarchique, du fait qu'il a manqué à son devoir de punir le comportement illicite d'un subordonné, a été expressément reconnue dans les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal international pour le Rwanda. Le principe de la responsabilité pénale individuelle d'un supérieur hiérarchique ne s'applique qu'à l'égard du comportement de son subordonné ou d'une autre personne placée sous son autorité. Ainsi, un supérieur hiérarchique encourt une responsabilité pénale uniquement dans le cas où il omet d'empêcher ou de réprimer le comportement illicite des sus-nommés. L'emploi des mots « ses supérieurs » signifie que ce principe s'applique non seulement au supérieur hiérarchique direct du subordonné, mais aussi à ses autres supérieurs hiérarchiques dans la chaîne de commandement militaire ou dans la hiérarchie gouvernementale si les critères requis sont réunis. Le terme « supérieurs » est suffisamment large pour s'entendre des commandants militaires ainsi que des autorités civiles qui se trouvent dans une position de commandement analogue et exercent le même degré d'autorité à l'égard de leurs subordonnés⁶⁵. De plus, l'expression « un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité » signifie que la responsabilité d'un supérieur hiérarchique à l'égard du comportement illicite de son subordonné s'étend non

⁶¹ Voir *Law Reports of Trials of War Criminals* (recueil de jurisprudence en quinze volumes, établi par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre), Londres, H. M. Stationery Office, 1947-1949, vol. IV, p. 43; et *United States Reports*, Washington (D.C.), 1947, vol. 327, p. 14 et 15.

⁶² *Law Reports...* (voir *supra* note 61), vol. XII, p. 75.

⁶³ *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10: Nuernberg, October 1946-April 1949* [comptes rendus des procès conduits par les tribunaux militaires américains, publiés en quinze volumes], Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1950, vol. XI, affaire n° 7, p. 1303.

⁶⁴ *Law Reports...* (voir *supra* note 61), vol. XV, p. 73.

⁶⁵ « L'histoire abonde malheureusement en cas où ce sont les autorités civiles qui se sont rendues coupables de crimes de guerre; les autorités militaires ne sont donc pas seules en cause... » [C. Pilloud et al., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 : commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, Genève, CICR, Martinus Nijhoff, 1986, art. 86, p. 1034, n. 16.

seulement aux crimes de guerre mais aussi aux autres crimes énumérés dans la deuxième partie du présent code.

5) L'article 6 prévoit deux critères pour déterminer si un supérieur hiérarchique doit être tenu pénalement responsable du comportement illicite d'un subordonné. Premièrement, il faut que le supérieur ait su ou ait eu des raisons de savoir, dans les circonstances du moment, que le subordonné commettait ou allait commettre un crime. Ce critère permet d'établir l'intention criminelle (*mens rea*) du supérieur, nécessaire pour engager sa responsabilité pénale, dans deux situations différentes. Dans la première situation, un supérieur hiérarchique sait effectivement que son subordonné commet ou est sur le point de commettre un crime. Dans ce cas, il peut être tenu pour complice du crime, en vertu des principes généraux du droit pénal relatifs à la complicité. Dans la seconde situation, le supérieur hiérarchique possède suffisamment d'informations pertinentes pour lui permettre de conclure, dans les circonstances du moment, que ses subordonnés commettent ou sont sur le point de commettre un crime. Il n'a pas, en pareille hypothèse, effectivement connaissance du fait que ses subordonnés envisagent d'adopter ou adoptent un comportement illicite, mais possède suffisamment d'informations pertinentes de caractère général pour lui permettre de conclure que tel est le cas. Un supérieur hiérarchique qui fait fi d'informations démontrant clairement la probabilité d'un comportement criminel de la part de ses subordonnés témoigne d'une grave négligence en omettant de s'acquitter de son devoir d'empêcher ou de réprimer un tel comportement, par cela même qu'il omet de faire un effort raisonnable pour obtenir les informations nécessaires qui lui permettraient d'entreprendre toute action pertinente. Comme indiqué dans le commentaire de l'article 86 du Protocole additionnel I, « cela ne signifie pas encore que toute négligence peut être criminelle... il faut encore qu'elle soit d'une telle gravité qu'elle équivaut à une intention criminelle »⁶⁶. L'expression « avaient des raisons de savoir » est tirée des statuts des tribunaux ad hoc et doit être interprétée comme ayant le même sens que l'expression « possédaient des informations leur permettant de conclure », employée dans le Protocole additionnel I. La Commission a décidé d'employer la première expression de manière que cet élément du premier critère soit interprété objectivement plutôt que subjectivement.

6) Le second critère veut que le supérieur hiérarchique ait omis de prendre toutes les mesures nécessaires en son pouvoir pour empêcher ou réprimer le comportement criminel de son subordonné. Il repose sur le devoir qu'a un supérieur hiérarchique d'exercer son commandement et son contrôle sur ses subordonnés. Un supérieur hiérarchique encourt une responsabilité pénale uniquement dans le cas où il aurait pu prendre les mesures nécessaires pour empêcher ou réprimer le comportement illicite de ses subordonnés et où il a omis de le faire. Il est admis ici qu'il peut exister des situations où un commandant militaire a connaissance, ou a des raisons d'avoir connaissance du comportement illicite de ses subordonnés, mais est incapable d'empêcher ou de réprimer ce

comportement. La Commission a décidé que, pour encourir une responsabilité, le supérieur hiérarchique devait avoir compétence juridique pour prendre les mesures destinées à empêcher ou à réprimer le crime et la possibilité matérielle de les prendre. Un supérieur hiérarchique n'encourra donc pas de responsabilité pénale pour avoir omis d'accomplir un acte qu'il était impossible d'accomplir, en l'absence de l'une ou l'autre de ces conditions.

Article 7. — *Qualité officielle et responsabilité*

La qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, même s'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine.

Commentaire

1) Comme il est dit dans le commentaire de l'article 5 (Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique), les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité supposent souvent l'intervention de personnes occupant des postes d'autorité gouvernementale, qui sont à même d'élaborer des plans ou des politiques impliquant des actes d'une gravité et d'une ampleur exceptionnelles. Ces crimes nécessitent le pouvoir d'employer d'importants moyens de destruction, ou d'en autoriser l'emploi, et de mobiliser des agents pour les perpétrer. Un haut fonctionnaire qui organise, autorise ou ordonne de tels crimes ou en est l'instigateur ne fait pas que fournir les moyens et les agents nécessaires pour commettre le crime, il abuse aussi de l'autorité et du pouvoir qui lui ont été confiés. On peut donc le considérer comme encore plus coupable que le subordonné qui commet effectivement l'acte criminel. Il serait paradoxal que les individus qui sont, à certains égards, les plus responsables des crimes visés par le code puissent invoquer la souveraineté de l'État et se retrancher derrière l'immunité que leur confèrent leurs fonctions, d'autant plus qu'il s'agit de crimes odieux qui bouleversent la conscience de l'humanité, violent certaines des règles les plus fondamentales du droit international et menacent la paix et la sécurité internationales.

2) La possibilité pour un individu d'invoquer sa qualité officielle, y compris celle de chef d'État, comme fait justificatif d'un crime de droit international ou comme facteur d'atténuation de la peine requise pour ce crime, a été exclue dans le statut du Tribunal de Nuremberg, dont l'article 7 dispose :

La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'États, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine⁶⁷.

3) Conformément à cette disposition, le Tribunal de Nuremberg a rejeté l'argument de l'acte perpétré au nom de l'État comme fait justificatif ou comme fondement valable d'une quelconque immunité :

⁶⁶ Ibid., p. 1036.

⁶⁷ Voir *supra* note 33.

On fait valoir que [...] lorsque l'acte incriminé est perpétré au nom d'un État, les exécutants n'en sont pas personnellement responsables; ils sont couverts par la souveraineté de l'État. Le Tribunal ne peut accepter [cette thèse].

[...]

Le principe du Droit international, qui dans certaines circonstances, protège les représentants d'un État, ne peut pas s'appliquer aux actes condamnés comme criminels par le Droit international. Les auteurs de ces actes ne peuvent invoquer leur qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale ou se mettre à l'abri du châtement.

[...] une idée fondamentale du Statut est que les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils sont ressortissants. Celui qui a violé les lois de la guerre ne peut, pour se justifier, alléguer le mandat qu'il a reçu de l'État, du moment que l'État, en donnant ce mandat, a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le Droit international⁶⁸.

4) La possibilité pour un individu d'invoquer sa qualité officielle comme fait justificatif à l'égard d'un crime de droit international est systématiquement écartée dans tous les instruments pertinents adoptés depuis le statut du Tribunal de Nuremberg, notamment dans le statut du Tribunal de Tokyo (art. 6), dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (art. 4) et, plus récemment, dans les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 6). L'irrecevabilité de ce fait justificatif a aussi été réaffirmée par la Commission dans les Principes de Nuremberg (principe III) et dans le projet de code de 1954 (art. 3).

5) L'article 7 réaffirme le principe de la responsabilité pénale individuelle, en vertu duquel un haut fonctionnaire est tenu responsable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité nonobstant sa qualité officielle au moment où le crime a été commis. Le texte de cet article est analogue aux dispositions pertinentes du statut du Tribunal de Nuremberg et des statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal international pour le Rwanda. Le membre de phrase « même s'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement » confirme l'application du principe énoncé dans le présent article aux personnes occupant les plus hautes fonctions officielles et ayant, de ce fait, les plus grands pouvoirs de décision.

6) L'article 7 a pour objet d'empêcher qu'un individu qui a commis un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité puisse invoquer sa qualité officielle comme circonstance l'exonérant de toute responsabilité ou lui conférant une quelconque immunité, même lorsqu'il prétend que les faits constitutifs du crime entraînent dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. Comme le Tribunal de Nuremberg l'a reconnu dans son jugement, le principe du droit international qui protège les représentants d'un État dans certaines circonstances ne peut pas s'appliquer aux actes qui constituent des crimes de droit international. De ce fait, nul ne peut invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité à l'égard d'un tel acte. Le Tribunal de Nuremberg a en outre reconnu dans son jugement que l'auteur d'un crime de droit international ne peut invoquer sa qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale et se mettre à l'abri du châtement. L'absence de toute immunité procé-

dule permettant de se soustraire aux poursuites ou au châtement dans le cadre d'une procédure judiciaire appropriée constitue un corollaire essentiel de l'absence de toute immunité substantielle ou de tout fait justificatif⁶⁹. Il serait paradoxal que l'intéressé ne puisse pas invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité pénale, mais puisse l'invoquer pour se soustraire aux conséquences de cette responsabilité.

7) La Commission a estimé qu'il ne serait pas judicieux de considérer la qualité officielle comme une circonstance atténuante, compte tenu de la responsabilité particulière de ceux qui occupent de telles fonctions dans le cas des crimes visés par le code. L'irrecevabilité de l'argument tiré de la qualité officielle comme circonstance atténuante est donc expressément réaffirmée dans le présent article. La qualité officielle de l'individu a aussi été exclue, en tant que circonstance atténuante pour la détermination de la peine, dans pratiquement tous les instruments juridiques pertinents, notamment le statut du Tribunal de Nuremberg, la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié et les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal international pour le Rwanda. Le statut du Tribunal de Tokyo a été le seul instrument juridique à laisser entrevoir la possibilité de considérer la qualité officielle comme une circonstance atténuante lorsque la justice l'exige.

Article 8. — Compétence

Sans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale, chaque État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des crimes visés aux articles 17, 18, 19 et 20, quels que soient le lieu ou l'auteur de ces crimes. La compétence aux fins de connaître du crime visé à l'article 16 appartient à une cour criminelle internationale. Néanmoins, il n'est pas interdit à un État mentionné à l'article 16 de juger ses ressortissants pour le crime visé à cet article.

Commentaire

1) L'article 8 est le premier d'une série d'articles de la première partie portant sur des questions de procédure et de compétence relatives à l'application du présent code. À cet égard, l'article 8 vise, à titre préliminaire, l'établissement de la compétence d'un tribunal aux fins de trancher la question de la responsabilité et, le cas échéant, du châtement d'un individu pour un crime prévu par le présent code, en appliquant les principes de la responsabilité pénale individuelle et de la sanction énoncés dans les articles 2 à 7 de la première partie en relation avec les définitions des crimes figurant dans les articles 16 à 20 de la deuxième partie.

2) L'article 8 institue deux régimes distincts de compétence : un pour les crimes énoncés aux articles 17 à

⁶⁸ *Procès des grands criminels de guerre...* (voir *supra* note 35), p. 234 et 235.

⁶⁹ Les poursuites engagées devant une cour criminelle internationale seraient l'exemple type d'une procédure judiciaire appropriée où l'individu ne pourrait invoquer aucune immunité substantielle ou procédurale en arguant de sa qualité officielle pour se soustraire aux poursuites et au châtement.

20, et un autre pour le crime visé à l'article 16. Le premier régime prévoit la compétence concurrente des juridictions nationales et d'une cour criminelle internationale pour connaître des crimes énoncés aux articles 17 à 20, à savoir le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé, et les crimes de guerre. Le second régime prévoit la compétence exclusive d'une cour criminelle internationale à l'égard du crime d'agression visé à l'article 16, sous réserve d'une exception limitée. La Commission a décidé d'adopter une approche globale de l'application du présent code, fondée sur la compétence concurrente des juridictions nationales et d'une cour criminelle internationale pour connaître des crimes prévus par le code, à l'exception du crime d'agression, comme il sera exposé ci-après.

3) Au crépuscule du xx^e siècle, le monde continue de subir la perpétration bien trop fréquente des crimes les plus graves qui préoccupent la communauté internationale dans son ensemble, notamment le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé, et les crimes de guerre. Depuis la seconde guerre mondiale, les États ont adopté un certain nombre de conventions multilatérales pour tenter de réagir à ces crimes particulièrement graves. Les conventions pertinentes s'en remettent au moins en partie à la compétence nationale pour la poursuite et le châtiement des auteurs de ces crimes (par exemple : la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. VI; les Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne [ci-après dénommée première Convention de Genève], art. 49, la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer [ci-après dénommée deuxième Convention de Genève], art. 50, la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre [ci-après dénommée troisième Convention de Genève], art. 129, et la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre [ci-après dénommée quatrième Convention de Genève], art. 146; la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. V; et la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 14).

4) La possibilité de traduire les auteurs de crimes devant une cour criminelle internationale n'est expressément prévue que dans deux conventions, à savoir la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. VI) et la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (art. V). Toutefois, ces conventions envisagent aussi l'intervention des tribunaux nationaux dans la poursuite et le châtiement des auteurs de crimes, en prévoyant la compétence concurrente, et non exclusive, d'une juridiction internationale. Dans le projet de statut d'une cour criminelle internationale qu'elle a récemment élaboré⁷⁰, la Commission a également retenu pour une telle cour l'idée d'une compétence concurrente, complémentaire de celle des juridictions nationales et ne s'y substituant

donc pas⁷¹. De même, les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal international pour le Rwanda prévoient concurremment la compétence des tribunaux internationaux et celle des juridictions nationales. Ainsi, la communauté internationale a reconnu l'importance du rôle qui revient à une juridiction pénale internationale dans l'application du droit pénal international, sans perdre de vue l'importance du rôle qui incombe toujours aux juridictions nationales à cet égard. Sur le plan pratique, il serait quasiment impossible à une seule cour criminelle internationale de poursuivre et de châtier les innombrables individus qui sont responsables de crimes de droit international, non seulement à cause de la fréquence de tels crimes au cours des années récentes, mais aussi parce que ces crimes sont souvent commis dans le cadre d'un plan ou d'une politique de caractère général qui fait participer un nombre important de personnes à un comportement criminel systématique ou massif touchant un grand nombre de victimes.

5) La Commission a estimé que l'application effective du présent code exigeait, en matière de compétence, une approche conjuguant la plus large compétence des juridictions nationales avec la compétence possible d'une cour criminelle internationale. C'est pourquoi le présent article établit, pour connaître des crimes énoncés aux articles 17 à 20 de la deuxième partie, le principe de la compétence concurrente des tribunaux nationaux de tous les États parties au présent code, sur la base du principe de la compétence universelle, et d'une cour criminelle internationale. Cette approche reconnaît, d'une part, qu'aucune cour criminelle internationale permanente n'existe au stade actuel de développement de la société internationale et, d'autre part, que l'Assemblée générale a récemment décidé de créer une commission préparatoire chargée de poursuivre les travaux sur le projet de statut d'une cour criminelle permanente élaboré par la Commission⁷².

6) La première disposition de l'article 8 établit le principe de la compétence concurrente des tribunaux nationaux des États parties au code et d'une éventuelle cour criminelle internationale pour les crimes visés aux articles 17 à 20 de la deuxième partie. Pour ce qui est de la compétence des tribunaux nationaux, la première phrase de cet article est le corollaire de l'article 9 (Obligation d'extrader ou de poursuivre), qui fait obligation à l'État partie d'extrader ou de poursuivre l'auteur présumé du crime. Cette disposition est destinée à donner à l'État de détention la possibilité de s'acquitter de son obligation d'extrader ou de poursuivre en choisissant la deuxième option. Celle-ci consiste à faire traduire l'individu en question devant un tribunal national par les autorités nationales compétentes. Elle n'a de sens qu'autant que les tribunaux de l'État de détention ont compétence pour connaître des crimes visés aux articles 17 à 20, ce qui permet à cet État d'opter pour la poursuite. Si cette compétence faisait défaut, l'État de détention serait contraint d'accepter toute demande d'extradition, ce qui serait contraire au caractère alternatif de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, en vertu de laquelle l'État de dé-

⁷⁰ Voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 28 et suiv., par. 91.

⁷¹ Voir le préambule du projet de statut (ibid.).

⁷² Résolution 50/46 de l'Assemblée générale.

tention n'est pas inconditionnellement tenu de faire droit à une demande d'extradition. D'autre part, l'auteur présumé échapperait aux poursuites dans l'hypothèse où l'État de détention ne recevrait pas de demande d'extradition, ce qui compromettrait gravement l'objectif fondamental du principe *aut dedere aut judicare*, à savoir, faire en sorte, en veillant à ce que l'État de détention ait compétence subsidiaire en la matière, que les auteurs soient effectivement poursuivis et sanctionnés.

7) La question de savoir qui a compétence pour connaître des crimes visés par le code est tranchée, dans le premier cas, par le droit international, et, dans le second, par le droit national. En ce qui concerne le droit international, tout État partie est en droit d'exercer sa compétence à l'égard de l'auteur présumé d'un crime de droit international visé aux articles 17 à 20 qui se trouve sur son territoire, en vertu du principe de la compétence universelle énoncé à l'article 9. Le membre de phrase « quels que soient le lieu ou l'auteur de ces crimes » sert, dans la première disposition de l'article 8, à dissiper tout doute quant à l'existence d'une compétence universelle pour les crimes en question.

8) Pour ce qui est du crime de génocide, la Commission a noté que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. VI) limitait la compétence des tribunaux nationaux pour connaître de ce crime à l'État sur le territoire duquel le crime avait été commis. La présente disposition élargit cette compétence des tribunaux nationaux, en ce qui concerne le crime de génocide visé à l'article 17 (Crime de génocide), à tout État partie au code. La Commission a considéré que cet élargissement se justifiait pleinement eu égard au caractère du crime de génocide, crime de droit international pour lequel les États qui ne sont pas parties à la Convention peuvent, en vertu du droit coutumier, se prévaloir d'une compétence universelle et ne sont donc pas tenus par les dispositions restrictives de cet instrument. La communauté internationale a malheureusement été maintes fois témoin, pendant le demi-siècle écoulé depuis son adoption, de l'inefficacité du régime de compétence limitée mis en place par la Convention, s'agissant de poursuivre et de punir les auteurs de crimes de génocide. L'impunité de ces individus est devenue pour ainsi dire la règle plutôt que l'exception, en dépit des intentions fondamentales de la Convention. De surcroît, cette impunité enlève à la prohibition du crime de génocide l'effet de dissuasion, essentiel en droit pénal, puisqu'il n'y a guère de chances, dans la plupart des cas, de mettre réellement en œuvre, pour ce crime, les principes de la responsabilité individuelle et de la sanction. Cet état de choses regrettable n'est imputable qu'en partie au fait que la cour criminelle internationale prévue à l'article VI de la Convention n'existe pas puisque, même si elle avait existé, elle n'aurait pas eu la possibilité pratique de poursuivre et punir tous les individus responsables des crimes de génocide commis à diverses époques et en divers lieux au cours de l'histoire récente. La Commission a considéré qu'il fallait établir un régime de compétence plus efficace pour donner plus de force à la prohibition du génocide, l'un des crimes les plus graves au regard du droit international, qui a eu de tragiques conséquences pour l'humanité et a mis en péril la paix et la sécurité internationales.

9) La présente disposition a pour objet de donner effet à la faculté qu'ont les États parties d'exercer leur compétence à l'égard des crimes visés aux articles 17 à 20 en vertu du principe de la compétence universelle, en faisant en sorte que cette compétence soit bien inscrite dans le droit interne de chaque État partie. Le membre de phrase « prend les mesures nécessaires » définit en termes souples l'obligation correspondante de tout État partie, compte tenu du fait que les dispositions constitutionnelles et autres dispositions du droit national touchant à l'exercice de la compétence en matière pénale varient d'un État à l'autre. Chaque État partie est donc tenu de faire le nécessaire, lorsqu'il y a lieu, pour pouvoir exercer sa compétence à l'égard des crimes visés aux articles 17 à 20, conformément aux dispositions pertinentes de son droit interne.

10) La présente disposition a d'autre part pour objet d'obliger chaque État partie à prendre les mesures de procédure ou de fond qui pourraient être nécessaires à l'exercice effectif de sa compétence à l'égard de l'auteur présumé d'un des crimes visés aux articles 17 à 20 dans une affaire particulière⁷³. L'article 8 reproduit, en substance, les dispositions du paragraphe 3 de l'article 2 du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, provisoirement adopté par la Commission à sa vingt-quatrième session⁷⁴. Comme il est indiqué au paragraphe 11 du commentaire dudit article, le but recherché est

de prévoir l'exercice de la compétence dans un sens large, c'est-à-dire tant en droit pénal de fond qu'en procédure pénale. Afin d'éliminer tout doute possible sur ce point, la Commission a décidé d'inclure [...] une obligation précise, comme celle qu'on trouve dans les Conventions de La Haye et de Montréal ainsi que dans le projet de Rome, au sujet de la détermination de la compétence⁷⁵.

11) La reconnaissance du principe de la compétence universelle des tribunaux nationaux des États parties au code pour connaître des crimes visés aux articles 17 à 20 n'exclut pas qu'une cour criminelle internationale puisse être compétente pour connaître des mêmes crimes, comme l'indique le libellé de la clause liminaire de la première disposition : « Sans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale ». La possibilité qu'une cour criminelle internationale soit compétente

⁷³ À ce sujet, l'article V de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dispose ce qui suit :

« Les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III. »

Les Conventions de Genève du 12 août 1949 (première Convention de Genève, art. 49; deuxième Convention de Genève, art. 50; troisième Convention de Genève, art. 129; quatrième Convention de Genève, art. 146) contiennent, elles aussi, une disposition commune stipulant que les États parties

« s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves [...] ».

⁷⁴ Voir *Annuaire...* 1972, vol. II, p. 339 et suiv., doc. A/8710/Rev.1.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 344.

pour connaître des crimes en question a été formulée sous la forme d'une clause de réserve parce que, en l'état actuel du système judiciaire international, il n'existe pas de cour ayant compétence pour connaître, en tant que tels, des crimes visés par le code; le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal international pour le Rwanda, en effet, ne sont compétents que pour connaître des crimes visés dans leurs statuts respectifs. La compétence de ces tribunaux s'étend à nombre des crimes de droit international visés dans la deuxième partie du code, mais non en tant que crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité relevant du code. Ainsi, l'article 8, comme d'ailleurs l'ensemble du code, ne s'applique pas à ces tribunaux, qui sont régis par leurs statuts respectifs.

12) L'article 8 envisage la compétence concurrente d'une cour criminelle internationale pour connaître des crimes visés aux articles 17 à 20 afin de compléter la compétence des tribunaux nationaux prévue pour ces crimes et, de ce fait, renforcer l'efficacité de la mise en œuvre du code à cet égard. La question de savoir si la compétence nationale prime la compétence internationale ou vice versa n'est pas tranchée à l'article 8 parce que, à n'en pas douter, elle le serait dans le statut de la cour criminelle internationale. L'expression « cour criminelle internationale » s'entend de la cour ou du tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi, par lequel tout accusé a le droit d'être jugé en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14, par. 1). En outre, cette expression doit s'entendre d'une cour créée avec l'appui de la communauté internationale. Ce n'est que si elle bénéficie d'un large appui de la communauté internationale qu'une cour criminelle internationale pourra exercer efficacement sa compétence à l'égard des crimes visés dans le code et, ce faisant, atténuer, et non aggraver, la menace contre la paix et la sécurité internationales résultant de ces crimes. La présente disposition envisage la compétence d'une cour criminelle internationale créée avec un large appui de la communauté internationale sans indiquer les modalités de la création d'une telle cour. À cet égard, la Commission a noté que cette question était actuellement à l'examen, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, en relation avec le projet de statut d'une cour criminelle internationale adopté par la Commission à sa quarante-sixième session.

13) Les deuxième et troisième phrases de l'article 8 prévoient un régime de compétence distinct pour le crime d'agression visé à l'article 16. Le crime d'agression relèverait de la compétence exclusive d'une cour criminelle internationale à une seule exception près, à savoir que les tribunaux de l'État ayant commis l'agression seraient également compétents à l'égard des ressortissants de cet État. L'expression « cour criminelle internationale » a le même sens dans les première et deuxième phrases de l'article 8 qui définissent deux régimes de compétence distincts, celui des crimes visés aux articles 17 à 20, d'une part, et celui du crime visé à l'article 16, d'autre part. Ainsi, les critères auxquels doit satisfaire une cour criminelle internationale aux fins du premier régime de compétence sont également applicables dans le présent contexte.

14) La deuxième phrase de l'article 8 pose le principe selon lequel une cour criminelle internationale a compétence exclusive pour connaître du crime d'agression visé à l'article 16 et, le cas échéant, prononcer une peine pour les individus qui en sont jugés responsables, à une exception près, prévue dans la troisième phrase de l'article 8 et examinée ci-après. Le principe de la compétence exclusive découle du fait que le crime d'agression a un caractère unique, puisque la responsabilité d'un individu au titre de ce crime n'est retenue que s'il participe à une violation suffisamment grave de la prohibition de certains comportements d'un État figurant au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. La responsabilité d'un individu pour sa participation au crime d'agression est subordonnée à l'agression attribuée à un État, en l'absence de laquelle un individu ne peut voir sa responsabilité engagée au titre de ce crime. Ainsi, une cour ne peut statuer sur la responsabilité pénale d'un individu au titre de ce crime sans examiner à titre préalable la question de savoir si un État a commis une agression. Or il serait contraire au principe fondamental du droit international *par in parem imperium non habet* que les tribunaux d'un État puissent se prononcer sur la question de savoir si un autre État a commis une agression. En outre, l'examen par un tribunal interne d'un État, dans l'exercice de sa compétence, de la question de savoir si un autre État a commis une agression aurait de graves répercussions pour les relations internationales et la paix et la sécurité internationales.

15) La troisième phrase de l'article 8 énonce une seule exception, au profit des tribunaux nationaux, à la compétence exclusive d'une cour criminelle internationale pour le crime d'agression, prévue par le second régime de compétence. Aux termes de cette disposition, le seul État habilité à traduire un individu devant ses tribunaux internes pour le crime d'agression est l'État visé à l'article 16, à savoir celui dont les dirigeants ont participé à l'acte d'agression. C'est, en effet, le seul État qui puisse se prononcer sur la responsabilité de ces dirigeants pour le crime d'agression sans avoir à apprécier si un autre État a commis une agression. Ainsi, les tribunaux nationaux d'un tel État peuvent juger un individu pour le crime d'agression en vertu du présent code ou des dispositions pertinentes de la législation pénale nationale. L'intervention des tribunaux de l'État concerné pour déterminer la responsabilité d'un dirigeant qui a participé à l'agression peut être essentielle pour le processus de réconciliation nationale. En outre, l'exercice, par un État, de sa compétence interne l'amenant à connaître de la responsabilité de ses ressortissants dans une agression n'aurait pas les mêmes conséquences fâcheuses pour les relations internationales ou la paix et la sécurité internationales que l'exercice par un autre État de sa compétence interne sur le même point. Au cas où les normes d'indépendance et d'impartialité ne seraient pas respectées, le fait qu'un procès a eu lieu devant un tribunal national n'empêcherait pas la tenue ultérieure d'un autre procès devant une cour criminelle internationale, en vertu de la dérogation au principe *non bis in idem* prévue à l'alinéa a, ii, du paragraphe 2 de l'article 12. Comme la compétence des tribunaux nationaux pour le crime d'agression, en tant qu'exception limitée à la compétence exclusive d'une cour criminelle internationale, est formulée en termes de faculté plutôt que d'obligation, il

n'y a pas à l'article 8 d'obligation correspondante, à la charge de chaque État partie, d'établir la compétence de ses tribunaux à l'égard de ce crime.

Article 9. — Obligation d'extrader ou de poursuivre

Sans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale, l'État partie sur le territoire duquel l'auteur présumé d'un crime visé à l'article 17, 18, 19 ou 20 est découvert extradé ou poursuit ce dernier.

Commentaire

1) L'article 8 (Compétence) du présent code envisage l'institution de deux régimes de compétence distincts, l'un pour les crimes visés aux articles 17 à 20 et l'autre pour le crime visé à l'article 16. Dans le premier cas, les tribunaux nationaux des États parties seraient habilités à exercer la compétence la plus large possible pour le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé, et les crimes de guerre, en vertu du principe de la compétence universelle. De plus, une cour criminelle internationale serait habilitée à exercer une compétence concurrente à l'égard de ces crimes en vertu de son statut. Dans le second cas, une cour criminelle internationale aurait compétence exclusive pour le crime d'agression, à une unique exception près, celle des tribunaux nationaux de l'État qui aurait commis l'agression. L'article 9 a trait à l'obligation d'un État partie d'extrader ou de poursuivre l'auteur présumé d'un crime, autre que l'agression, visé dans la deuxième partie, dans le cadre du régime de compétence envisagé pour ces crimes, ainsi qu'il est indiqué par la mention des articles 17 à 20. Cet article ne concerne pas la question du transfert de l'auteur présumé de l'un quelconque des crimes visés par le code à une cour criminelle internationale dans le cadre de l'un ou l'autre régime de compétence ni, s'il s'agit du crime d'agression, celle de l'extradition d'un individu vers le territoire de l'État auteur de l'agression dans le cadre de l'exception au second régime de compétence, dont il sera question ci-dessous.

2) L'article 9 pose le principe général de l'obligation, pour tout État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime visé aux articles 17 à 20 de la deuxième partie, d'extrader ou de poursuivre cet individu. Le principe *aut dedere aut judicare* se retrouve dans plusieurs des conventions pertinentes mentionnées dans le commentaire de l'article précédent. Le souci fondamental dont il s'inspire est de faire en sorte que des individus qui sont responsables de crimes particulièrement graves soient traduits en justice et de veiller, pour cela, à ce qu'il y ait une juridiction compétente pour les poursuivre et les punir.

3) L'obligation de poursuivre ou d'extrader est mise à la charge de l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime⁷⁶. L'État de détention est te-

nu de prendre des mesures pour faire en sorte que ledit individu soit poursuivi soit par ses propres autorités, soit par celles d'un autre État qui, en demandant l'extradition, manifeste qu'il est disposé à engager des poursuites. En raison de la présence de l'auteur présumé du crime sur son territoire, l'État de détention se trouve dans une position exceptionnelle pour garantir la mise en œuvre du code, d'où l'obligation qui lui incombe de prendre les dispositions raisonnables nécessaires pour appréhender l'individu en question et veiller à ce qu'il soit poursuivi et jugé par une juridiction compétente. L'obligation d'extrader ou de poursuivre s'applique à l'État qui détient « l'auteur présumé d'un crime », expression qui doit s'entendre d'une personne contre laquelle existent non pas des allégations sans preuves, mais des indices précis et pertinents.

4) Le niveau de preuve exigé pour engager des poursuites pénales ou faire droit à une demande d'extradition diffère selon les législations nationales. L'État de détention serait dans l'obligation de poursuivre l'auteur présumé d'un crime sur son territoire lorsqu'il y aurait suffisamment de preuves pour ce faire au regard de son droit interne, à moins qu'il ne décide de faire droit à une demande d'extradition qu'il aurait reçue d'un autre État. La liberté d'appréciation reconnue dans certains systèmes juridiques quant à l'opportunité des poursuites, grâce à laquelle l'auteur présumé d'un crime peut se voir accorder l'immunité en échange d'un témoignage ou d'un concours prêté aux poursuites exercées contre un autre individu dont le comportement criminel est considéré comme plus grave, est exclue pour les crimes visés par le présent code. Les crimes internationaux constituent les crimes les plus graves qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble. C'est tout particulièrement le cas des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité visés par le code. Il serait contraire aux intérêts de l'ensemble de la communauté internationale de permettre à un État de conférer l'immunité à un individu qui serait responsable d'un crime international comme le génocide. La question de la prise en considération de la coopération avec le ministère public comme circonstance atténuante à retenir pour fixer une peine appropriée est examinée dans le commentaire de l'article 15 (Circonstances atténuantes).

5) Contrairement au niveau de preuve exigé pour engager des poursuites pénales devant les tribunaux nationaux, qui relève du droit interne, celui qui est requis pour faire droit à une demande d'extradition est régi par les divers traités bilatéraux et multilatéraux. En ce qui concerne l'extradition, le Traité type d'extradition prescrit (art. 5, par. 2, al. b) au minimum « une déclaration relative à l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée et [...] un exposé des actes ou omissions retenus comme constituant l'infraction, y compris une indication du lieu et de la date où celle-ci a été commise »⁷⁷. Sur ce point, la disposition pertinente commune aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 mentionne « des charges suffisantes »⁷⁸.

⁷⁶ Les Conventions de Genève du 12 août 1949 prévoient expressément « l'obligation de rechercher les personnes prévues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves [...] » (première Convention de Genève, art. 49; deuxième Convention de Genève, art. 50; troisième Convention de Genève, art. 129; quatrième Convention de Genève, art. 146).

⁷⁷ Résolution 45/116 de l'Assemblée générale, annexe.

⁷⁸ Première Convention de Genève, art. 49; deuxième Convention de Genève, art. 50; troisième Convention de Genève, art. 129; et quatrième Convention de Genève, art. 146.

6) L'État de détention a le choix entre deux lignes de conduite, qui doivent l'une et l'autre aboutir à l'ouverture de poursuites contre l'auteur présumé. L'État de détention peut s'acquitter de son obligation soit en donnant une suite favorable à une demande d'extradition présentée par un autre État, soit en soumettant l'affaire à ses autorités pour l'exercice de l'action pénale. L'article 9 ne privilégie aucune de ces deux lignes de conduite. L'État de détention est entièrement libre de décider soit de transférer l'auteur présumé vers le territoire d'un autre État aux fins de jugement en réponse à une demande d'extradition, soit de le déférer à ses propres tribunaux. L'État de détention peut s'acquitter de son obligation suivant la première option en faisant droit à une demande d'extradition, transférant ainsi à l'État requérant la responsabilité de l'ouverture des poursuites. Mais il n'est pas obligé de faire droit à la demande d'extradition s'il préfère confier à ses propres autorités le soin d'engager les poursuites. Il n'est pas non plus tenu, en cas de pluralité de demandes d'extradition, de donner la priorité à la demande d'un État particulier. Le projet d'articles adopté en première lecture⁷⁹ recommandait d'accorder une considération particulière à la demande de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis. Le Rapporteur spécial avait proposé, en seconde lecture, d'insérer dans une disposition spéciale la priorité de la demande de l'État territorial, mais il a été considéré au Comité de rédaction que la question n'était pas suffisamment mûre pour être codifiée. L'État de détention a ainsi toute latitude pour décider du lieu des poursuites, ce qui cadre avec le Traité type d'extradition (art. 16).

7) L'État de détention peut s'acquitter de son obligation selon la seconde option, en soumettant l'affaire à ses autorités nationales pour l'exercice de l'action pénale contre l'auteur présumé. Tout État partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime est compétent pour le juger, quel que soit le lieu où le crime a été commis et quelle que soit la nationalité de l'auteur ou de la victime. Il suffit que l'intéressé soit physiquement présent sur le territoire de l'État de détention pour que celui-ci puisse exercer sa compétence. Ce cas exceptionnel de compétence est souvent désigné sous le nom de « principe d'universalité » ou de « compétence universelle ». En l'absence de demande d'extradition, l'État de détention n'aurait pas d'autre possibilité que de soumettre l'affaire à ses autorités nationales pour l'exercice de l'action pénale. Cette obligation supplétive vise à garantir que les auteurs présumés seront poursuivis devant une juridiction compétente, qui sera celle de l'État de détention à défaut d'autres tribunaux nationaux ou internationaux.

8) L'article 9 débute par une disposition qui reconnaît la possibilité d'une troisième ligne de conduite par laquelle l'État de détention s'acquitterait de son obligation de garantir que l'auteur présumé qui est découvert sur son territoire sera poursuivi. Il s'agit du transfert de l'intéressé à une cour criminelle internationale pour l'exercice de l'action pénale. L'article 9 ne concerne pas les cas où un État de détention serait en droit ou tenu d'adopter cette ligne d'action puisque ceux-ci seraient

déterminés par le statut de la future cour. Il prévoit simplement que l'obligation d'un État de poursuivre ou d'extrader l'auteur présumé d'un crime visé aux articles 17 à 20 du code est sans préjudice de tout droit ou obligation éventuel de cet État de transférer ledit individu à une cour criminelle internationale. Pour les mêmes raisons, l'article 9 ne concerne pas le transfert de l'auteur présumé d'un crime d'agression à une cour criminelle internationale dans le cadre du régime de compétence spécial envisagé pour ce crime à l'article 8. Il ne concerne pas non plus l'extradition d'un individu, pour ce même crime, vers l'État auteur de l'agression en vertu de l'exception limitée à la compétence exclusive d'une cour criminelle internationale pour ce crime. Cette compétence exceptionnelle des tribunaux nationaux pour le crime d'agression est formulée à l'article 8 comme une faculté, et non comme une obligation. Il appartiendrait à chaque État partie de décider de prévoir ou non la compétence de ses tribunaux nationaux pour ce crime et de faire ou non figurer celui-ci dans les conventions bilatérales ou multilatérales d'extradition qu'il conclut avec d'autres États.

9) L'obligation d'extrader ou de poursuivre l'auteur présumé d'un crime, qui est énoncée à l'article 9, est précisée aux articles 10 et 8, respectivement, ce qui doit permettre de faciliter et de garantir la mise en œuvre effective de l'une ou l'autre option.

Article 10. — Extradition des auteurs présumés de crimes

1. Si les crimes visés aux articles 17, 18, 19 et 20 ne figurent pas en tant que cas d'extradition dans un traité d'extradition conclu entre les États parties, ils sont réputés y figurer à ce titre. Les États parties s'engagent à faire figurer ces crimes comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux.

2. Si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État partie auquel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il a la faculté de considérer le présent Code comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne ces crimes. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par la législation de l'État requis.

3. Les États parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent ces crimes comme cas d'extradition entre eux conformément aux conditions prévues par la législation de l'État requis.

4. Entre États parties, chacun de ces crimes est considéré aux fins d'extradition comme ayant été commis tant au lieu de sa perpétration que sur le territoire de tout autre État partie.

Commentaire

1) Les dispositions de l'article 8 (Compétence) et de l'article 10 sont le corollaire de celles de l'article 9 (Obligation d'extrader ou de poursuivre). L'obligation de tout État partie « d'extrader ou de poursuivre » est

⁷⁹ Voir *Annuaire...* 1991, vol. II (2^e partie), p. 98 et suiv.

formulée à l'article 9 sous la forme d'une alternative qui permet à l'État sur le territoire duquel l'auteur présumé est découvert (l'État de détention) soit de faire droit à une demande d'un autre État sollicitant le transfert de l'intéressé sur son territoire aux fins de poursuites, soit de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. L'État de détention n'a véritablement de choix entre ces deux options, à supposer qu'il reçoive une demande d'extradition, que s'il est à même d'adopter aussi bien l'une que l'autre des deux lignes de conduite. Les conditions requises pour que chacune de ces deux lignes de conduite possibles soit mise en œuvre par l'État de détention font donc l'objet des articles 8 et 10.

2) Les dispositions de l'article 10 visent à mettre l'État de détention en mesure d'opter pour la première solution et de la faire effectivement aboutir. Elles n'indiquent cependant pas de préférence pour l'une ou l'autre des options. L'État de détention peut s'acquitter de l'obligation qui lui incombe dans le contexte de la première ligne de conduite en faisant droit à une demande d'extradition reçue d'un autre État souhaitant juger l'intéressé pour un des crimes visés dans les articles 17 à 20 de la deuxième partie. L'objectif de l'article 10 est de faire en sorte que l'État de détention dispose de la base juridique nécessaire pour faire droit à une demande d'extradition, et donc s'acquitter de l'obligation découlant de l'article 9 dans divers cas de figure. Le paragraphe 1 envisage le cas où il existe un traité d'extradition en vigueur entre les États intéressés, mais qui ne couvre pas le crime pour lequel l'extradition est demandée. Le paragraphe 2 concerne l'hypothèse où, en vertu de la législation de l'État requis, l'extradition est subordonnée à l'existence d'un traité d'extradition et où les États intéressés ne sont pas liés par un tel traité au moment de la demande d'extradition. Le paragraphe 3 envisage le cas où le droit de l'État en cause ne subordonne pas l'extradition à l'existence d'un traité. Dans toutes ces hypothèses, l'article 9 fournit à l'État de détention la base juridique nécessaire pour lui permettre de faire droit à une demande d'extradition.

3) Certains traités et législations nationales n'autorisent l'État de détention à faire droit à une demande d'extradition que si elle émane de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis. Cependant, plusieurs conventions contre le terrorisme contiennent des dispositions visant à permettre à l'État de détention d'accorder l'extradition, nonobstant ce type de restriction, lorsque la demande émane de certains États tenus au premier chef d'établir leur compétence à l'égard des infractions en cause⁸⁰. La Convention sur la sécurité du personnel des

Nations Unies et du personnel associé, plus récente, permet en outre à l'État de détention de faire droit à une demande d'extradition émanant d'un État qui veut établir sa compétence bien que n'y étant pas tenu, en s'appuyant par exemple sur le principe de la personnalité passive. Le paragraphe 4 permet à l'État de détention de faire droit à une demande d'extradition présentée par n'importe quel État partie au code à raison d'un des crimes visés dans la deuxième partie. Cette approche plus ouverte cadre avec l'obligation générale de tout État partie d'établir sa compétence à l'égard des crimes prévus aux articles 17 à 20, conformément à l'article 8, et se justifie d'autant plus que le présent code ne désigne pas d'États particuliers comme compétents au premier chef et n'établit pas d'ordre de priorité entre les demandes d'extradition.

4) Le texte de l'article 10 reprend dans une très large mesure celui de l'article 15 de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé. Des dispositions similaires figurent également dans un certain nombre d'autres conventions, notamment dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (art. 8), la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (art. 8) et la Convention internationale contre la prise d'otages (art. 10).

Article 11. — Garanties judiciaires

1. Tout individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie et a droit sans discrimination aux garanties minimales reconues à toute personne humaine tant en ce qui concerne le droit qu'en ce qui concerne les faits 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 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

⁸⁰ La question de savoir si ces dispositions s'appliquent également aux États qui veulent établir leur compétence sans être tenus de le faire a été soulevée au sujet du paragraphe 4 de l'article 10 de la Convention internationale contre la prise d'otages dans les termes suivants :

« Cette disposition a été ajoutée à la Convention de La Haye et à chacune des conventions contre le terrorisme adoptées ultérieurement eu égard au fait que certains traités ou législations nationales ne permettent l'octroi de l'extradition que si l'infraction a été commise sur le territoire de l'État requérant. Il y a lieu de noter que cette fiction ne concerne que les États qui sont tenus au premier chef d'établir leur compétence au paragraphe 1 de l'article 5. Elle ne semble pas s'étendre aux États qui ont établi leur compétence

alors qu'ils n'étaient pas tenus de le faire, par exemple sur la base du principe de la personnalité passive, et à l'égard des apatrides résidant sur leur territoire. » (Joseph J. Lambert, *Terrorism and Hostages in International Law: A Commentary on the Hostages Convention 1979*, p. 243.)

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.

2. Tout individu déclaré coupable d'un crime a le droit de faire réexaminer la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi.

Commentaire

1) Le projet de code de 1954 ne prévoyait pas les procédures à suivre aux fins des enquêtes concernant les crimes qu'il réprimait et des poursuites engagées contre leurs auteurs présumés. Ce projet de code était un texte de droit pénal de fond destiné à être appliqué par les tribunaux nationaux ou, le cas échéant, par un tribunal pénal international, conformément à leurs propres règles de procédure pénale.

2) Les règles de la procédure pénale et celles régissant l'administration de la preuve sont caractérisées par leur complexité et leur diversité selon les systèmes juridiques. L'absence d'uniformité en la matière tient au fait que ces règles ont été adoptées en premier lieu au niveau national pour faciliter et réglementer l'administration de la justice par les tribunaux nationaux, dans le cadre du système juridique de chaque État. En outre, les tribunaux pénaux internationaux ad hoc ont suivi des règles de procédure et d'administration de la preuve spécifiques, propres à chacun d'entre eux. Ainsi, en l'absence de code de procédure pénale uniforme, les règles procédurales et en matière de preuve nécessaires aux fins des procès sont formulées spécifiquement pour les tribunaux de chaque pays et varient en conséquence. Lors de l'élaboration du projet de statut d'une cour criminelle internationale, la Commission a rencontré des difficultés s'agissant de concilier les différentes règles de procédure pénale en vigueur dans les systèmes issus du droit romain et de la « common law ».

3) La Commission maintient que les personnes accusées d'un crime visé dans le présent code devraient être jugées conformément aux règles de procédure et d'administration de la preuve de la juridiction nationale ou internationale compétente. Bien que ces règles varient selon les pays, tous les tribunaux doivent respecter une norme minimale en matière de droits de la défense dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et du respect des droits fondamentaux de l'accusé. Il existe diverses normes nationales, régionales et internationales, en ce qui concerne l'administration de la justice et le droit à un procès équitable, susceptibles d'être appliquées par un tribunal particulier. La Commission estime qu'il faut veiller à ce que le procès de tout individu accusé d'un crime visé par le code se déroule conformément aux normes internationales minimales en matière de droits de la défense.

4) Le principe selon lequel une personne accusée d'un crime au regard du droit international a droit à un procès équitable a été reconnu après la seconde guerre mondiale

par le Tribunal de Nuremberg. L'article 14 du statut du Tribunal énonce certaines règles procédurales uniformes, propres à assurer à tous les accusés un procès équitable. Dans son jugement, le Tribunal de Nuremberg a confirmé le droit de tout accusé à un procès équitable⁸¹, dans les termes suivants :

En ce qui concerne l'institution du Tribunal, tout ce que les accusés peuvent demander, c'est un procès équitable tant en ce qui concerne les faits qu'en ce qui concerne le droit⁸².

La Commission a reconnu le principe général du droit à un procès équitable en ce qui concerne les personnes accusées d'un crime en droit international lorsqu'elle a formulé les Principes de Nuremberg. Aux termes du principe V,

Toute personne accusée d'un crime de droit international a droit à un procès équitable, tant en ce qui concerne les faits qu'en ce qui concerne le droit⁸³.

5) Les principes régissant le traitement auquel a droit toute personne accusée d'un crime, et les modalités procédurales selon lesquelles la culpabilité ou l'innocence de l'intéressé peut être objectivement établie ont été consacrés et développés dans un certain nombre d'instruments internationaux et régionaux adoptés après la seconde guerre mondiale, notamment : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14), la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [art. 6 et 7], la Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 5, 7 et 8), la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 7), les Conventions de Genève du 12 août 1949 (art. 3 commun aux quatre Conventions) et les Protocoles I (art. 75) et II (art. 6) additionnels aux dites Conventions de Genève.

6) La Commission a estimé qu'un instrument à vocation universelle, comme le présent code, devait respecter les normes internationales relatives aux droits de la défense et aux garanties d'un procès équitable consacrés à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Les dispositions essentielles de l'article 14 du Pacte sont donc reproduites à l'article 11 afin que les personnes jugées par une juridiction nationale ou internationale pour un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité visé dans le code bénéficient des garanties judiciaires fondamentales énoncées dans le Pacte. Toutefois, certaines dispositions du Pacte ont été omises ou légèrement modifiées aux fins du présent code, comme indiqué ci-après.

7) Le *paragraphe 1* définit le champ d'application des garanties judiciaires énoncées à l'article 11. Bénéficie de ces garanties « tout individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité ». Cette disposition a reçu un libellé non restrictif de manière à indiquer qu'elle s'applique quelle que soit la juridiction appelée à juger un individu accusé d'un tel crime.

⁸¹ Voir *supra* note 33.

⁸² *Nazi Conspiracy and Aggression: Opinion and Judgment*, Washington, United States Government Printing Office, 1947, p. 48.

⁸³ Voir *supra* notes 10 et 12.

8) Le membre de phrase liminaire du paragraphe 1 dispose en outre qu'un individu accusé d'un crime visé par le code est présumé innocent des faits qui lui sont reprochés. C'est à l'accusation qu'il appartient d'apporter la preuve que l'individu est responsable, en fait et en droit, du crime concerné. Si le tribunal estime que le ministère public n'a pas apporté cette preuve, il est tenu de déclarer l'intéressé innocent du crime dont il est accusé. Cette présomption d'innocence est conforme au paragraphe 2 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

9) Cette disposition a aussi pour objet d'assurer à toute personne accusée d'un crime visé par le code le bénéfice des garanties judiciaires minimales énumérées dans la suite de l'article 11. Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en tant qu'être humain, à un procès équitable. La proposition « 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 » confirme l'équale protection de la loi quant aux garanties judiciaires fondamentales qui sont indispensables pour qu'un procès soit équitable. Cette proposition se présente comme une clause de non-discrimination pour souligner l'interdiction de toute discrimination. La mention concernant « le droit » et « les faits » doit être comprise comme faisant référence à « la loi applicable » et à « l'établissement des faits ». Le principe de l'équale protection de la loi en ce qui concerne le droit à un procès équitable est conforme au paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

10) L'expression « garanties minimales » est utilisée dans le membre de phrase liminaire du paragraphe 1 pour indiquer que la liste des garanties judiciaires énoncées aux alinéas *a* à *h* de ce paragraphe n'est pas limitative. Une personne accusée d'un crime en vertu du code peut bénéficier d'autres garanties, venant s'ajouter à celles expressément énoncées. En outre, chacune des garanties énumérées représente la norme internationale minimale pour qu'un procès soit équitable, et n'exclut pas qu'une protection plus large puisse être accordée en ce qui concerne ces garanties.

11) L'*alinéa a* du paragraphe 1 énonce le droit fondamental de l'accusé à un procès équitable et public devant un tribunal compétent, indépendant et impartial, et régulièrement établi par la loi. Le droit à un procès public met l'affaire sur la place publique, la préservant ainsi de toute irrégularité de procédure. La Commission note néanmoins que le paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques autorise le tribunal à ne pas admettre le public ou la presse au procès dans un nombre limité de circonstances exceptionnelles. Le pouvoir du tribunal de mener le procès et de rendre un jugement valide dans l'affaire est subordonné à sa compétence. L'indépendance et l'impartialité du tribunal sont essentielles pour que la validité des accusations portées contre l'accusé puisse être déterminée, en fait et en droit, de manière équitable et objective. Le tribunal doit avoir été régulièrement établi par la loi pour avoir l'autorité juridique requise et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Cette disposition est tirée du paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte.

12) Le texte de l'*alinéa a* du paragraphe 1 adopté en première lecture⁸⁴ faisait expressément mention d'un tribunal établi « par la loi ou par un traité », pour tenir compte de l'éventualité de la création future, par traité, d'une cour criminelle internationale permanente. La Commission a supprimé les mots « ou par un traité », eu égard à la création de deux tribunaux pénaux internationaux ad hoc par le moyen de résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. La Commission a reconnu qu'une juridiction pénale internationale pouvait être créée selon diverses méthodes. La condition essentielle aux fins des garanties judiciaires à respecter pour qu'un procès soit équitable est que le tribunal soit « régulièrement établi par la loi ».

13) L'*alinéa b* du paragraphe 1 garantit le droit qu'à l'accusé d'être informé sans délai et de manière effective et suffisamment détaillée des charges qui pèsent sur lui. C'est le premier d'une série de droits visant à permettre à l'accusé de se défendre. L'accusé doit être informé sans délai des charges qui pèsent sur lui pour pouvoir y répondre dans le cadre d'une éventuelle procédure préliminaire, et il doit disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense. Il doit être informé de la nature et des motifs de l'accusation de manière effective afin d'être en mesure de bien comprendre les faits qui lui sont reprochés et de répondre aux allégations. À cette fin, il doit être informé de l'accusation de manière suffisamment détaillée et dans une langue qu'il comprend. Cette disposition est tirée de l'*alinéa a* du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

14) L'*alinéa c* du paragraphe 1 vise à permettre à l'accusé de disposer du temps et des moyens nécessaires pour exercer effectivement son droit de se défendre. Ce droit n'est effectif que si l'on accorde à l'accusé le temps, les facilités et l'assistance juridique qui peuvent lui être nécessaires pour préparer sa défense et la présenter durant le procès. Il a été souligné en Commission que la liberté de l'accusé de communiquer avec son conseil s'appliquerait de la même façon, que le conseil ait été choisi par l'accusé ou qu'il ait été désigné d'office par le tribunal en application de l'*alinéa e* du paragraphe 1. La disposition est tirée de l'*alinéa b* du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte.

15) L'*alinéa d* du paragraphe 1 garantit à l'accusé le droit d'être jugé sans retard excessif. Une personne qui a été accusée d'un crime, mais non condamnée, ne doit pas être privée de sa liberté ou souffrir des conséquences de l'accusation pendant une période prolongée en raison d'un retard déraisonnable de la procédure judiciaire. La communauté internationale comme les victimes des crimes graves visés par le code ont aussi un intérêt marqué à ce que justice soit faite sans retard excessif. La disposition est tirée de l'*alinéa c* du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte.

16) L'*alinéa e* du paragraphe 1 garantit à l'accusé le droit d'être présent durant le procès et de se défendre. Il existe un lien étroit entre le droit de l'accusé d'être présent au procès et son droit de présenter ses moyens de

⁸⁴ Voir *supra* note 79.

défense. En étant présent au procès, l'accusé a la possibilité de voir les preuves documentaires ou autres preuves matérielles, de connaître l'identité des témoins de l'accusation et d'entendre les témoignages à charge. L'accusé doit avoir connaissance des preuves présentées à l'appui de l'accusation portée contre lui afin de pouvoir se défendre. Il peut présenter sa défense lui-même ou faire appel à un conseil de son choix pour le représenter et assurer sa défense devant le tribunal.

17) Dans certains cas, un accusé qui préfère être représenté par un conseil et bénéficiaire d'une assistance juridique aux fins de sa défense peut ne pas avoir les moyens nécessaires pour rémunérer cette assistance. En pareil cas, il aura droit à l'assistance gratuite d'un conseil commis par le tribunal. Un accusé qui n'est pas représenté par un conseil doit être informé de son droit de bénéficier de l'assistance d'un conseil commis d'office par le tribunal et de son droit à une assistance gratuite s'il n'a pas les moyens de rémunérer un conseil. Cette disposition est fondée sur l'alinéa *d* du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le présent article ne reprend pas la clause limitative « chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige » ni la formule connexe « dans un tel cas », qui figurent dans le Pacte. La Commission a estimé, en effet, que la désignation d'un conseil pour la défense, soit par l'accusé, soit d'office par le tribunal, était nécessaire dans tous les cas, en raison de la gravité extrême des crimes visés dans le présent code et de la sévérité probable de la peine encourue.

18) L'alinéa *f* du paragraphe 1 vise à garantir le droit de l'accusé de se défendre en réfutant les témoignages à charge durant le procès. Il garantit à la défense la possibilité d'interroger les témoins à charge. Il garantit aussi le droit de la défense de citer des témoins à décharge et de les interroger dans les mêmes conditions que le fait l'accusation pour les témoins à charge. Cette disposition est tirée de l'alinéa *e* du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte.

19) L'objet de l'alinéa *g* du paragraphe 1 est de veiller à ce que l'accusé comprenne ce qui se passe durant le procès en garantissant son droit de se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. L'accusé doit en effet être capable de comprendre les témoignages et autres éléments de preuve présentés par l'accusation durant le procès afin de pouvoir exercer de manière effective son droit de se défendre. En outre, l'accusé ayant le droit d'être entendu, il a le droit de se faire assister gratuitement à cet effet par un interprète s'il ne parle pas ou ne comprend pas la langue dans laquelle se déroule le procès. Ce droit à l'assistance d'un interprète s'applique non seulement à l'audience devant la juridiction de jugement, mais dans toutes les phases de la procédure. Cette disposition est tirée de l'alinéa *f* du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte.

20) L'alinéa *h* du paragraphe 1 interdit l'emploi de la menace, de la torture ou de toute autre forme de coercition pour obliger l'accusé à témoigner contre lui-même ou pour obtenir des aveux. L'usage de mesures de coercition pour contraindre un individu à faire des déclarations qui l'incriminent viole les droits de la défense et est incompatible avec une bonne administration de la jus-

tice. En outre, la fiabilité des informations obtenues par de tels moyens est hautement sujette à caution. Cette disposition est tirée de l'alinéa *g* du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte.

21) Le *paragraphe 2* dispose que tout individu déclaré coupable d'un crime visé par le code a le droit de faire réexaminer la déclaration de culpabilité et la condamnation en résultant, conformément à la loi. L'article adopté par la Commission en première lecture⁸⁵ ne prévoyait pas de droit d'appel. Le statut du Tribunal de Nuremberg ne conférait pas aux accusés le droit d'interjeter appel d'une déclaration de culpabilité ou d'une sentence devant une juridiction supérieure. Le Tribunal de Nuremberg a été créé en tant que juridiction pénale internationale suprême pour juger les principaux criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe⁸⁶. Il n'existait pas de « juridiction supérieure » compétente pour connaître de ses arrêts en appel. La Commission a pris note de l'évolution juridique qui s'était produite depuis Nuremberg, concernant la reconnaissance du droit d'appel en matière pénale dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal international pour le Rwanda créés par le Conseil de sécurité. On a aussi rappelé que le projet de statut d'une cour criminelle internationale élaboré par la Commission prévoyait un droit d'appel. La Commission a jugé approprié de prévoir un droit d'appel pour les personnes condamnées pour les crimes visés dans le code, étant donné la gravité de ces crimes et la sévérité des peines dont ils sont passibles. Le droit d'appel vise aussi bien la déclaration de culpabilité que la sentence prononcée par la juridiction de première instance. Cette disposition est tirée du paragraphe 5 de l'article 14 du Pacte. La référence à une juridiction supérieure, qui figure dans le Pacte, n'est pas reprise dans la présente disposition afin d'éviter toute confusion, car l'appel pourrait être examiné par une instance supérieure faisant partie de la même structure judiciaire composée d'un unique « tribunal », comme c'est le cas des deux tribunaux ad hoc établis par le Conseil de sécurité. L'élément essentiel du droit d'appel est le droit de la personne condamnée à faire réexaminer la décision condamnatoire et la peine correspondante par une juridiction « supérieure » compétente en droit pour procéder à ce réexamen et, si nécessaire, pour infirmer la décision ou modifier la peine avec effet obligatoire. La présente disposition ne vise pas la structure hiérarchique d'un système de justice pénale national ou international particulier, un système de justice pénale national étant régi par le droit national de l'État concerné, et un système de justice pénale internationale par l'acte constitutif portant création de la cour ou du tribunal pénal international.

Article 12. — Non bis in idem

1. Nul ne peut être poursuivi en raison d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité pour

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Statut du Tribunal de Nuremberg, article premier (*supra* note 33).

lequel il a déjà été condamné ou acquitté par un jugement définitif d'une cour criminelle internationale.

2. Un individu ne peut être poursuivi de nouveau en raison d'un crime pour lequel il a été condamné ou acquitté par un jugement définitif d'une juridiction nationale, si ce n'est dans les cas suivants; il peut être poursuivi :

- a) par une cour criminelle internationale, si :
- i) le fait pour lequel il a été jugé par la juridiction nationale a été qualifié par ladite juridiction de crime ordinaire et non de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité; ou
 - ii) la juridiction nationale n'a pas statué de façon impartiale ou indépendante, la procédure engagée devant elle visait à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale, ou la poursuite n'a pas été exercée avec diligence;
- b) par une juridiction nationale d'un autre État, si :
- i) le fait pour lequel il a été jugé précédemment a eu lieu sur le territoire de cet État; ou
 - ii) cet État a été la principale victime de ce crime.

3. En cas de nouvelle condamnation en vertu du présent Code, le tribunal tient compte, pour décider de la peine à infliger, de la mesure dans laquelle l'intéressé a déjà purgé toute peine qui pourrait lui avoir été infligée par une juridiction nationale pour le même fait.

Commentaire

1) Le droit pénal énonce des normes de comportement que les individus doivent respecter sous peine de poursuites et de châtement. De même que les États ont intérêt à appliquer efficacement leurs lois pénales, en poursuivant et en condamnant les individus coupables d'avoir violé ces lois, de même il est de l'intérêt de la communauté internationale de faire en sorte que les individus responsables des crimes internationaux soient traduits en justice et punis.

2) Étant donné que l'article 8 (Compétence) prévoit qu'une juridiction internationale et les tribunaux nationaux des États parties pourront être simultanément compétents pour connaître des crimes visés aux articles 17 à 20 de la deuxième partie, il existe un risque qu'une personne soit jugée et condamnée plus d'une fois pour un même crime. Ce risque n'est pas non plus totalement écarté en ce qui concerne le crime d'agression visé à l'article 16, car la compétence exclusive d'une cour criminelle internationale prévue pour ce crime admet, en vertu de l'article 8, une exception limitée en faveur des tribunaux nationaux de l'État qui a commis l'agression. Le risque que des procès multiples aient ainsi lieu devant les tribunaux nationaux de différents États en même temps que devant une cour criminelle internationale a incité à se demander si le principe *non bis in idem* était applicable en droit international. La Commission a reconnu que cette question posait des problèmes théoriques et pratiques. Du point de vue théorique, on a noté que ce principe était applicable en droit interne, mais que sa

mise en œuvre dans les relations interétatiques posait le problème du respect par un État des jugements définitifs prononcés dans un autre État, du fait que le droit international n'oblige par les États à reconnaître les jugements rendus en matière pénale dans un autre État. D'un point de vue pratique, on a fait observer qu'un État pouvait protéger un individu qui avait commis un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité et qui était présent sur son territoire en l'acquittant à l'issue d'un simulacre de procès, ou en le déclarant coupable mais en le condamnant à une peine ne correspondant aucunement à la gravité du crime, lui permettant ainsi d'échapper à une condamnation ou d'éviter une peine plus lourde dans un autre État, en particulier dans celui où le crime avait été commis ou dans celui qui en a été la principale victime.

3) L'application, en droit international, du principe *non bis in idem* est nécessaire pour éviter qu'un individu qui a été accusé d'un crime puisse être poursuivi ou condamné plusieurs fois pour ce crime. Cette garantie judiciaire fondamentale, qui met les individus à l'abri de poursuites ou condamnations multiples pour un même crime par un État donné, est inscrite dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14, par. 7). Une personne qui a été dûment jugée et acquittée dans le cadre d'un procès pénal ne devrait pas se voir contrainte à la légère de subir une seconde fois l'épreuve d'une action pénale. D'autre part, une personne qui a été dûment jugée et dont la culpabilité a été reconnue ne doit avoir à subir qu'une seule fois une peine correspondant à son crime. La condamner plus d'une fois à une telle peine pour le même crime irait au-delà des exigences de la justice.

4) La Commission a décidé d'inscrire le principe *non bis in idem* dans le présent article en l'assortissant de certaines exceptions destinées à répondre aux diverses préoccupations exprimées à ce sujet. Elle a réalisé un équilibre approprié entre, d'une part, la nécessité de préserver au maximum l'intégrité du principe *non bis in idem* et, d'autre part, les exigences d'une bonne administration de la justice. Elle a noté que l'application de ce principe au niveau international était prévue dans les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 10) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 9). Elle a aussi rappelé que le principe figurait dans le projet de statut d'une cour criminelle internationale (art. 42).

5) L'article 12 prévoit l'application du principe *non bis in idem* aux crimes visés dans le code dans deux situations distinctes, selon que l'intéressé est d'abord poursuivi devant une juridiction pénale internationale ou devant une juridiction pénale nationale.

6) Le *paragraphe 1* envisage le cas où un individu a déjà été jugé pour un crime visé dans le code par une juridiction pénale internationale, qui l'a reconnu coupable ou l'a acquitté. Dans ce cas, le principe *non bis in idem* s'applique pleinement et sans exception aux décisions de la juridiction pénale internationale. Ainsi, un individu qui a déjà été condamné par une juridiction pénale internationale pour un crime visé par le code ne peut pas être jugé une nouvelle fois pour le même crime par une autre juridiction, qu'elle soit nationale ou internationale. Ce *paragraphe* vise à tenir compte de la création éventuelle d'une cour criminelle internationale qui serait chargée

d'assurer l'application du code. À cet égard, l'expression « cour criminelle internationale » doit s'entendre d'une juridiction internationale qui serait compétente pour poursuivre les individus soupçonnés de crimes visés dans le code et qui aurait été créée par les États parties au code ou l'ensemble de la communauté internationale, ou avec leur appui, ainsi qu'il est expliqué dans le commentaire de l'article 8.

7) L'expression « condamné ou acquitté par un jugement définitif », employée aux paragraphes 1 et 2, indique que le principe *non bis in idem* ne s'appliquerait qu'à une décision devenue définitive sur le fond, et non susceptible d'appel ou d'autres recours. En particulier, le mot « acquitté » s'entend d'un acquittement par un jugement sur le fond, et non d'un abandon des poursuites.

8) Le *paragraphe 2* vise le cas dans lequel un individu a déjà été jugé pour un crime par un tribunal national, qui l'a, soit reconnu coupable de ce crime, soit acquitté. Il dispose que nul ne peut être jugé pour un crime réprimé par le code à raison d'un fait (ou d'une omission) qui a déjà fait l'objet d'une procédure pénale devant un tribunal national. Mais alors que le *paragraphe 1* n'admet aucune exception au principe *non bis in idem* quand le jugement émane d'une juridiction pénale internationale, le *paragraphe 2* n'impose pas une application aussi stricte de ce principe quand il s'agit de jugements rendus par des tribunaux nationaux. Tout en affirmant la validité du principe à l'égard de ces jugements, il prévoit certaines exceptions limitées, qui sont énoncées aux alinéas *a* et *b*.

9) Aux termes du *paragraphe 2*, le principe *non bis in idem* s'applique aux décisions définitives (non susceptibles de faire l'objet d'un appel ou d'un autre recours) rendues par un tribunal national sur le fond de l'affaire. L'application de ce principe à une condamnation définitive n'implique pas que la peine prononcée soit proportionnelle au crime, ni qu'elle ait été complètement ou partiellement exécutée. Le fait qu'il n'ait pas été prononcé de peine proportionnelle au crime ou qu'aucune mesure n'ait été prise pour faire exécuter la peine peut signifier qu'il y a eu fraude dans l'administration de la justice. La Commission a décidé de préserver dans toute la mesure possible l'intégrité du principe *non bis in idem* dans le présent *paragraphe*, et de tenir compte de l'éventualité d'une fraude dans l'administration de la justice en établissant à l'alinéa *a*, ii, du *paragraphe 2* une exception à ce principe.

10) L'*alinéa a* du *paragraphe 2* prévoit deux situations exceptionnelles dans lesquelles un individu pourrait être jugé par une juridiction pénale internationale pour un crime réprimé par le code, nonobstant une décision antérieure d'un tribunal national. Premièrement, un individu peut être jugé par un tribunal criminel international pour un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, constitué par un fait dont a déjà connu un tribunal national, si l'action intentée devant ce tribunal visait un crime « ordinaire » et non l'un des crimes plus graves visés dans le code. Dans un tel cas, l'individu en cause n'a pas été poursuivi ni puni pour le même crime mais pour un « moindre crime », qui ne prend pas la pleine mesure de son comportement criminel. C'est ainsi qu'en application de l'alinéa *a*, i, du *paragraphe 2*, un individu pour-

rait avoir été jugé pour meurtre par un tribunal national et être jugé une deuxième fois pour crime de génocide par un tribunal criminel international à raison du même acte.

11) Deuxièmement, un individu pourrait être jugé par un tribunal criminel international pour un crime visé dans le code à raison du même fait, voire pour le même crime, qui a fait l'objet de la décision nationale antérieure si « la juridiction nationale n'a pas statué de façon impartiale ou indépendante », ou si « la procédure engagée devant elle visait à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale », ou encore si « la poursuite n'a pas été exercée avec diligence ». Dans un tel cas, l'intéressé n'a pas été dûment jugé ni condamné pour le même fait ou pour le même crime, en raison d'un abus de pouvoir ou d'une irrégularité dans l'administration de la justice commis par les autorités nationales dans l'exercice de l'action pénale ou dans la conduite du procès. La communauté internationale ne devrait pas être tenue de reconnaître une décision résultant d'un tel détournement de la justice pénale. Il est important de noter que ces exceptions autorisent seulement des procédures ultérieures devant un tribunal criminel international. L'*alinéa a*, ii, du *paragraphe 2* est similaire aux dispositions correspondantes des statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 10, par. 2) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 9, par. 2).

12) L'*alinéa b* du *paragraphe 2* envisage deux cas exceptionnels dans lesquels un individu peut être jugé par un tribunal national pour un crime réprimé par le code, nonobstant une décision antérieure d'un tribunal national d'un autre État. Ces deux exceptions tiennent au fait que si tout État partie au code est compétent pour engager des poursuites contre un individu soupçonné d'un crime, deux catégories d'État ont un intérêt particulier à ce que les criminels soient effectivement poursuivis et punis. Premièrement, l'État sur le territoire duquel le crime a été commis a particulièrement intérêt à ce que les responsables du crime soient effectivement poursuivis et punis parce que le crime a été commis dans le ressort de sa juridiction territoriale. En effet, l'État territorial est plus directement affecté par le crime que les autres États. Deuxièmement, l'État qui était la cible principale du crime, dont les nationaux ont été les principales victimes du crime ou dont les intérêts ont été lésés directement et de façon significative a aussi particulièrement intérêt à ce que les responsables soient effectivement poursuivis et punis. L'État qui est la « principale victime » du crime a de ce fait subi un préjudice plus lourd et plus direct que les autres États. Les alinéas *b*, i et ii, du *paragraphe 2* disposent que l'État territorial ou l'État victime ou dont les nationaux ont été les victimes peuvent engager des poursuites pénales contre un individu pour un crime visé par le code, même si l'intéressé a déjà été jugé dans un autre État pour le même crime. Chaque État a la possibilité d'engager ultérieurement des poursuites si, par exemple, il estime que la décision qui est intervenue ne prend pas la juste mesure des actes ou de leur gravité. Ni l'un ni l'autre ne sont tenus de le faire s'ils estiment que justice a été bien rendue.

13) Le *paragraphe 3* fait obligation à l'État qui a reconnu un individu coupable d'un crime visé par le code, dans le cadre d'une procédure ultérieure, de tenir comp-

te, dans le prononcé de la peine, de la mesure dans laquelle l'intéressé a déjà été condamné ou a déjà purgé une peine pour le même crime ou le même fait à l'issue d'un procès antérieur. Le tribunal peut tenir compte de l'exécution de la peine antérieure de deux manières. Premièrement, il peut prononcer une peine correspondant pleinement au crime visé par le code, pour lequel l'individu a été condamné dans le cadre de la procédure ultérieure, en indiquant dans quelle mesure cette peine doit être exécutée compte tenu de la peine qui a déjà été purgée. Deuxièmement, le tribunal peut déterminer la peine qui serait proportionnelle au crime et prononcer une peine moindre pour tenir compte de la peine antérieure. Dans le cadre de cette deuxième approche, le tribunal pourrait toujours indiquer l'intégralité de la peine correspondant pleinement au crime, pour montrer que justice a été rendue et chercher à établir une certaine uniformité dans les peines prononcées à l'encontre des personnes reconnues coupables de crimes réprimés par le code. Ce paragraphe est applicable aux peines prononcées à l'occasion d'une condamnation ultérieure soit par un tribunal national, soit par un tribunal criminel international. Il est similaire aux dispositions correspondantes des statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 10, par. 3) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 9, par. 3).

Article 13. — Non-rétroactivité

1. Nul ne peut être condamné en vertu du présent Code pour des actes commis avant son entrée en vigueur.

2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement 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.

Commentaire

1) L'objectif fondamental du droit pénal est d'interdire, de punir ou de prévenir par la dissuasion les comportements (actes ou omissions) suffisamment graves pour qu'il soit légitime de les qualifier de crimes. Le droit pénal énonce des normes de conduite que les individus doivent respecter. Il serait à l'évidence déraisonnable d'apprécier la légalité du comportement d'un individu selon une norme qui n'existait pas au moment où l'intéressé a décidé d'agir ou de s'abstenir d'un acte. Engager une action pénale contre un individu et prononcer une peine à son encontre pour un acte ou une omission qui n'était pas interdit lorsqu'il a décidé d'agir ou de s'abstenir serait manifestement injuste. L'interdiction de l'application rétroactive du droit pénal est un principe exprimé par l'adage *nullum crimen sine lege*. Ce principe a été consacré dans plusieurs instruments internationaux, tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 11, par. 2), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 15, par. 1), la Convention européenne des droits de l'homme (art. 7, par. 1), la Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 9) et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 7, par. 2).

2) L'article 13 consacre le principe de la non-rétroactivité du droit pénal à l'égard du présent code. Ce principe serait violé si le code devait être appliqué à des crimes commis avant son entrée en vigueur. Le *paragraphe 1* vise à éviter toute violation du principe en limitant l'application du code aux actes commis après son entrée en vigueur. Il ne serait donc pas permis de juger ni, le cas échéant, de condamner un individu pour un crime « en vertu du présent Code » à raison d'un acte commis « avant son entrée en vigueur ».

3) Le paragraphe 1 ne s'applique qu'aux actions pénales engagées contre un individu pour un acte considéré comme un crime « en vertu du présent Code ». Il n'empêche pas qu'une telle action puisse être engagée pour un acte commis avant l'entrée en vigueur du code sur un fondement juridique différent. Par exemple, une personne ayant commis un acte de génocide avant l'entrée en vigueur du code ne pourrait pas être poursuivie pour crime contre la paix et la sécurité de l'humanité en vertu de cet instrument. Elle pourrait en revanche faire l'objet de poursuites pénales pour le même acte sur une base juridique distincte : ainsi, elle pourrait être jugée et condamnée pour crime de génocide en vertu du droit international (Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, droit coutumier ou droit national), ou pour assassinat en vertu du droit national. La possibilité d'engager une action pénale à raison d'un acte commis avant l'entrée en vigueur du code sur un fondement juridique différent offert par le droit international ou le droit national est envisagée au paragraphe 2.

4) Le principe de la non-rétroactivité qu'énonce l'article 13 s'applique également à l'imposition de peines plus lourdes que celle qui était applicable au moment où l'acte criminel a été commis.

5) Pour formuler le *paragraphe 2* de l'article 13, la Commission a été guidée par deux considérations importantes. D'une part, elle ne voulait pas que le principe de non-rétroactivité énoncé dans le présent code fasse obstacle à la possibilité d'engager des poursuites, dans le cas d'actes commis avant l'entrée en vigueur du code, sur des fondements juridiques différents, par exemple sur la base d'une convention préexistante à laquelle un État est partie, ou encore en vertu du droit international coutumier. C'est ce qui explique la disposition formulée au paragraphe 2. D'autre part, la Commission ne voulait pas que cette possibilité plus large offre une latitude telle qu'elle puisse donner lieu à des poursuites reposant sur des fondements juridiques trop flous. C'est la raison pour laquelle elle a, au paragraphe 2, préféré l'expression « en vertu du droit international » à des formules moins concrètes telles que « conformément aux principes généraux du droit international ».

6) Le paragraphe 2 envisage également la possibilité de poursuivre un individu pour un acte qui constituait un crime au regard du droit national préexistant. L'expression « droit national », toutefois, doit s'entendre comme se référant à l'application du droit national en conformité avec le droit international.

Article 14. — Faits justificatifs

Le tribunal compétent apprécie l'existence de faits justificatifs conformément aux principes généraux de droit, compte tenu du caractère de chaque crime.

Commentaire

1) L'article 14 confie à la juridiction compétente le soin d'apprécier l'existence de tout fait justificatif susceptible d'être invoqué par un accusé dans une affaire de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il prévoit que la juridiction compétente s'acquitte de cette tâche conformément aux « principes généraux de droit » et eu égard au caractère de chaque crime.

2) L'article s'intitule « faits justificatifs ». La classification des différents moyens auxquels un accusé peut recourir pour répondre à une accusation de crime varie selon les systèmes juridiques. Le système juridique de certains pays établit une distinction entre justification (« faits justificatifs ») et excuse (« faits excusatoires »). Ainsi, la légitime défense est un fait justificatif qui ôte tout caractère criminel à l'acte commis. En revanche, la contrainte, si elle est admissible à propos d'un crime particulier, n'est qu'un fait excusatoire susceptible d'exonérer l'accusé de sa culpabilité. Dans d'autres systèmes juridiques, cette distinction systématique est absente, et le terme général *defence* (moyen de défense) s'applique à la fois aux faits justificatifs et aux faits excusatoires. L'article 14 vise l'ensemble de ces moyens.

3) Pour apprécier les faits visés à l'article 14, la juridiction compétente est tenue de s'en rapporter à deux critères. Premièrement, il faut qu'elle examine la validité du fait justificatif invoqué par l'accusé au regard des principes généraux de droit. Ce premier critère limite les faits justificatifs possibles, dans le cas des crimes tombant sous le coup du code, à ceux qui sont bien établis et très généralement considérés comme admissibles pour des crimes de même gravité en droit interne ou international. Deuxièmement, il faut que le tribunal examine si le fait justificatif invoqué en l'espèce est applicable au crime relevant du code, qui est imputé à l'accusé, compte tenu du caractère de ce crime.

4) Le statut du Tribunal de Nuremberg n'a admis aucun fait justificatif dans le cas des crimes contre la paix, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Le Tribunal de Nuremberg a acquitté quelques accusés après avoir conclu que les preuves n'étaient pas suffisantes pour établir avec le degré de certitude voulu que ces individus étaient coupables des crimes dont ils étaient inculpés⁸⁷. Mais il s'agissait de charge de la preuve, et non de faits justificatifs au sens donné à cette expression au paragraphe 2 ci-dessus.

⁸⁷ le Tribunal de Nuremberg a, par exemple, déclaré l'accusé Schacht non coupable des charges relevées contre lui parce que les preuves fournies par le ministère public sur les éléments de la définition du crime concerné n'étaient pas suffisantes pour établir sa culpabilité d'une manière indubitable (*Procès des grands criminels de guerre...* [voir *supra* note 35], p. 331).

5) Depuis Nuremberg, la communauté internationale a adopté un certain nombre de conventions qui, elles non plus, n'admettent pas de faits justificatifs pour les crimes qu'elles visent. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide a réaffirmé le principe de la responsabilité pénale internationale pour le crime de génocide sans reconnaître de justification possible pour ce crime. Les Conventions de Genève du 12 août 1949 et, plus récemment, leur Protocole additionnel I ont reconnu le principe de la responsabilité pénale individuelle pour les infractions graves aux dispositions de ces instruments sans admettre aucun fait qui fût susceptible de les justifier. Il en a été de même, pour le crime d'apartheid, de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid.

6) La Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre a rassemblé les décisions judiciaires rendues dans près de deux mille procès pour crimes de guerre qui s'étaient déroulés dans neuf pays à la fin de la seconde guerre mondiale, ainsi que les dispositions législatives pertinentes adoptées par un certain nombre de pays, et a tiré de son analyse certaines conclusions quant à la recevabilité de faits justificatifs ou de circonstances atténuantes pour des crimes de droit international⁸⁸. Il incomberait à la juridiction compétente de déterminer si les faits, dans un cas d'espèce, constituent des faits justificatifs au sens du présent article ou des circonstances atténuantes au sens de l'article 15, à la lumière de la jurisprudence de la seconde guerre mondiale et de l'évolution ultérieure du droit dans ce domaine.

7) Un fait justificatif classique, en cas de crime, est la légitime défense. Il importe de faire la distinction entre la notion de légitime défense en droit pénal et cette même notion dans le cadre de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. En droit pénal, la légitime défense exonère de sa responsabilité l'individu ayant commis à l'encontre d'un autre être humain un acte de violence qui, sans cette circonstance, serait constitutif d'un crime tel que l'homicide intentionnel. Dans le contexte de la Charte des Nations Unies, en revanche, la légitime défense a trait à l'emploi légitime de la force par un État dans l'exercice du droit naturel de légitime défense individuelle ou collective, emploi de la force qui ne sera donc pas constitutif d'agression par cet État. Étant donné que, dans le code, l'existence d'une agression par un État est la condition *sine qua non* de la responsabilité individuelle pour crime d'agression en vertu de l'article 16, un individu ne saurait être tenu responsable de ce crime en l'absence de l'action correspondante requise de la part d'un État, ainsi qu'on le verra dans le commentaire de l'article 16.

8) La légitime défense a été reconnue comme fait justificatif possible dans certains des procès pour crimes de guerre qui ont eu lieu après la seconde guerre mondiale. Suivant les conclusions de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre,

⁸⁸ Voir *Law Reports...* (voir *supra* note 61), vol. XV, p. 155.

Le fait justificatif de légitime défense peut être retenu, quand les circonstances s'y prêtent, dans les procès pour crimes de guerre comme dans ceux qui se déroulent devant les tribunaux nationaux⁸⁹.

Le fait justificatif de légitime défense peut être invoqué par un accusé inculpé de violences sur la personne d'un autre être humain, ayant entraîné la mort ou des blessures graves. Dans son principe, la légitime défense pourrait dégager un accusé de la responsabilité pénale d'un emploi de la force contre un autre être humain ayant entraîné la mort ou des blessures graves, si ce recours à la force était nécessaire pour lui éviter d'être lui-même menacé de façon imminente de mort ou de blessures graves du fait de cet autre être humain. Le droit individuel de légitime défense est implicitement reconnu dans la clause de sauvegarde figurant dans la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 21)⁹⁰.

9) Un point controversé, à propos des faits justificatifs susceptibles d'être invoqués à l'égard de crimes de droit international, est celui de l'« ordre du supérieur hiérarchique ». L'article 5 (Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique) du présent code précise clairement que le fait d'avoir agi sur ordre d'un supérieur hiérarchique ne constitue pas un fait justificatif; l'article 7 (Qualité officielle et responsabilité), de même, interdit à un accusé d'invoquer sa qualité officielle pour se justifier. Les ordres d'un supérieur peuvent toutefois présenter une certaine pertinence à propos de la question, distincte, de la contrainte.

10) Dans certains des procès pour crimes de guerre qui ont eu lieu après la seconde guerre mondiale, la contrainte a été reconnue comme pouvant constituer un fait excusatoire ou une circonstance atténuante⁹¹. Suivant la conclusion de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, l'excuse de la contrainte doit en règle générale comprendre trois éléments essentiels, à savoir :

a) l'acte incriminé a été commis pour éviter un danger direct à la fois grave et irréparable; b) il n'y avait pas d'autre moyen adéquat de s'y

⁸⁹ *Law Reports...* (ibid.), vol. XV, p. 177. Le juge qui, en 1947, siégeait dans le procès de Willi Tessmann et autres devant le tribunal militaire britannique en Allemagne exposait les conditions générales de validité de l'allégation de la légitime défense en ces termes :

« Le droit permet à un homme de sauver sa propre vie en mettant fin à celle d'un autre, mais il faut que ce soit en dernier recours. Il est censé battre en retraite jusqu'à la dernière extrémité avant de se retourner contre son assaillant pour le tuer; et, bien entendu, des considérations comme la nature de l'arme que l'accusé avait dans les mains, le point de savoir si l'assaillant en avait une et ainsi de suite, doivent être envisagées. En d'autres termes, s'agissait-il de dernier recours ? L'accusé avait-il battu en retraite jusqu'à la dernière extrémité avant de mettre fin à la vie d'un autre être humain ? » (Ibid.)

⁹⁰ Voir M.-Christiane Bourloyannis-Vrailas, « The Convention of the safety of United Nations and associated personnel », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, 3^e partie, juillet 1995, p. 560, et notamment p. 586 et 587.

⁹¹ Le tribunal militaire américain qui siégeait dans l'affaire des *Einsatzgruppen* a déclaré ce qui suit :

« Disons d'emblée qu'il n'existe aucune loi qui exige d'un innocent qu'il risque sa vie ou s'expose à être grièvement blessé pour éviter de commettre un crime qu'il condamne. Il faut cependant que le péril soit imminent, réel et inévitable. Aucun tribunal ne punira un homme qui, un revolver chargé contre la tempe, est contraint de déclencher un mécanisme meurtrier. » (*Law Reports...* [voir *supra* note 61], vol. XV, p. 174).

soustraire; c) le remède n'était pas disproportionné par rapport au mal⁹².

Bien que le statut comme le jugement du Tribunal de Nuremberg aient exclu l'ordre du supérieur hiérarchique, en tant que tel, comme fait justificatif, l'existence d'un tel ordre pourrait être un facteur pertinent à prendre en considération pour apprécier l'existence des conditions nécessaires pour pouvoir invoquer valablement la contrainte. Sur ce point, le Tribunal de Nuremberg a déclaré :

L'ordre reçu par un soldat de tuer ou de torturer, en violation du Droit international de la guerre, n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence. Il ne peut s'en prévaloir, aux termes du Statut, que pour obtenir une réduction de la peine. Le vrai critérium de la responsabilité pénale, celui qu'on trouve, sous une forme ou sous une autre, dans le droit criminel de la plupart des pays, n'est nullement en rapport avec l'ordre reçu. Il réside dans la liberté morale, dans la faculté de choisir, chez l'auteur de l'acte reproché⁹³.

De toute évidence, un individu qui était dans une certaine mesure responsable de l'existence ou de l'exécution d'un ordre, ou dont la participation en a excédé les exigences ne saurait prétendre avoir été privé de la liberté morale de choisir sa ligne de conduite⁹⁴. Le moyen de défense tiré de la contrainte peut être invoqué par une personne accusée de divers types de comportement criminel. Les vues divergent sur la question de savoir si même la plus extrême contrainte peut jamais valablement constituer un fait justificatif ou une circonstance atténuante dans le cas d'un crime particulièrement odieux comme le meurtre d'un être humain innocent. Cette question oblige à se demander s'il peut jamais être justifié, pour un individu, d'ôter la vie à un être humain pour sauver un autre être humain ou, en d'autres termes, si (s'agissant du troisième élément) il n'y a pas disproportion intrinsèque entre le remède — sauver un être humain — et le mal — tuer un autre être humain⁹⁵. La con-

⁹² Ibid.

⁹³ Voir *supra* note 55.

⁹⁴ Le tribunal militaire américain saisi de l'affaire de la *I. G. Farben* a analysé comme suite la pertinence des ordres des supérieurs hiérarchiques pour l'appréciation de la validité de « l'allégation de l'état de nécessité » :

« De l'examen des décisions rendues dans les procès IMT, Flick et Roehling, nous déduisons que ni l'ordre d'un officier supérieur ni un acte législatif ou un acte du pouvoir exécutif ne justifient l'allégation de l'état de nécessité, à moins que, dans l'exécution, il ne soit de nature à priver celui à qui il est adressé de la liberté morale de choisir sa ligne de conduite. Il s'ensuit que l'état de nécessité ne peut être invoqué dans l'accusé qui l'invoque a été lui-même responsable de l'existence ou de l'exécution d'un tel ordre ou décret, ou quand sa participation a été au-delà de ce qui était exigé ou était le résultat de sa propre initiative. » (*Trials of War Criminals...* [voir *supra* note 63], 1952, vol. VIII, affaire n° 6, p. 1179.)

Sur la base des faits allégués examinés par le tribunal, la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre a qualifié le moyen de défense examiné en l'espèce de contrainte, plutôt que d'état de nécessité (*Law Reports...* [voir *supra* note 61], vol. XV, p. 155 à 157, et 170 et 171).

⁹⁵ À titre d'exemple, dans le procès de Robert Holzer et autres devant un tribunal militaire canadien en Allemagne, en 1946, le juge militaire avait déclaré ce qui suit :

« Il ne fait aucun doute pour les autorités que la contrainte est un fait justificatif lorsque le crime ne revêt pas un caractère odieux. Mais tuer un innocent ne saurait jamais être justifié. » (*Law Reports...* [ibid.], vol. XV, p. 173.)

En 1948, dans le procès de Valentin Fuerstein et autres devant un tribunal militaire britannique en Allemagne, le juge militaire avait lui aussi émis l'avis que la contrainte ne saurait justifier le fait de tuer un autre être humain (ibid.).

trainte qui ne constitue pas un fait justificatif valable déchargeant un individu de toute responsabilité pour son comportement criminel peut néanmoins constituer une circonstance atténuante aboutissant à une peine moins sévère.

11) Dans certains des procès pour crimes de guerre qui ont eu lieu après la seconde guerre mondiale, les nécessités militaires ont été reconnues comme pouvant constituer, dans des circonstances très limitées, un fait justificatif ou une circonstance atténuante. Le tribunal militaire américain, dans l'affaire du *Haut Commandement*, a rejeté la doctrine des nécessités militaires comme fait justificatif général pour les crimes de guerre⁹⁶ et comme fait justificatif dans le cas de certains types de crimes de guerre comme le « recrutement obligatoire de main-d'œuvre dans un territoire occupé... pour l'affecter à des opérations militaires »⁹⁷. Le tribunal l'avait en revanche admis comme facteur d'exonération de la responsabilité pour des accusations de spoliation, parce que, dans sa formulation, l'interdiction de ce type de dévastation faisait référence à un comportement qui n'était pas justifié par les nécessités militaires. De même, dans l'affaire des *Otages*, le tribunal militaire américain a rejeté les nécessités militaires⁹⁸ comme facteur d'exonération à l'égard des règles du droit international qui ne reconnaissent pas expressément cette exception⁹⁹. En revanche, il a acquitté l'accusé Rendulic du chef de destruction aveugle de biens privés et publics, en vertu de l'exception des nécessités militaires expressément prévue dans le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre¹⁰⁰, qui était applicable¹⁰¹. La Commission des Na-

tions Unies pour les crimes de guerre a conclu que, dans ces procès, à l'exception notable de l'affaire du *Haut Commandement* et de l'affaire des *Otages*, le moyen de défense tiré des nécessités militaires avait été plus souvent rejeté qu'accepté comme fait justificatif ou circonstance atténuante¹⁰².

12) L'erreur de fait a aussi été reconnue, dans certains des procès pour crimes de guerre qui ont eu lieu après la seconde guerre mondiale, comme susceptible de constituer un fait justificatif ou une circonstance atténuante. Suivant la conclusion de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre :

L'erreur de fait, cependant, peut constituer un fait justificatif dans les procès pour crimes de guerre au même titre que dans les procès devant les tribunaux internes¹⁰³.

Une erreur de fait ne peut fournir la base d'une exonération de responsabilité que s'il s'agit d'un fait matériel se rapportant à un élément du crime. En outre, l'erreur de fait doit résulter d'une erreur d'appréciation raisonnable et sincère, et non de la méconnaissance de faits évidents¹⁰⁴.

13) Rien n'indique qu'il y ait, en droit international, un seuil d'âge minimum de la responsabilité pénale individuelle. Néanmoins, la juridiction compétente pourrait avoir à se prononcer sur le point de savoir si le jeune âge de l'accusé, au moment de la commission du crime allégué, doit être considéré, dans l'affaire en cause, comme constituant un fait justificatif ou une circonstance atténuante¹⁰⁵. La Commission des Nations Unies pour les

⁹⁶ *Law Reports...* (ibid.), vol. XII.

« Nous nous bornerons, sur ce point [la doctrine des nécessités militaires], à déclarer que pareille position ôterait à la conduite de la guerre toute humanité et correction et toute légalité, et que c'est une thèse que le présent tribunal récuse comme étant contraire aux usages admis des nations civilisées. » (Ibid., p. 93.)

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Le tribunal militaire américain a analysé comme suit l'allégation des nécessités militaires relativement à l'accusation de spoliation :

« La dévastation interdite par le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre est celle qui n'est pas justifiée par les nécessités militaires. Cette règle est suffisamment claire, mais il est difficile d'apprécier dans les faits en quoi consistent les nécessités militaires. En l'espèce, les accusés, dans bien des cas, étaient des hommes battant en retraite dans des conditions pénibles, où leurs troupes étaient en grave danger d'être coupées. En pareilles circonstances, un commandant doit nécessairement prendre rapidement des décisions pour répondre à la situation de ses troupes. Une grande latitude doit lui être reconnue dans de telles circonstances. Ce qui, dans ces situations, constitue une dévastation allant au-delà des nécessités militaires doit être étayé par des preuves détaillées de caractère opérationnel et tactique. Nous ne pensons pas que, en l'espèce, les preuves soient suffisantes pour établir la culpabilité à ce titre de l'un quelconque des accusés. » (Ibid., p. 93 et 94.)

⁹⁹ « Les nécessités militaires ou les commodités militaires ne justifient pas une violation des règles du droit positif. Le droit international est un droit prohibitif. Les articles 46, 47 et 50 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre ne prévoient aucune exception à son application. Les droits de la population innocente qui y sont énoncés doivent être respectés même si les nécessités militaires ou les commodités militaires en disposent autrement. » (Ibid., vol. VIII, p. 66 et 67.)

¹⁰⁰ Annexé à la Convention IV de La Haye de 1907.

¹⁰¹ « Le Règlement interdisait « de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf dans les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre. »

(art. 23, al. g). Le Règlement est un ensemble de règles impératives de droit international. Les interdictions qui y sont énoncées encadrent et priment les nécessités militaires les plus urgentes, sauf disposition contraire expresse du Règlement lui-même. Les destructions de biens publics et privés par des forces militaires battant en retraite, qui aideraient et conforteraient l'ennemi, peuvent constituer une situation relevant des exceptions visées à l'alinéa g de l'article 23. » (*Law Reports...* [voir *supra* note 61], vol. VIII, p. 69.)

¹⁰² Ibid., vol. XV, p. 176 et 177.

¹⁰³ Ibid., p. 184.

¹⁰⁴ Le tribunal militaire américain, dans l'affaire des *Otages*, a reconnu que l'erreur de fait pouvait constituer un facteur d'exonération de la responsabilité dans les circonstances suivantes :

« Pour établir la culpabilité ou l'innocence d'un chef militaire accusé d'avoir omis ou refusé d'accorder le statut de belligérant aux membres des forces de résistance faits prisonniers, il faut considérer tout d'abord comment la situation lui est apparue. Ce commandant n'a pas le droit de ne pas tenir compte de faits évidents pour arriver à une conclusion. Une personne formée à l'art militaire n'a ordinairement aucune difficulté à parvenir à une juste décision, et si elle s'abstient volontairement de le faire pour une raison quelconque, elle est tenue pénalement responsable des torts causés à ceux qui auraient dû bénéficier des droits reconnus aux belligérants. Lorsqu'il y a place pour une erreur sincère d'appréciation, ledit commandant a le droit d'en bénéficier, en vertu de la présomption d'innocence. » (Ibid.)

¹⁰⁵ Le principe général d'un âge minimum comme condition de la responsabilité pénale est reconnu à l'article 4.1 de l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing). Les Règles de Beijing ne fixent pas, en revanche, de norme internationale pour ce seuil de responsabilité pénale. Qui plus est, la définition d'un mineur aux fins d'exclusion de l'application du droit pénal varie beaucoup d'un système juridique à l'autre, puisque la fourchette va de sept à dix-huit ans ou plus. D'après le commentaire de l'article 4.1, la tendance, de nos jours, serait de se demander

crimes de guerre ne s'est pas livrée à une analyse exhaustive de l'âge des personnes condamnées lors des procès pour crimes de guerre qui se sont déroulés après la seconde guerre mondiale, mais elle a relevé que, dans certains de ces procès, des jeunes qui n'avaient pas plus de quinze ans avaient été reconnus coupables et condamnés¹⁰⁶.

Article 15. — Circonstances atténuantes

En prononçant la sentence, le tribunal tient compte, le cas échéant, de circonstances atténuantes, conformément aux principes généraux de droit.

Commentaire

1) Le principe général selon lequel l'auteur d'un crime visé dans le présent code est passible d'un châtement est énoncé à l'article 3 (Sanction). C'est au tribunal qui déclare un individu coupable qu'il appartient de déterminer la peine qu'appelle le crime considéré, selon les dispositions de fond et de procédure du droit qu'il applique. Pour cela, le tribunal doit tenir compte de la nature et de la gravité du crime lorsqu'il détermine la peine à infliger conformément à l'article 3.

2) Alors que l'article 3 vise à garantir que la peine à appliquer par le tribunal est proportionnelle au crime, l'article 15 vise à garantir que le tribunal tient compte de toute considération ou circonstance atténuante, pertinente en l'espèce, avant de décider de la peine. Ce n'est pas servir la justice que d'imposer une peine excessivement lourde, hors de proportion avec la nature du crime ou avec le degré de responsabilité de l'individu déclaré coupable, ou une peine qui ne tienne pas compte des circonstances réduisant le degré de culpabilité et justifiant une peine moins sévère.

3) Le tribunal compétent doit procéder en deux temps lorsqu'il se demande s'il convient, pour tenir compte de circonstances atténuantes, d'imposer une peine moins sévère. Il doit d'abord se prononcer sur l'admissibilité, selon les principes généraux de droit, des circonstances atténuantes invoquées par l'accusé. Ce critère limite les circonstances atténuantes possibles, dans le cas des crimes tombant sous le coup du code, à celles qui sont bien établies et très généralement considérées comme admissibles pour des crimes de même gravité en droit interne ou international. Le tribunal doit ensuite déterminer si l'existence de ces circonstances atténuantes est suffisamment établie en l'espèce.

4) Les circonstances atténuantes dont le tribunal doit tenir compte sont fonction des faits de l'espèce. Le tribunal doit s'inspirer des principes généraux du droit pour déterminer les circonstances atténuantes à prendre en considération dans l'affaire considérée. Ces circon-

stances sont des catégories de faits dont il est déjà bien établi et largement reconnu qu'ils réduisent le degré de culpabilité de l'individu ou justifient une réduction de peine. Par exemple, le tribunal peut tenir compte des efforts qu'aura faits le condamné pour soulager la victime de ses souffrances ou limiter le nombre des victimes. Il peut aussi tenir compte du fait que le condamné a été relativement moins impliqué dans le crime que d'autres responsables, ou encore du fait qu'il s'est abstenu de profiter abusivement de ses fonctions officielles ou de sa position dans la hiérarchie militaire pour poursuivre une politique criminelle. Le Tribunal de Nuremberg a pris en considération des circonstances atténuantes de cette nature lorsqu'il a décidé d'infliger à certains des condamnés des peines d'emprisonnement plutôt que la peine de mort¹⁰⁷. L'abondante jurisprudence des tribunaux militaires et des tribunaux nationaux qui ont eu à connaître de crimes de guerre après le procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal de Nuremberg, à la fin de la seconde guerre mondiale, pourrait offrir à la juridiction compétente certaines indications pour la guider dans la détermination des principes généraux régissant la question de la recevabilité, pour les crimes visés par le code, des faits justificatifs ou des circonstances atténuantes respectivement prévus aux articles 14 et 15, ainsi qu'il a été exposé dans le commentaire de l'article 14. À cet égard, la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre a relevé que, dans les procès pour crimes de guerre organisés après la seconde guerre mondiale, certains condamnés ont plaidé pour une atténuation de la sentence en invoquant leur âge, leur expérience ou leurs responsabilités familiales¹⁰⁸. Enfin, le fait que l'accusé ait apporté une aide substantielle à la poursuite d'autres individus pour des crimes analogues peut aussi être considéré comme justifiant une atténuation de la peine, comme le prévoient le Règlement de procédure et de preuve du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (tel qu'il a été amendé le 23 avril 1996) [art. 101]¹⁰⁹ et celui du Tribunal international pour le Rwanda (art. 101)¹¹⁰.

DEUXIÈME PARTIE

CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

Article 16. — Crime d'agression

Tout individu qui, en qualité de dirigeant ou d'organisateur, prend une part active dans — ou ordonne — la planification, la préparation, le déclenchement ou la conduite d'une agression commise par un État, est responsable de crime d'agression.

(Suite de la note 105.)

« si un enfant peut supporter les conséquences morales et psychologiques de la responsabilité pénale, c'est-à-dire un enfant, compte tenu de sa capacité de discernement et de compréhension, peut être tenu responsable d'un comportement essentiellement antisocial. » (Résolution 40/33 de l'Assemblée générale, annexe.)

¹⁰⁶ *Law Reports...* (voir *supra* note 61), vol. XV, p. 185.

¹⁰⁷ *Procès des grands criminels de guerre...* (voir *supra* note 35), p. 327, 358 et 361.

¹⁰⁸ *Law Reports...* (voir *supra* note 61), vol. XV, p. 187.

¹⁰⁹ Doc. IT/32/Rev.8, p. 61 et suiv.

¹¹⁰ Doc. ITR/32/Rev.8, p. 90 et suiv.

Commentaire

1) La qualification de l'agression comme crime contre la paix et la sécurité de l'humanité à l'article 16 du présent code est tirée de la disposition pertinente du statut du Tribunal de Nuremberg, tel qu'elle a été interprétée et appliquée par ce tribunal. L'article 16 traite de plusieurs aspects du crime d'agression, qui ont de l'importance aux fins de la responsabilité pénale individuelle. L'expression « Tout individu... est responsable de crime d'agression » est destinée à indiquer que le champ du présent article se limite au crime d'agression considéré aux fins de la responsabilité pénale individuelle. Ainsi, le présent article ne concerne pas la définition de l'agression commise par un État, qui sort du cadre du présent code.

2) Les auteurs d'un acte d'agression ne peuvent se trouver que dans les catégories d'individus qui possèdent l'autorité ou le pouvoir requis pour être en mesure de jouer éventuellement un rôle déterminant dans la commission d'une agression. Ce sont les individus que l'article 16 désigne sous le nom de « dirigeants » ou d'« organisateurs », selon la terminologie du statut du Tribunal de Nuremberg. Ces termes doivent être entendus au sens large, c'est-à-dire comme désignant, outre les membres d'un gouvernement, les personnes occupant un poste élevé dans l'appareil militaire, le corps diplomatique, les partis politiques ou les milieux d'affaires. C'est ce que le Tribunal de Nuremberg a constaté en affirmant :

Hitler ne pouvait, à lui seul, mener une guerre d'agression. Il lui fallait la collaboration d'hommes d'État, de chefs militaires, de diplomates, de financiers¹¹¹.

3) Toutefois, le seul fait matériel de participer à un acte d'agression ne suffit pas à établir la culpabilité d'un dirigeant ou d'un organisateur. Encore faut-il que cette participation ait été intentionnelle, et que l'auteur ait participé en connaissance de cause, dans le cadre d'un plan ou d'une politique d'agression. À ce propos, le Tribunal de Nuremberg, analysant le comportement de certains accusés, a déclaré :

Quand ceux-ci, en pleine connaissance de cause, lui ont offert leur assistance, ils sont devenus parties au complot qu'il avait ourdi. S'ils furent, entre ses mains, des instruments, la conscience qu'ils en eurent empêche de les reconnaître comme innocents¹¹².

¹¹¹ *Procès des grands criminels de guerre...* (voir *supra* note 35), p. 237.

¹¹² *Ibid.* Par contre, le Tribunal a déclaré Schacht, Dönitz et Bormann innocents de certains crimes contre la paix dont ils étaient accusés, dans les termes suivants :

« Il est évident que Schacht occupa une situation importante dans le programme de réarmement de l'Allemagne, et que les mesures qu'il prit, en particulier dans les premiers jours du régime nazi, ont causé l'ascension rapide de l'Allemagne nazie en tant que puissance militaire. Mais le réarmement, en lui-même, ne constitue pas un crime aux termes du Statut. Pour en faire un crime contre la Paix, aux termes de l'article 6 du Statut, il faudrait prouver que Schacht réalisa ce réarmement parce que cela faisait partie des plans faits par les nazis en vue d'une guerre d'agression. » (*Ibid.*, p. 330.)

À propos du deuxième accusé, le Tribunal a déclaré :

« Il n'a pas été prouvé que Dönitz, bien qu'il eût construit et entraîné l'arme sous-marine allemande, ait participé au complot ourdi en vue de faire des guerres d'agression ou qu'il ait préparé et déclenché ces guerres. Il travaillait dans la section des opérations et s'occupait uniquement des questions tactiques. Il n'a pas assisté aux

4) Le présent article se réfère à l'agression « commise par un État ». L'individu — en tant que dirigeant ou organisateur — y participe. C'est cette participation que l'article 16 définit comme un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. En d'autres termes, le présent article réaffirme la responsabilité pénale des participants à un crime d'agression. La mise en jeu de la responsabilité d'un individu dans un tel crime est intrinsèquement et intimement liée à la commission de l'agression par un État. La règle de droit international qui interdit l'agression s'applique en effet à la conduite d'un État à l'égard d'un autre État. Par conséquent, seul un État est capable de commettre une agression en violation de la règle de droit international interdisant cette conduite. En même temps, l'État est une entité abstraite, qui est incapable d'agir par elle-même. Un État ne peut commettre d'agression qu'avec la participation active des individus qui ont l'autorité ou le pouvoir nécessaire pour planifier, préparer, déclencher ou conduire l'agression. Le Tribunal de Nuremberg a reconnu expressément la réalité du rôle des États et des individus en déclarant :

Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit international¹¹³.

Ainsi, la violation, par un État, de la règle de droit international interdisant l'agression met en jeu la responsabilité pénale des individus qui ont joué un rôle décisif dans la planification, la préparation, le déclenchement ou la conduite de l'agression. Les mots « une agression commise par un État » indiquent clairement que cette violation du droit par un État est une condition *sine qua non* de l'imputation possible à un individu d'une responsabilité pour crime d'agression. Néanmoins, le champ du présent article se limite à la participation à un crime d'agression, considérée aux fins de la responsabilité pénale individuelle. Il n'y a donc pas de rapport avec la règle du droit international qui interdit le recours à l'agression par les États.

5) L'action de l'État ne met en jeu la responsabilité individuelle pour crime d'agression que si ce comportement de l'État constitue une violation suffisamment grave de l'interdiction énoncée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. À cet égard, la juridiction compétente peut avoir à examiner deux points étroitement liés, à savoir : premièrement, la conduite de l'État constitue-t-elle une violation du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte et, deuxièmement, cette conduite constitue-t-elle une violation suffisamment grave d'une obligation internationale pour être considérée comme une agression engageant la responsabilité pénale individuelle ? Le statut et le jugement du Tribunal

importantes conférences au cours desquelles furent exposés les plans de guerre d'agression et il n'est pas prouvé qu'il ait été au courant des décisions prises à ces conférences. » (*Ibid.*, p. 332.)

S'agissant du troisième accusé, le Tribunal a laissé entrevoir la possibilité de déduire des fonctions occupées par un individu qu'il est informé :

« Les preuves ne montrent pas que Bormann ait eu connaissance des plans de Hitler qui visaient à préparer, à déclencher ou à mener des guerres d'agression. Il n'assista à aucune des importantes conférences où Hitler, peu à peu, révéla ses plans d'agression, et l'on ne peut déduire, à coup sûr, des fonctions occupées par l'accusé, qu'il ait été tenu au courant de ces plans. » (*Ibid.*, p. 365.)

¹¹³ Voir *supra* note 51.

de Nuremberg sont les principales sources faisant autorité en matière de responsabilité pénale individuelle pour des actes d'agression.

6) L'agression comporte plusieurs phases énumérées dans l'article 16, qui sont : l'ordre de commettre l'agression, puis la planification, la préparation, le déclenchement et la conduite des opérations en résultant. Ces différentes phases ne sont pas séparées par une cloison étanche. La participation à une seule phase de l'agression suffit à engager la responsabilité pénale.

Article 17. — Crime de génocide

Le crime de génocide s'entend de l'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 empêcher les naissances au sein du groupe;
- e) le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

Commentaire

1) Le statut du Tribunal de Nuremberg a reconnu, à l'alinéa c de son article 6, deux catégories distinctes de crimes contre l'humanité. La première, qui concerne les actes inhumains, est traitée à l'article 18 (Crimes contre l'humanité) du présent code. La seconde, qui concerne la persécution, est traitée dans le présent article à la lumière du développement qu'a connu le droit relatif à cette catégorie de crimes depuis Nuremberg.

2) Selon la définition donnée dans le statut du Tribunal de Nuremberg, la seconde catégorie de crimes contre l'humanité est celle des « persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux... commis[es] à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ». Le Tribunal de Nuremberg a déclaré certains des accusés coupables de crimes contre l'humanité à raison d'un comportement de ce type et, ce faisant, a confirmé le principe de la responsabilité et du châtement individuels pour un tel comportement, constituant un crime au regard du droit international¹¹⁴. Peu après le jugement du Tribunal de Nuremberg, l'Assemblée générale des Nations Unies a affirmé que le type de crime contre l'humanité relevant de la persécution, ou « génocide »¹¹⁵, constituait un crime du droit des

gens, dont les auteurs devaient être punis¹¹⁶. Par la suite, reconnaissant qu'à toutes les périodes de l'histoire, le génocide avait infligé de grandes pertes à l'humanité, l'Assemblée générale a adopté la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (appelée ci-après Convention sur le génocide), destinée à servir de base à la coopération internationale nécessaire pour libérer l'humanité de cet odieux fléau.

3) Le fait que l'Assemblée générale ait reconnu dès 1946 l'extrême gravité du crime de génocide, et élaboré dès 1948 une convention tendant à sa prévention et à sa répression rendait indispensable l'inclusion de ce crime dans le présent code, tout en facilitant la tâche de la Commission. La Convention sur le génocide a été largement acceptée par la communauté internationale et ratifiée par l'immense majorité des États. De plus, les principes qui sont à la base de la Convention ont été reconnus par la CIJ comme liant les États, même en dehors de tout lien conventionnel¹¹⁷. L'article II de la Convention énonce une définition du crime de génocide, qui traduit un important développement du droit relatif à la catégorie de crimes contre l'humanité relevant de la persécution, reconnue dans le statut du Tribunal de Nuremberg. Il offre une définition précise du crime de génocide, spécifiant la nature de l'intention nécessaire et des actes prohibés. La Convention confirme également, dans son article premier, que le génocide est un crime du droit des gens, susceptible d'être commis en temps de paix ou en temps de guerre. Ainsi, la Convention n'exige plus de lien avec des crimes contre la paix ou des crimes de guerre comme le faisait le statut du Tribunal de Nuremberg, qui parlait de « persécutions... commis[es] à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ». L'article 17 du présent code reprend la définition du crime de génocide énoncée à l'article II de la Convention, qui est largement acceptée et généralement reconnue comme faisant autorité. La même disposition de la Convention est également reproduite dans les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal international pour le Rwanda. D'ailleurs, les tragiques événements du Rwanda ont clairement démontré que le crime de génocide, même quand il est commis principalement sur le territoire d'un seul État, risque d'avoir de graves conséquences pour la paix et la sécurité internationales, confirmant ainsi le bien-fondé de l'inclusion de ce crime dans le présent code.

4) La définition que donne l'article 17 du crime de génocide est constituée de deux éléments importants : l'intention criminelle (*mens rea*) et l'acte prohibé (*actus reus*). Ces deux éléments sont mentionnés expressément dans le membre de phrase initial de l'article : « Le crime de génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de... ». Alors que le premier élément de la définition est traité dans la partie liminaire de l'article, le second l'est dans les alinéas a à e qui suivent.

¹¹⁴ Procès des grands criminels de guerre... (voir supra note 35), p. 267 et 268, 321 à 324 et 340 à 343.

¹¹⁵ À l'origine, le terme « génocide » a été forgé par Raphaël Lemkin. Voir Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p. 79 à 95.

¹¹⁶ Résolution 96 (I) de l'Assemblée générale.

¹¹⁷ Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 12.

5) En ce qui concerne le premier élément, la définition du crime de génocide exige une intention précise, qui constitue la caractéristique de ce crime particulier de droit international. Les actes prohibés, énumérés dans les alinéas *a* à *e*, sont par leur nature même des actes conscients, intentionnels ou délibérés, qu'on ne peut habituellement commettre sans avoir connaissance de leurs conséquences probables. Des actes de ce genre ne résultent généralement pas d'un accident ni même de la simple négligence. Toutefois, l'intention générale de commettre l'un des actes énumérés, associée à une conscience diffuse des conséquences probables de cet acte pour la victime ou les victimes immédiates, ne suffit pas pour qu'il y ait crime de génocide. La définition de ce crime exige une disposition d'esprit ou une intention spécifiques concernant les conséquences globales de l'acte prohibé. Comme l'indique le membre de phrase initial de l'article 17, une personne ne peut se voir imputer le crime de génocide que si elle commet l'un des actes prohibés « dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel ».

6) L'intention criminelle requise pour qu'il y ait crime de génocide comporte plusieurs aspects importants. Premièrement, il doit s'agir de l'intention de détruire un groupe, et non pas simplement un ou plusieurs individus qui, par coïncidence, se trouvent être membres d'un certain groupe. L'acte prohibé doit être commis en raison de l'appartenance de la victime à un certain groupe et à titre de mesure concourant à la réalisation de l'objectif global de destruction du groupe. C'est l'appartenance de l'individu à un groupe particulier, et non son identité personnelle, qui est le critère décisif, déterminant le choix des victimes immédiates du crime de génocide. Le groupe même est en définitive la cible visée et c'est lui qui est destiné à être la victime de ce type de comportement criminel massif¹¹⁸. L'action menée contre les membres du groupe à titre individuel est le moyen devant permettre d'atteindre l'objectif criminel ultime, qui concerne le groupe.

7) Deuxièmement, l'intention doit être de détruire le groupe « comme tel », c'est-à-dire comme entité séparée distincte, et non simplement quelques individus en raison de leur appartenance à ce groupe. À cet égard, l'Assemblée générale, dans sa résolution 96 (I), a fait une distinction entre le crime de génocide et le crime d'homicide, décrivant le génocide comme le « refus du droit à l'existence à des groupes humains entiers » et l'homicide comme le « refus du droit à l'existence à un individu ».

8) Troisièmement, l'intention doit être de détruire un groupe « en tout ou en partie ». Elle ne doit pas nécessairement être l'anéantissement complet du groupe, dans le monde entier. Néanmoins, le crime de génocide, par sa

nature même, implique l'intention de détruire au moins une partie substantielle du groupe visé.

9) Quatrièmement, l'intention doit être de détruire un des types de groupes visés par la Convention sur le génocide, à savoir un groupe national, ethnique, racial ou religieux. La définition de la persécution, énoncée par le statut du Tribunal de Nuremberg, incluait les groupes politiques, mais ils ont été omis dans la définition du génocide figurant dans la Convention parce que ce type de groupe n'a pas été considéré comme suffisamment stable aux fins de ce dernier crime. Néanmoins, les persécutions dirigées contre les membres d'un groupe politique pourraient aussi constituer un crime contre l'humanité en vertu de l'alinéa *e* de l'article 18 du code. Les groupes raciaux et religieux sont protégés aussi bien par la Convention que par le statut du Tribunal de Nuremberg. La Convention couvre, en outre, les groupes nationaux et ethniques. L'article 17 du code reconnaît les mêmes catégories de groupes protégés que la Convention. Le mot *ethnical*, employé dans le texte anglais de la Convention, a été remplacé par le mot *ethnic* à l'article 17 du code pour tenir compte de l'usage anglais moderne, sans que cela modifie le fond de la disposition. Par ailleurs, la Commission a été d'avis que l'article était applicable aux actes prohibés commis avec l'intention criminelle nécessaire contre les membres d'un groupe tribal.

10) Comme cela a été reconnu dans le commentaire de l'article 5 (Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique), les crimes pris en considération dans le code sont d'une ampleur telle qu'ils requièrent souvent la participation, sous une forme ou une autre, de hauts fonctionnaires de l'État ou de chefs militaires ainsi que de leurs subordonnés. D'ailleurs, la Convention sur le génocide reconnaît expressément, en son article IV, que le crime de génocide peut être commis par des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers. La définition du crime de génocide s'appliquerait également à tout individu ayant commis l'un des actes prohibés avec l'intention nécessaire. Le degré de connaissance que l'auteur a des détails d'un plan ou d'une politique de perpétration du crime de génocide varie selon le poste qu'il occupe dans la hiérarchie de l'État ou la structure du commandement militaire. Cela ne veut pas dire qu'un subordonné exécutant, en fait, ce plan ou cette politique ne saurait être tenu responsable du crime de génocide pour la simple raison qu'il ne possède pas autant de renseignements que ses supérieurs sur l'ensemble de la politique ou du plan. La définition du crime de génocide suppose un certain degré de connaissance de l'objectif final du comportement criminel, plutôt que la connaissance de chaque aspect détaillé d'une politique ou d'un plan général de génocide. Un subordonné est présumé avoir connaissance de l'intention de ses supérieurs lorsqu'il reçoit l'ordre de commettre les actes prohibés contre des individus appartenant à tel ou tel groupe. Il ne saurait, dès lors qu'il exécute l'ordre de commettre les faits destructeurs contre des victimes choisies en raison de leur appartenance à un groupe donné, se soustraire à sa responsabilité en faisant valoir qu'il n'était pas au courant de tous les aspects de la politique ou du plan général de génocide. La loi n'admet pas qu'un individu puisse échapper à sa responsabilité pénale en méconnaissant l'évidence. Par exemple, un militaire qui reçoit l'ordre de se rendre d'une maison à l'autre et de

¹¹⁸ « La principale caractéristique du génocide est son objet : l'acte doit tendre à la destruction d'un *groupe*. Les groupes étant constitués d'individus, les actes de destruction doivent, en dernière analyse, être commis contre des individus. Cependant, ces derniers n'ont pas d'importance *en eux-mêmes* mais seulement en tant que membres du groupe auquel ils appartiennent. » (Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary*, New York, Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, 1960, p. 58.)

n'abatte que les personnes appartenant à un groupe donné ne peut pas ne pas avoir conscience de la non-pertinence de l'identité des victimes et des conséquences de leur appartenance audit groupe. Il ne peut ignorer l'effet destructeur de ce comportement criminel sur le groupe lui-même. Ainsi, le degré nécessaire de connaissance et d'intention peut être induit de la nature de l'ordre de commettre les actes de destruction prohibés à l'encontre d'individus qui appartiennent à un groupe donné, et sont désignés de ce fait comme victimes directes du comportement criminel massif.

11) En ce qui concerne le deuxième élément de la définition du génocide, le présent article reprend, en ses alinéas *a* à *e*, les actes prohibés énumérés à l'article II de la Convention sur le génocide. À la différence du projet de code de 1954, qui employait, au paragraphe 10 de son article 2, l'expression « y compris » pour montrer qu'il s'agissait d'une liste indicative et non exhaustive de faits constitutifs de génocide, la Commission a décidé de s'en tenir aux termes de l'article II de la Convention pour indiquer que la liste des actes prohibés de l'article 17 est exhaustive. La Commission a opté pour cette solution en ayant égard à la nécessité de se conformer à un texte largement accepté par la communauté internationale.

12) Il ressort clairement des travaux préparatoires de la Convention sur le génocide¹¹⁹ que la destruction dont il s'agit est la destruction matérielle d'un groupe déterminé par des moyens soit physiques, soit biologiques, et non pas la destruction de l'identité nationale, linguistique, religieuse, culturelle ou autre de ce groupe. L'élément national ou religieux n'est pas pris en considération dans la définition du mot « destruction », non plus que l'élément racial ou ethnique. La destruction doit s'entendre seulement dans son sens matériel, son sens physique ou biologique. Il est vrai que le projet de convention présenté par le Secrétaire général à la deuxième session de l'Assemblée générale, en 1947¹²⁰, ainsi que le projet de convention pour la prévention et la répression du génocide élaboré en 1948 par le Comité spécial chargé du génocide¹²¹, contenaient des dispositions visant le génocide « culturel », 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 d'imprimer et de répandre des publications rédigées dans la langue du groupe, ou la destruction des bibliothèques, musées, écoles, monuments historiques, lieux de culte ou autres institutions et objets culturels du groupe, ou l'interdiction d'en faire usage. Mais le texte de la Convention, qui est issu de la Sixième Commission et a été 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 entrent dans la catégorie du génocide « physique » ou « biologique »¹²². Les alinéas *a* à *c* du présent

article énumèrent des actes de « génocide physique », tandis que les alinéas *d* et *e* énumèrent des actes de « génocide biologique ».

13) En ce qui concerne l'alinéa *a*, l'expression « meurtre de membres du groupe » est tirée de l'alinéa *a* de l'article II de la Convention sur le génocide¹²³.

14) À l'alinéa *b*, l'expression « atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe » est tirée de l'alinéa *b* de l'article II de la Convention sur le génocide. Cet alinéa vise deux sortes d'atteintes susceptibles d'être portées à un individu, à savoir l'atteinte à son intégrité physique, qui suppose une forme ou une autre de dommage corporel, et l'atteinte à son intégrité mentale, qui suppose une forme ou une autre d'altération des facultés mentales. L'atteinte à l'intégrité physique ou à l'intégrité mentale de membres d'un groupe doit être d'une gravité telle qu'elle menace de détruire en tout ou en partie ce groupe.

15) Pour ce qui est de l'alinéa *c*, les mots « soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle » sont tirés de l'alinéa *c* de l'article II de la Convention sur le génocide¹²⁴. Il a été suggéré d'ajouter à cet alinéa la déportation. La Commission a estimé toutefois que l'alinéa couvrirait la déportation dans les cas où celle-ci visait à détruire tout ou partie du groupe.

16) En ce qui concerne l'alinéa *d*, la formule « mesures visant à empêcher les naissances au sein du groupe » est reprise de l'alinéa *d* de l'article II de la Convention sur le génocide¹²⁵. L'expression « les mesures visant à », employée dans l'alinéa, a pour but d'indiquer la nécessité d'un élément de coercition¹²⁶. Aussi cette disposition

paix et la sécurité de l'humanité, par exemple un crime contre l'humanité en vertu de l'alinéa *e* ou *f* de l'article 18, ou un crime de guerre en vertu de l'alinéa *c*, iv, de l'article 19.

¹²³ « Le terme *killling* (alinéa *a* [du texte anglais]), plus large que *murder*, a été choisi pour correspondre au terme français « meurtre », qui dépasse les limites de l'« assassinat »; pour le reste, il ne se prête guère à diverses interprétations. » (Robinson, *op. cit.*, p. 63.)

¹²⁴ « L'adjectif « intentionnelle » a été introduit pour marquer une intention précise de destruction, en d'autres termes la préméditation liée à la création de certaines conditions d'existence... Il est impossible d'énumérer d'avance les « conditions d'existence » qui tomberaient sous le coup de l'interdiction décrite à l'article II : seules l'intention et la probabilité de l'objectif final peuvent déterminer dans chaque cas distinct si un acte de génocide a ou non été commis (ou s'il y a eu ou non tentative de le commettre). Pourraient, par exemple, constituer des actes de génocide susceptibles de relever de l'alinéa *c* la soumission d'un groupe de population à un régime alimentaire de subsistance, la réduction des services médicaux requis au-dessous d'un minimum, le fait de ne pas fournir de logements suffisants, etc., à condition que ces restrictions soient imposées dans l'intention de détruire le groupe en tout ou en partie. » (Robinson, *op. cit.*, p. 60, 63 et 64.)

¹²⁵ « Il n'est pas indispensable que la mesure imposée soit la mesure classique de stérilisation; la séparation des sexes, l'interdiction des mariages, et ainsi de suite, constituent des mesures tout aussi restrictives et produisent les mêmes résultats. » (Robinson, *op. cit.*, p. 64.)

¹²⁶ Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a assimilé la stérilisation ou l'avortement obligatoire à une violation de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes [*Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 38 (A/47/38)*, chap. I^{er}, par. 22].

¹¹⁹ Voir le rapport du Comité spécial chargé du génocide (5 avril-10 mai 1948) [*Documents officiels du Conseil économique et social, troisième année, septième session, Supplément n° 6 (E/794)*].

¹²⁰ Doc. E/447.

¹²¹ Art. III (*supra*, note 119).

¹²² Certains des actes mentionnés dans ce paragraphe pourraient néanmoins, dans certaines circonstances, constituer un crime contre la

ne s'applique-t-elle pas à des programmes de régulation volontaire des naissances subventionnés par un État dans le cadre de sa politique sociale.

17) À l'alinéa e, l'expression « transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe » est tirée de l'alinéa e de l'article II de la Convention sur le génocide. Le transfert forcé d'enfants aurait des conséquences particulièrement graves pour la survie d'un groupe en tant que tel. Bien que le présent article ne s'étende pas au transfert d'adultes, ce type de comportement, dans certaines circonstances, pourrait constituer un crime contre l'humanité en vertu de l'alinéa g de l'article 18, ou un crime de guerre en vertu de l'alinéa a, iv, de l'article 20. De plus, le transfert forcé de membres d'un groupe, notamment lorsqu'il entraîne la séparation de membres d'une même famille, pourrait également constituer un génocide en vertu de l'alinéa c.

18) Il ressort clairement du présent 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 l'article dans l'intention claire de parvenir à la destruction totale ou partielle d'un groupe protégé en tant que tel.

19) La Commission a noté qu'un tribunal appelé à appliquer, dans un cas précis, la définition du crime de génocide figurant dans le présent article pourrait juger nécessaire de se référer à d'autres dispositions pertinentes figurant dans la Convention sur le génocide, considérées comme l'expression du droit international soit conventionnel, soit coutumier. Par exemple, au cas où la question se poserait de savoir si le crime de génocide prévu dans le présent article peut être commis en temps de paix, le tribunal trouverait une réponse autorisée dans l'article premier de la Convention, qui confirme cette possibilité.

20) La Commission a également noté que le fait que le présent article fût tiré de la Convention sur le génocide ne portait aucunement atteinte au caractère autonome de cet instrument juridique. De plus, la Commission a appelé l'attention sur l'article 4 (Responsabilité des États) du présent code, qui dispose expressément que celui-ci est « sans préjudice de toute question de responsabilité des États en droit international ». Cette disposition s'appliquerait à toute question de responsabilité d'un État pour génocide visée à l'article IX de la Convention.

Article 18. — Crimes contre l'humanité

On entend par crime contre l'humanité le fait de commettre, d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe, l'un des actes ci-après :

- a) le meurtre;
- b) l'extermination;
- c) la torture;
- d) la réduction en esclavage;

e) les persécutions pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou ethniques;

f) la discrimination institutionnalisée pour des motifs raciaux, ethniques ou religieux comportant la violation des libertés et droits fondamentaux de l'être humain et ayant pour résultat de défavoriser gravement une partie de la population;

g) la déportation ou le transfert forcé de populations, opérés de manière arbitraire;

h) l'emprisonnement arbitraire;

i) la disparition forcée de personnes;

j) le viol, la contrainte à la prostitution et les autres formes de violence sexuelle;

k) d'autres actes inhumains qui portent atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la santé ou à la dignité humaine, tels que mutilations et sévices graves.

Commentaire

1) L'article 18 cite certains actes inhumains comme constituant des crimes contre l'humanité.

2) La définition que donne l'article 18 des crimes contre l'humanité s'inspire du statut du Tribunal de Nuremberg, tel que ce dernier l'a interprété et appliqué. Elle tient compte aussi de l'évolution du droit international intervenue depuis le jugement du Tribunal.

3) La partie liminaire de la définition indique que deux conditions doivent être réunies pour qu'un des actes énumérés à l'article 18 puisse être qualifié de crime contre l'humanité au sens du présent code. La première condition est que l'acte doit avoir été commis « d'une manière systématique ou sur une grande échelle ». Cette première condition se présente sous la forme d'une alternative. Selon le premier terme de l'alternative, les actes inhumains doivent avoir été commis d'une manière systématique, c'est-à-dire en application d'un plan ou d'une politique préconçus, dont la mise en œuvre se traduise par la commission répétée ou continue d'actes inhumains. Le but de cette disposition est d'exclure l'acte fortuit qui ne ferait pas partie d'un plan ou d'une politique plus vaste. Ce critère ne figurait pas dans le statut du Tribunal de Nuremberg. Cependant, le Tribunal, examinant les actes dont il avait à connaître, a souligné qu'il s'agissait d'actes inhumains commis dans le cadre d'une politique de terreur souvent organisée et systématique¹²⁷.

4) Selon le second terme de l'alternative, les actes inhumains doivent avoir été commis sur une grande échelle, c'est-à-dire dirigés contre une multiplicité de victimes. Cela exclut un acte inhumain isolé dont l'auteur agirait de sa propre initiative et qui serait dirigé contre une victime unique. Ce critère ne figurait pas non plus dans le statut du Tribunal de Nuremberg. Cependant, le Tribunal a relevé aussi, lorsqu'il a examiné si des actes inhumains constituaient des crimes contre l'humanité, que la politique de terreur était appliquée

¹²⁷ *Procès des grands criminels de guerre...* (voir *supra* note 35), p. 267.

« sur une vaste échelle »¹²⁸. Le texte du projet de code adopté en première lecture¹²⁹ employait, pour dénoter la multiplicité des victimes, l'expression « d'une manière... massive ». Cette expression a été remplacée dans le présent texte par « sur une grande échelle », formule suffisamment large pour pouvoir s'appliquer à des situations diverses comportant une multiplicité de victimes, que ce soit, par exemple, par l'effet cumulé d'une série d'actes inhumains, ou par l'effet singulier d'un acte inhumain d'une ampleur extraordinaire. Les deux éléments de la première condition étant présentés sous la forme d'une alternative, un acte pourra constituer un crime contre l'humanité si l'existence de l'un ou l'autre des deux critères est constatée.

5) La seconde condition est que l'acte doit avoir été commis « à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe ». L'instigation ou les directives nécessaires peuvent donc émaner soit d'un gouvernement, soit d'une organisation ou d'un groupe¹³⁰. Cette alternative est destinée à exclure les situations où un individu commet un acte inhumain de sa propre initiative dans la poursuite de son propre dessein criminel, en l'absence de tout encouragement ou de toute directive de la part soit d'un gouvernement, soit d'un groupe ou d'une organisation. Ce type de comportement criminel isolé de la part d'un individu agissant seul ne constituerait pas un crime contre l'humanité. Il serait extrêmement difficile à un individu agissant seul de commettre les actes inhumains en question, tels que l'article 18 les envisage. Ce sont l'instigation ou les directives soit d'un gouvernement ou d'une organisation ou d'un groupe, que ceux-ci aient ou non un lien avec le gouvernement, qui donnent à l'acte sa dimension et en font un crime contre l'humanité, imputable à des particuliers ou à des agents d'État¹³¹.

6) La définition que donne le présent article des crimes contre l'humanité n'exige pas que ce crime ait été commis en temps de guerre ou qu'il ait un lien quelconque avec des crimes de guerre comme le faisait le statut du Tribunal de Nuremberg. L'autonomie des crimes contre l'humanité a été reconnue dans des instruments juridiques ultérieurs, qui ne prescrivent plus cette condition. Cela a été le cas de la Convention sur le génocide pour la seconde catégorie des crimes contre l'humanité, ainsi qu'il a été expliqué dans le commentaire de l'article 17 (Crime de génocide). De même, les définitions de la première catégorie de crimes contre l'humanité figurant dans les instruments juridiques adoptés depuis Nuremberg, à savoir la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié adoptée peu après la Conférence de Potsdam et, plus ré-

cemment, les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 3)¹³², ne prescrivent pas l'existence d'une relation, quant au fond, avec d'autres crimes liés à un état de guerre. Le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a également confirmé l'absence de toute condition préalable qui établirait un lien entre la qualification de crime contre l'humanité et un conflit armé international :

C'est désormais une règle bien établie du droit international coutumier que la qualification de crime contre l'humanité n'est pas subordonnée à une relation avec un conflit armé international¹³³.

7) S'agissant des actes prohibés qu'énumère l'article 18, le premier de ces actes est le meurtre, visé à l'*alinéa* a. Le meurtre est un crime qui, dans le droit national de tous les États, a une signification claire et bien définie. Cet acte prohibé n'appelle pas de plus amples explications. Le meurtre figure au nombre des crimes contre l'humanité cités dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6, al. c), dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (art. II, al. c), dans les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 3), ainsi que dans les Principes de Nuremberg (principe VI) et dans le projet de code de 1954 (art. 2, par. 11).

8) Le deuxième acte prohibé, visé à l'*alinéa* b, est l'extermination. Les deux premières catégories d'actes prohibés ont trait à deux comportements criminels distincts mais étroitement liés, qui consistent à priver de la vie des êtres humains innocents. L'extermination est un crime qui, par nature, est dirigé contre un groupe d'individus. En outre, l'acte par lequel est commis le crime d'extermination comporte un élément de destruction de masse qui n'est pas exigé pour le meurtre. À cet égard, l'extermination est étroitement apparentée au crime de génocide, en ce sens que les deux crimes sont dirigés contre un nombre élevé de victimes. Le crime d'extermination, toutefois, s'applique à des situations différentes de celles que vise le crime de génocide. Il couvre les cas où un groupe d'individus n'ayant pas de caractéristiques communes serait massacré. Il peut aussi s'appliquer à des situations dans lesquelles certains membres d'un groupe seraient tués, tandis que d'autres seraient épargnés. L'extermination figure au nombre des crimes contre l'humanité repris dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6, al. c), dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (art. II, al. c), dans les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 3), ainsi que dans les Principes de Nuremberg (principe VI) et dans le projet de code de 1954 (art. 2, par. 11).

¹²⁸ Ibid., p. 268.

¹²⁹ Voir *supra* note 79.

¹³⁰ Le Tribunal de Nuremberg a proclamé le caractère criminel de plusieurs organisations qui avaient été créées aux fins de commettre des crimes contre la paix, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, et utilisées en relation avec la commission de tels crimes. Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg ont reconnu la possibilité de faire valoir une responsabilité pénale à l'encontre d'un individu membre d'une telle organisation criminelle (Statut du Tribunal de Nuremberg, art. 9 et 10, et *Procès des grands criminels de guerre...* [voir *supra* note 35], p. 269).

¹³¹ Voir *Procès des grands criminels de guerre...* (ibid.), à propos des accusés Streicher et von Schirach, p. 329 et 343.

¹³² Voir le rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, doc. S/1995/134, n. 5. Voir aussi Virginia Morris et Michael P. Scharf, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: a Documentary History and Analysis*, Irvington-on-Hudson (New York), Transnational Publishers, 1995, vol. 1, p. 81.

¹³³ « The Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule" », *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, cas n° IT-94-1-AR72, Chambre d'appel, décision du 2 octobre 1995, p. 73, par. 141.

9) Un troisième acte prohibé, visé à l'*alinéa c*, est la torture. Cet acte est défini dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 1^{er}, par. 1)¹³⁴. Certes, la définition qui figure dans la Convention limite le champ d'application de cette convention aux actes commis par des personnes agissant à titre officiel ou bénéficiant de connivences officielles. Mais le paragraphe 2 de l'article premier envisage que le terme « torture » puisse avoir une portée plus large en vertu d'autres instruments internationaux. Dans le contexte des crimes contre l'humanité, commis non seulement par des gouvernements mais aussi par des organisations ou des groupes, cette disposition est pertinente. Aux fins du présent code, les actes de torture sont visés s'ils sont commis d'une manière systématique ou sur une grande échelle par un gouvernement, une organisation ou un groupe. La torture était citée au nombre des crimes contre l'humanité dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (art. II, al. c) et l'est aussi dans les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 3).

10) Le quatrième acte prohibé, prévu à l'*alinéa d*, est la réduction en esclavage, c'est-à-dire le fait de placer ou de maintenir des personnes en état d'esclavage, de servitude ou de travail forcé, à l'encontre des normes bien établies et généralement reconnues du droit international qu'énoncent, par exemple, la Convention relative à l'esclavage (esclavage), la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (esclavage et servitude), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (esclavage et servitude) et la Convention sur le travail forcé, 1930 (n° 29) adoptée par la Conférence générale de l'OIT (travail forcé). L'esclavage est au nombre des crimes contre l'humanité cités dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6., al. c), la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (art. II, al. c) et les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 3), ainsi que dans les Principes de Nuremberg (principe VI) et le projet de code de 1954 (art. 2, par. 11).

11) Le cinquième acte prohibé, visé à l'*alinéa e*, est la persécution pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou ethniques. L'acte inhumain qu'est la persécution peut

revêtir bien des formes, dont le dénominateur commun est le refus de reconnaître les droits de l'homme et les libertés fondamentales auxquels chacun peut prétendre sans distinction, ainsi que le reconnaissent la Charte des Nations Unies (Art. 1 et 55) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2). La présente disposition s'applique aux actes de persécution dénués de l'intention spécifique requise pour le crime de génocide aux termes de l'article 17 du code. Les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux figurent déjà comme crime contre l'humanité dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6, al. c), la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (art. II, al. c) et les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 3), ainsi que dans les Principes de Nuremberg (principe VI) et le projet de code de 1954 (art. 2, par. 11).

12) Le sixième acte prohibé, visé à l'*alinéa f*, est la discrimination institutionnalisée pour des motifs raciaux, ethniques ou religieux en violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ayant pour résultat de défavoriser gravement une partie de la population. Les cinquième et sixième catégories d'actes prohibés comprennent des conduites criminelles distinctes et cependant étroitement liées, qui se caractérisent par un refus de reconnaître à des individus les libertés et droits fondamentaux de l'être humain sur la base d'un critère discriminatoire injustifiable. Dans les deux cas, il faut, pour que les actes prohibés constituent des crimes contre l'humanité en vertu du présent article, qu'ils soient commis de manière systématique ou sur une grande échelle. Mais pour ceux de la sixième catégorie, il faut en outre que le plan ou la politique discriminatoire ait été institutionnalisé par l'adoption, par exemple, d'une série de mesures législatives déniaient aux membres de tel ou tel groupe racial, ethnique ou religieux leurs libertés ou droits individuels. L'acte prohibé visé par le présent alinéa comprend trois éléments : la commission d'un acte discriminatoire à l'encontre d'individus en raison de leur appartenance à un groupe racial, ethnique ou religieux, ce qui nécessite un degré de participation active; le refus de leur reconnaître les libertés et droits fondamentaux de l'être humain, qui doit se traduire par une discrimination suffisamment grave; et, en conséquence, l'existence d'un grave désavantage pour les membres d'un groupe formant une partie de la population. Il s'agit en fait du crime d'apartheid, sous une autre dénomination¹³⁵. La

¹³⁴ L'article premier de la Convention contient la définition suivante :

« 1. Aux fins de la présente Convention, le terme « torture » désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles.

« 2. Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large. »

¹³⁵ L'article II de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid définit ce crime comme suit :

« Aux fins de la présente Convention, l'expression « crime d'apartheid », qui englobe les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales, telles qu'elles sont pratiquées en Afrique australe, désigne les actes inhumains indiqués ci-après, commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci :

« a) Refuser à un membre ou à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux le droit à la vie et à la liberté de la personne :

« i) En ôtant la vie à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux;

« ii) En portant gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la liberté ou à la dignité des membres d'un

discrimination institutionnalisée ne figurant pas comme crime contre l'humanité dans les instruments antérieurs, la Commission a décidé de limiter ce crime à la discrimination raciale, ethnique ou religieuse. Elle a relevé que la discrimination raciale est qualifiée de crime contre l'humanité dans la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (art. 1^{er}).

13) La septième catégorie d'actes prohibés, visée à l'*alinéa g*, comprend la déportation ou le transfert forcé de populations, opérés de manière arbitraire. À la différence de la déportation, qui implique l'expulsion du territoire national, le transfert forcé de populations peut se dérouler entièrement à l'intérieur des frontières d'un même État. Les mots « opérés de manière arbitraire » sont employés ici pour exclure les cas où ces actes seraient commis pour des motifs légitimes, de santé ou de bien-être publics, par exemple, d'une manière compatible avec le droit international. La déportation figure déjà en tant que crime contre l'humanité dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6, al. c), la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (art. II, al. c) et les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 3), ainsi que dans les Principes de Nuremberg (principe VI) et le projet de code de 1954 (art. 2, par. 11).

14) Le huitième acte prohibé est l'emprisonnement arbitraire, visé à l'*alinéa h*. Par le terme « emprisonnement », on entend le fait de priver un individu de sa liberté, le terme « arbitraire » impliquant que cette privation de liberté ne se fait pas dans le respect des formes légales. Pareil comportement est contraire aux droits de

l'homme reconnus aux individus par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 9) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 9). Ce dernier instrument dispose expressément :

Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.

Tombent sous le coup du présent alinéa les situations où il y a emprisonnement arbitraire systématique ou à grande échelle, tel le cas des camps de concentration ou d'internement, ou celui d'autres formes de détention de longue durée. L'emprisonnement est au nombre des crimes contre l'humanité dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (art. II, al. c) ainsi que dans les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 3).

15) Le neuvième acte prohibé, visé à l'*alinéa i*, est la disparition forcée de personnes. En adoptant, en 1992, la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, l'Assemblée générale s'est déclarée profondément préoccupée par les disparitions forcées qui avaient lieu « dans de nombreux pays »¹³⁶. La Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes est également consacrée à ce problème¹³⁷. L'expression « disparition forcée de personnes » est employée en tant que terme technique servant à désigner le type de conduite criminelle visé dans la Déclaration et dans la Convention. La disparition forcée n'est pas citée dans les instruments antérieurs comme crime contre l'humanité. Bien qu'il s'agisse d'un phénomène assez récent, le présent code propose de faire de cette conduite criminelle un crime contre l'humanité, en raison de sa cruauté et de sa gravité extrêmes.

16) La dixième catégorie d'actes prohibés, visée à l'*alinéa j*, est constituée par le viol, la contrainte à la prostitution et les autres formes de violence sexuelle. On ne compte plus les articles et autres publications faisant état de viols commis de manière systématique ou sur une grande échelle dans l'ex-Yougoslavie. À ce propos, l'Assemblée générale a été unanime à réaffirmer que, dans certaines circonstances, la pratique du viol constitue un crime contre l'humanité¹³⁸. Qui plus est, en 1994, la Commission nationale de vérité et de justice a conclu

(Suite de la note 135.)

groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, ou en les soumettant à la torture ou à des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants;

« iii) En arrêtant arbitrairement et en emprisonnant illégalement les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux;

« b) Imposer délibérément à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux des conditions de vie destinées à entraîner leur destruction physique totale ou partielle;

« c) Prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle du pays et créer délibérément des conditions faisant obstacle au plein développement du groupe ou des groupes considérés, en particulier en privant les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux des libertés et droits fondamentaux de l'homme, notamment le droit au travail, le droit de former des syndicats reconnus, le droit à l'éducation, le droit de quitter son pays et d'y revenir, le droit à une nationalité, le droit de circuler librement et de choisir sa résidence, le droit à la liberté d'opinion et d'expression et le droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques;

« d) Prendre des mesures, y compris des mesures législatives, visant à diviser la population selon des critères raciaux en créant des réserves et des ghettos séparés pour les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en interdisant les mariages entre personnes appartenant à des groupes raciaux différents, et en expropriant les biens-fonds appartenant à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux ou à des membres de ces groupes;

« e) Exploiter le travail des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, 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. »

¹³⁶ L'Assemblée générale a évoqué à ce propos le fait que

« des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées contre leur volonté ou privées de toute autre manière de leur liberté par des agents du gouvernement, de quelque service ou à quelque niveau que ce soit, par des groupes organisés ou par des particuliers, qui agissent au nom du gouvernement ou avec son appui direct ou indirect, son autorisation ou son assentiment, et qui refusent ensuite de révéler le sort réservé à ces personnes ou l'endroit où elles se trouvent ou d'admettre qu'elles sont privées de liberté, les soustrayant ainsi à la protection de la loi » (résolution 47/133 de l'Assemblée générale).

¹³⁷ L'article II de la Convention énonce la définition suivante :

« Aux effets de la présente Convention, on entend par disparition forcée de personnes la privation de liberté d'une ou de plusieurs personnes sous quelque forme que ce soit, causée par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivie du déni de la reconnaissance de cette privation de liberté ou d'information sur le lieu où se trouve cette personne, ce qui, en conséquence, entrave l'exercice des recours juridiques et des garanties pertinentes d'une procédure régulière. »

¹³⁸ Résolution 50/192 de l'Assemblée générale.

d'une enquête que les violences sexuelles commises en Haïti contre les femmes sous forme de viols systématiques, pour raisons politiques, constituaient un crime contre l'humanité¹³⁹. Le viol, la contrainte à la prostitution et les autres sévices sexuels sont des formes de violence qui peuvent être tout particulièrement dirigées contre les femmes et constituent par conséquent des violations de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹⁴⁰. Le viol figure comme crime contre l'humanité dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (art. II, al. c) et les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 3). Tout en notant que la persécution pour des motifs sexuels pourrait aussi être considérée comme un crime contre l'humanité dans le cadre de l'alinéa e si elle satisfaisait aux deux critères généraux, la Commission a décidé de limiter les motifs de persécution possibles à ceux que retiennent les instruments juridiques existants. De même, la Commission a noté que la discrimination fondée sur le sexe pourrait aussi constituer éventuellement un crime contre l'humanité relevant de l'alinéa f, même s'il ne s'agissait pas nécessairement d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité¹⁴¹.

17) Onzième et dernière catégorie d'actes prohibés, les autres actes inhumains qui portent gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la santé ou à la dignité humaine de la victime, tels que mutilations et sévices graves, font l'objet de l'alinéa k. La Commission s'est rendu compte qu'il était impossible d'établir une liste exhaustive des autres actes inhumains qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité. Cependant, deux critères dominent cette notion : d'une part, cette catégorie n'est censée englober que des actes différents de ceux qui sont énumérés dans les alinéas précédents, mais de même gravité; d'autre part, il faut que l'acte considéré cause un préjudice à un être humain en l'atteignant dans son intégrité physique ou mentale, sa santé ou sa dignité. L'alinéa offre deux exemples de types d'actes qui rempliraient ces deux conditions, à savoir la mutila-

tion et les autres sévices graves. Il convient de remarquer que le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6, al. c), la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (art. II, al. c), les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 3) ainsi que les Principes de Nuremberg (principe VI) emploient également l'expression « autres actes inhumains ».

Article 19. — Crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé

1. Les infractions ci-après constituent des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité lorsqu'elles sont commises intentionnellement et d'une manière systématique ou sur une grande échelle contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé participant à une opération des Nations Unies, dans le but d'empêcher ou d'entraver l'exécution du mandat assigné à cette opération :

a) un meurtre, un enlèvement ou toute autre atteinte contre la personne ou la liberté d'un membre de ces personnels;

b) une atteinte accompagnée de violence contre les locaux officiels, le domicile privé ou les moyens de transport d'un membre de ces personnels, de nature à mettre sa personne ou sa liberté en danger.

2. Cet article ne s'applique pas à une opération des Nations Unies autorisée par le Conseil de sécurité en tant qu'action coercitive en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans le cadre de laquelle du personnel est engagé comme combattant contre des forces armées organisées et à laquelle s'applique le droit des conflits armés internationaux.

Commentaire

1) Aux termes de l'Article premier de la Charte des Nations Unies, l'Organisation des Nations Unies a été créée dans le but, notamment, de maintenir la paix et la sécurité internationales et, à cette fin, de prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écarter les menaces contre la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix. Mais, a déclaré le Secrétaire général, « alors que, par le passé, travailler sous le drapeau des Nations Unies valait sauf-conduit et constituait pour le personnel une garantie non écrite de protection, cela n'est plus le cas et le personnel court souvent des risques du simple fait qu'il est au service d'organismes des Nations Unies »¹⁴². La gravité des atteintes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé et l'augmentation spectaculaire de leur fréquence ont été soulignées non seulement par le Secrétaire général, mais aussi par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale. Dans son rapport intitulé « Agenda pour la paix », qui a fait date, le Secrétaire général a appelé l'attention sur la nécessité de veiller à la sécurité du personnel des Nations Unies déployé dans des conditions de conflit, à des fins de diplomatie préventive, de rétablissement de la paix, de maintien de la paix ou à des

¹³⁹ *SI M PA RELE*, 29 septembre 1991-14 octobre 1994, Commission nationale de vérité et de justice (Haïti), 1995.

¹⁴⁰ Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes précise :

« L'article premier de la Convention définit la discrimination à l'égard des femmes. Cette définition inclut la violence fondée sur le sexe, c'est-à-dire la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme. Elle englobe les actes qui infligent des tourments ou des souffrances d'ordre physique, mental ou sexuel, la menace de tels actes, la contrainte et autres privations de liberté. ... La violence fondée sur le sexe, qui compromet ou rend nulle la jouissance des droits individuels et des libertés fondamentales par les femmes en vertu des principes généraux du droit international ou des conventions particulières relatives aux droits de l'homme, constitue une discrimination au sens de l'article premier de la Convention. » (*Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes... [supra note 126], chap. 1^{er}, par. 6 et 7.*)

¹⁴¹ La persécution ou la discrimination fondées sur le sexe qui entraînent le déni des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont contraires à la Charte des Nations Unies, au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à la Convention sur les droits politiques de la femme, à la Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes [résolution 2263 (XXII) de l'Assemblée générale] et à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

¹⁴² Doc. A/AC.242/1, par.4

fins humanitaires, en raison de l'augmentation intolérable du nombre des victimes causées par des atteintes contre ces personnels¹⁴³. Le Conseil de sécurité s'est félicité de ce que le Secrétaire général ait appelé l'attention sur ce problème, a constaté qu'il était de plus en plus souvent amené, dans l'exercice de la responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité internationales qui était la sienne, à déployer des forces et du personnel des Nations Unies dans des situations présentant un danger réel, et a demandé en outre aux États d'agir promptement et efficacement pour dissuader et, s'il y a lieu, poursuivre et punir tous les responsables d'attaques et autres actes hostiles dirigés contre ces forces et ce personnel¹⁴⁴. L'Assemblée aussi s'est à plusieurs reprises déclarée gravement préoccupée par le nombre croissant de tués et de blessés parmi le personnel de maintien de la paix et les autres catégories de personnel des Nations Unies à la suite d'actions hostiles commises délibérément dans les zones de déploiement dangereuses¹⁴⁵. De plus, l'Assemblée a reconnu l'importance vitale que revêt la participation du personnel des Nations Unies à la diplomatie préventive, au rétablissement de la paix, au maintien de la paix, à l'édification de la paix et aux opérations humanitaires, et a condamné résolument tous les actes hostiles dirigés contre ce personnel, y compris les attaques délibérées visant les opérations de maintien de la paix de l'Organisation, qui avaient causé un nombre alarmant de victimes¹⁴⁶. En conséquence, l'Assemblée a adopté à l'unanimité, en 1994, la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, en vue de dissuader les individus responsables de telles attaques et, le cas échéant, de faire en sorte qu'ils soient effectivement poursuivis et punis.

2) Les atteintes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé constituent des infractions, accompagnées de violence, d'une exceptionnelle gravité, qui ont de lourdes conséquences non seulement pour les victimes mais aussi pour la communauté internationale. Ces infractions sont un sujet de préoccupation pour la communauté internationale tout entière, car elles sont commises contre des personnes qui la représentent et risquent leur vie en protégeant son intérêt fondamental au maintien de la paix et de la sécurité internationales de l'humanité. Ces personnels participent à des opérations des Nations Unies « menées dans l'intérêt collectif de la communauté internationale et conformément aux principes et aux buts de la Charte des Nations Unies », comme cela est reconnu dans le préambule de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, en étant présents à titre officiel dans la zone où ces opérations se déroulent ou d'une autre manière associés à celles-ci. Les atteintes contre ces personnels sont en fait dirigées contre la communauté internationale, et portent un coup au cœur même du système juridique international établi aux fins du maintien de la paix et de la sécurité internationales à travers des mesures de

sécurité collective adoptées pour prévenir et écarter les menaces contre la paix. Il appartient tout particulièrement à la communauté internationale de veiller à ce que soient effectivement poursuivis et punis les individus responsables d'atteintes criminelles contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé, atteintes qui se produisent souvent dans des situations où le système interne de répression ou de justice pénale n'est pas pleinement à même d'accomplir sa fonction ou capable de faire face aux infractions. De plus, ces infractions comportent souvent, par leur nature même, une menace pour la paix et la sécurité internationales — en raison des situations dans lesquelles ces personnels sont engagés et de leurs conséquences négatives pour la bonne exécution du mandat assigné à ces personnels — et, à une échelle plus vaste, pour l'aptitude de l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter efficacement du rôle central qui est le sien dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales. S'agissant des conséquences négatives plus vastes de ces atteintes, on risque de constater une hésitation ou un manque d'empressement croissants de la part de particuliers à participer aux opérations des Nations Unies et, de la part des États Membres, à mettre du personnel compétent à la disposition de l'Organisation pour de telles opérations. Pour ces motifs, la Commission a décidé d'inclure cette catégorie de crimes dans le présent code.

3) L'article 19, qui traite des crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé, comprend deux paragraphes. Le premier donne la définition de ces crimes aux fins du code. Le second limite le champ d'application de cette définition en excluant les atteintes commises dans certaines situations.

4) La disposition liminaire du *paragraphe 1* établit la condition générale qui doit être remplie pour que les infractions contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé constituent un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité en vertu du code : les atteintes criminelles doivent avoir été commises soit d'une manière systématique, soit sur une grande échelle. Suivant le premier critère, les crimes doivent avoir été commis d'une manière systématique, c'est-à-dire en application d'une politique ou d'un plan préconçus. Peuvent y satisfaire une série d'atteintes effectivement portées, une atteinte unique portée en tant que première d'une série d'atteintes planifiées, ou encore une atteinte unique d'une ampleur exceptionnelle portée en application d'une politique ou d'un plan préconçus, telle que le meurtre du médiateur chargé de régler la situation de conflit, comme ce fut le cas de l'assassinat du comte Bernadotte. Selon le second critère, les infractions doivent avoir été commises sur une grande échelle, en d'autres termes, les actes criminels doivent avoir été dirigés contre un grand nombre de victimes, soit par une série d'atteintes, soit par une atteinte massive unique faisant de nombreuses victimes. Ce double critère apparaît également à l'article 18 (Crimes contre l'humanité) et fait l'objet d'un examen plus détaillé dans le commentaire de cet article, qui s'applique également, à cet égard, au présent article. Si toute atteinte contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé est condamnable, la condition ainsi posée garantit qu'une telle atteinte comportera aussi la nécessaire menace contre la paix et à la sécurité internationales, dont la présence est requise pour que cette atteinte constitue un crime visé par le

¹⁴³ A/47/277-S/724111; voir *Documents officiels du Conseil de sécurité, quarante-septième année, Supplément d'avril, mai et juin 1992*, document S/24111, PAR. 66.

¹⁴⁴ DOC. S/25493.

¹⁴⁵ Résolutions 47/120, 47/72 et 48/37 de l'assemblée générale.

¹⁴⁶ Résolution 47/72 de l'Assemblée générale.

code. Mais un comportement ne satisfaisant pas à la condition générale requise aux fins du code n'en constituerait pas moins un crime au regard de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, qui n'établit pas une telle condition et sur laquelle la présente disposition est sans incidence. C'est ce qui est reconnu dans la partie liminaire du paragraphe 1, aux termes duquel « les infractions ci-après constituent des *crimes** contre la paix et la sécurité de l'humanité ». Comme dans le cas des autres crimes visés dans la deuxième partie, le fait que le code ne s'étende pas à un certain comportement n'empêche pas que ce comportement puisse être qualifié de crime en vertu du droit interne ou du droit international, y compris la Convention.

5) Aux fins de l'article 19, il n'y a crime que lorsqu'on peut démontrer que l'accusé a commis l'un des actes énumérés aux alinéas *a* et *b* avec l'intention criminelle requise. Cette intention criminelle suppose la réunion de deux éléments. Premièrement, il faut que l'atteinte portée contre le personnel des Nations Unies l'ait été « intentionnellement ». Le terme « intentionnellement » est employé pour signifier que l'auteur du crime doit avoir eu connaissance du fait que les victimes étaient membres du personnel d'une opération des Nations Unies ou du personnel associé à une telle opération. C'est dans ce sens que l'adjectif « intentionnel » est employé, par exemple, à l'article 2 de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques¹⁴⁷. Il est employé dans le même sens à l'article 9 de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé. Il faut donc que l'atteinte ait été portée contre le personnel des Nations Unies ou le personnel associé en tant que tels. Deuxièmement, l'article 19 exige aussi que l'atteinte ait été portée « dans le but d'empêcher ou d'entraver l'exécution du mandat assigné à cette opération ». Cette condition ne figure pas dans la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, qui cherche à protéger le personnel des Nations Unies et le personnel associé contre toutes les atteintes intentionnelles. Mais dans le contexte d'un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission a été d'avis que seules devaient tomber sous le coup des dispositions de ce code les atteintes contre ces personnels qui, dans l'intention de leurs auteurs, étaient conçues pour empêcher ou entraver l'opération elle-même. Le point de savoir si tel serait le cas dans une espèce particulière serait un point de fait. Cette disposition n'a bien entendu aucune incidence sur la portée plus large de l'article 9 de la Convention.

¹⁴⁷ Comme la Commission l'a indiqué dans son commentaire de l'article 2,

« Le mot « intentionnel »... a été employé à la fois pour préciser que l'auteur de l'infraction doit savoir que la victime a le statut d'une personne jouissant d'une protection internationale, et pour éliminer tout doute concernant l'exclusion du champ d'application de cet article de certaines infractions dont on pourrait sans cela soutenir qu'elles tombent sous le coup des alinéas *a* ou *b* — par exemple la blessure grave infligée à une personne jouissant d'une protection internationale lors d'un accident d'automobile, du fait de la négligence de l'autre partie. » (*Annuaire...* 1972, vol. II, doc. A/8710/Rev.1, p. 343, par. 8 du commentaire.)

6) Les deux catégories d'actes prohibés sont exposées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1. La première catégorie consiste en des actes de violence graves commis à l'encontre d'une personne protégée, à savoir « un meurtre, un enlèvement ou toute autre atteinte contre la personne ou la liberté d'un membre de ces personnels ». La seconde comprend les actes de violence graves qui sont commis à l'encontre de lieux ou moyens de transport particuliers et mettent une personne protégée en danger, à savoir « une atteinte accompagnée de violence contre les locaux officiels, le domicile privé ou les moyens de transport d'un membre de ces personnels, de nature à mettre sa personne ou sa liberté en danger ». Ces deux catégories d'actes prohibés, qui consistent en des atteintes graves accompagnées de violence, sont tirées de la définition des infractions donnée dans la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 9, par. 1, al. *a* et *b*). Les crimes subsidiaires mentionnés dans la Convention n'ont pas été repris dans le présent article, car ils sont traités à l'article 2 (Responsabilité individuelle), en relation avec l'ensemble des crimes visés par le code.

7) Les victimes potentielles des crimes visés par l'article 19 sont limitées aux membres du personnel des Nations Unies¹⁴⁸ et du personnel associé¹⁴⁹, comme l'indique la référence aux crimes commis « contre » ces personnels. Ces termes sont définis dans la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé et doivent être interprétés comme ayant le même sens dans le présent article. De plus, il faut que ces crimes soient commis contre des personnes jouissant d'une protection et « participant à une opération des Nations Unies ». Le mot « participant » est employé pour englober les diverses catégories de personnes jouissant d'une protection qui participent à une opération des Nations Unies, sont présentes à titre officiel dans la zone où

¹⁴⁸ L'article premier de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé en donne, à l'alinéa *a*, la définition suivante :

« *a*

« *i*) Des personnes engagées ou déployées par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en tant que membres des éléments militaire, de police ou civil d'une opération des Nations Unies;

« *ii*) Des autres fonctionnaires et experts en mission de l'Organisation des Nations Unies ou de ses institutions spécialisées ou de l'Agence internationale de l'énergie atomique qui sont présents à titre officiel dans la zone où une opération des Nations Unies est menée; »

¹⁴⁹ L'article premier de la Convention en donne, à l'alinéa *b*, la définition suivante :

« *b*) « Personnel associé » s'entend :

« *i*) Des personnes affectées par un gouvernement ou par une organisation intergouvernementale avec l'accord de l'organe compétent de l'Organisation des Nations Unies;

« *ii*) Des personnes engagées par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, par une institution spécialisée ou par l'Agence internationale de l'énergie atomique; et

« *iii*) Des personnes déployées par une organisation ou une institution non gouvernementale humanitaire en vertu d'un accord avec le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, avec une institution spécialisée ou avec l'Agence internationale de l'énergie atomique,

« pour mener des activités à l'appui de l'exécution du mandat d'une opération des Nations Unies; »

cette opération se déroule ou sont d'une autre manière associées à celle-ci, comme cela est indiqué dans les définitions des personnes protégées, données dans la Convention. L'expression « opération des Nations Unies » est définie dans la Convention et doit être interprétée comme ayant le même sens dans le présent article¹⁵⁰.

8) Le paragraphe 2 du présent article est destiné à éviter que ne soit qualifié de criminel un comportement dirigé contre le personnel participant à une opération des Nations Unies qui a reçu pour mandat, en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, de prendre part à une action coercitive et prend effectivement part à une situation de combat contre des forces armées organisées, à laquelle s'applique le droit des conflits armés internationaux¹⁵¹. Ce paragraphe est destiné à garantir que le personnel des Nations Unies sera couvert par le présent article à moins qu'il ne le soit par le droit des conflits armés internationaux, faisant l'objet de l'article 20.

Article 20. — Crimes de guerre

Chacun des crimes de guerre ci-après constitue un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité lorsqu'il est commis d'une manière systématique ou sur une grande échelle :

a) l'un quelconque des actes ci-après commis en violation du droit international humanitaire :

- i) l'homicide intentionnel;
- ii) la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques;
- iii) le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé;
- iv) la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire;
- v) le fait de contraindre un prisonnier de guerre ou une autre personne protégée à servir dans les forces armées de la puissance ennemie;

¹⁵⁰ L'article premier de la Convention en donne, à l'alinéa c, la définition suivante :

« c) « Opération des Nations Unies » s'entend d'une opération établie par l'organe compétent de l'Organisation des Nations Unies conformément à la Charte des Nations Unies et menée sous l'autorité et le contrôle des Nations Unies :

- « i) Lorsque l'opération vise à maintenir ou à rétablir la paix et la sécurité internationales; ou
- « ii) Lorsque le Conseil de sécurité ou l'Assemblée générale a déclaré aux fins de la présente Convention qu'il existe un risque exceptionnel pour la sécurité du personnel participant à l'opération; »

¹⁵¹ Pour une analyse du droit international humanitaire, voir l'avis consultatif rendu par la CIJ — à la suite de la demande formulée par l'Assemblée générale dans sa résolution 49/75 K — dans *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, et en particulier p. 256, par. 75.

vi) le fait de priver un prisonnier de guerre, ou une autre personne protégée, de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement;

vii) la déportation ou le transfert illégaux ou la détention illégale de personnes protégées;

viii) la prise d'otages;

b) l'un quelconque des actes ci-après commis intentionnellement en violation du droit international humanitaire et entraînant la mort ou causant des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé :

i) le fait de soumettre la population civile ou des personnes civiles à une attaque;

ii) 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;

iii) le fait de lancer une attaque contre des ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses, 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;

iv) le fait de soumettre une personne à une attaque en la sachant hors de combat;

v) le fait d'utiliser perfidement le signe distinctif de la Croix-Rouge, du Croissant-Rouge ou du Lion-et-Soleil-Rouge ou d'autres signes protecteurs reconnus;

c) l'un quelconque des actes ci-après commis intentionnellement en violation du droit international humanitaire :

i) le transfert par la puissance occupante d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe;

ii) tout retard injustifié dans le rapatriement des prisonniers de guerre ou des civils;

d) les atteintes à la dignité de la personne en violation du droit international humanitaire, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur;

e) l'un quelconque des actes ci-après commis en violation des lois ou coutumes de la guerre :

i) l'emploi d'armes toxiques ou d'autres armes conçues pour causer des souffrances inutiles;

ii) la destruction sans motif de villes et de villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires;

iii) l'attaque ou le bombardement, par quelque moyen que ce soit, de villes, villages, habita-

tions ou bâtiments non défendus ou de zones démilitarisées;

iv) la saisie, la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion, à la bienfaisance et à l'enseignement, aux arts et aux sciences, de monuments historiques, d'œuvres d'art et d'œuvres de caractère scientifique;

v) le pillage de biens publics ou privés;

f) l'un quelconque des actes ci-après commis en violation du droit international humanitaire applicable aux conflits armés qui ne revêtent pas un caractère international :

i) les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, en particulier le meurtre, de même que les traitements cruels tels que la torture, les mutilations ou toutes formes de peines corporelles;

ii) les punitions collectives;

iii) la prise d'otages;

iv) les actes de terrorisme;

v) les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur;

vi) le pillage;

vii) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti de toutes les garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables;

g) dans le cas d'un conflit armé : l'utilisation de méthodes ou moyens de guerre non justifiés par des nécessités militaires dans l'intention de causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel, et de porter gravement atteinte, de ce fait, à la santé ou à la survie de la population, ces dommages s'étant effectivement produits.

Commentaire

1) Pour le titre de cet article, la Commission a préféré retenir l'expression « crimes de guerre » plutôt que « violations du droit humanitaire applicable dans les conflits armés ». Bien que cette seconde expression soit juridiquement plus correcte, la Commission lui a préféré la première, qui est plus courte. Consultée, la Commission avait, dès les premiers rapports, manifesté sa préférence pour l'expression « crimes de guerre ». Mais, dans le corps du rapport, les expressions « violations des lois et coutumes de la guerre » et « violations des règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés » sont aussi employées.

2) Dans le statut du Tribunal de Nuremberg, les crimes de guerre visés sous l'appellation générale « violations

des lois et coutumes de la guerre » ne faisaient l'objet d'aucune définition générale.

3) Les auteurs du statut du Tribunal de Nuremberg avaient procédé par voie d'énumération¹⁵², tout en déclarant que cette énumération n'était pas limitative. Le Tribunal de Nuremberg a déclaré en outre que les violations énumérées étaient déjà prévues par la Convention IV de La Haye de 1907, ainsi que par la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne, de 1929.

4) Le présent article 20 reprend les catégories de crimes de guerre prévues notamment par la Convention IV de La Haye de 1907 et la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne, de 1929, ainsi que par les Conventions de Genève du 12 août 1949 et les Protocoles additionnels à celles-ci. Cependant, pour que les actes visés ci-dessus constituent des crimes au sens du présent code, c'est-à-dire des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission a jugé qu'ils devaient satisfaire, en outre, aux critères généraux énoncés dans la disposition liminaire de l'article 20, c'est-à-dire être exécutés d'une manière systématique ou sur une grande échelle.

5) Ces critères généraux auxquels doivent satisfaire les crimes de guerre aux termes du code procèdent de l'idée que les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont les plus graves dans l'échelle des infractions internationales et que, pour qu'une infraction soit considérée comme un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, il faut qu'elle satisfasse à certains critères supplémentaires qui élèvent son degré de gravité. Ces critères généraux sont prévus dans le chapeau de l'article : les crimes en question doivent être exécutés d'une manière systématique ou sur une grande échelle.

6) Cette exigence supplémentaire tient au fait que, jusqu'au jugement du Tribunal de Nuremberg, le mot « crime », dans l'expression « crimes de guerre », n'était pas pris dans son sens technique, c'est-à-dire comme s'appliquant aux infractions les plus graves dans l'échelle des infractions pénales, mais dans son sens général d'infraction, c'est-à-dire de manquement à une obligation imposée par le droit pénal, quelle que soit la gravité de ce manquement. Aussi, la Commission a-t-elle jugé nécessaire d'élever le degré de gravité que doit présenter un crime de guerre pour pouvoir être qualifié de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. D'où les critères qu'elle a posés, d'acte commis d'une manière systématique ou sur une grande échelle.

¹⁵² En précisant que les crimes de guerre comprenaient, sans y être limités :

« l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ».

7) Un crime présente un caractère systématique lorsqu'il est commis conformément à un plan ou à une politique préconçus. Un crime est commis sur une grande échelle lorsqu'il est perpétré contre une multiplicité de victimes, soit par une série d'attaques, soit par une seule attaque massive contre un grand nombre de victimes.

8) Tout crime de guerre n'est donc pas un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Pour qu'une infraction constitue un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, il faut qu'elle présente les caractéristiques générales décrites ci-dessus.

9) La liste des crimes visés dans l'article 20 n'a pas été établie *ex nihilo*. La plupart des actes qui y figurent sont reconnus par le droit international humanitaire et énumérés dans différents instruments.

10) La première catégorie de crimes de guerre, visée à l'*alinéa a*, comprend les infractions graves au droit international humanitaire tel qu'il est consacré par les Conventions de Genève du 12 août 1949. Les alinéas *a, i, à a, iii*, concernent les infractions graves communes aux quatre Conventions, à savoir la première Convention de Genève (art. 50), la deuxième Convention de Genève (art. 51), la troisième Convention de Genève (art. 130) et la quatrième Convention de Genève (art. 147). L'*alinéa a, iv*, vise les infractions graves qui se retrouvent dans les première, deuxième et quatrième Conventions de Genève; les alinéas *a, v*, et *a, vi*, visent celles qui sont communes aux troisième et quatrième Conventions de Genève; et les alinéas *a, vii*, et *a, viii*, les autres infractions graves aux termes de la quatrième Convention de Genève. Les dispositions du présent alinéa doivent s'interpréter comme ayant le même sens et le même champ d'application que les dispositions correspondantes des Conventions de Genève¹⁵³. Cette disposition ressemble beaucoup à la disposition correspondante du statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 3).

11) Les deuxième et troisième catégories de crimes de guerre, visées respectivement aux alinéas *b* et *c*, sont les infractions graves énumérées dans le Protocole I additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949. L'*alinéa b*, qui concerne la deuxième catégorie, vise les infractions graves énoncées au paragraphe 3 de l'article 85 du Protocole additionnel I. La disposition liminaire de l'*alinéa* reprend deux critères généraux qui figurent aussi au paragraphe 3 de l'article 85 du Protocole, à savoir que les actes considérés doivent avoir été commis intentionnellement et avoir entraîné la mort ou causé des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé. Les alinéas *b, i, à b, v*, correspondent respectivement aux alinéas *a à c, e* et *f* du paragraphe 3 de l'article 85 du Protocole¹⁵⁴. Pour sa part, l'*alinéa c*, qui comprend la

troisième catégorie, vise les infractions graves énumérées au paragraphe 4 de l'article 85 du Protocole, et s'ouvre par une disposition reprenant le critère général énoncé dans ce même paragraphe, à savoir que les actes considérés doivent avoir été commis intentionnellement. Les alinéas *c, i*, et *c, ii*, correspondent aux infractions graves visées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 4 de l'article 85 du Protocole¹⁵⁵. Les alinéas *b* et *c* doivent être considérés comme ayant le même sens et le même champ d'application que les dispositions correspondantes du Protocole¹⁵⁶. Ces alinéas sont rédigés en termes généraux et ne citent pas les articles précis du Protocole prévoyant les normes de conduite à partir desquelles sont définies les infractions graves visées à l'article 85, mais la norme de conduite pertinente est également applicable à ces deux alinéas.

12) La quatrième catégorie de crimes de guerre, à l'*alinéa d*, est constituée par « les atteintes à la dignité de la personne en violation du droit international humanitaire, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur ». C'est là un type de conduite qui constitue manifestement une infraction grave aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 en vertu des alinéas *a, ii*, et *a, iii*. La Commission a néanmoins jugé important de réaffirmer expressément la nature criminelle de ces actes en les qualifiant de crimes de guerre lorsqu'ils sont commis dans des conflits armés de caractère international, étant donné les informations sans précédent faisant état d'actes criminels de ce type commis de manière systématique ou sur une grande échelle dans l'ex-Yougoslavie. Cette disposition est reprise de l'*alinéa e* du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole II additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, où les atteintes en question sont qualifiées de violations des garanties fondamentales auxquelles ont droit toutes les personnes protégées dans les conflits armés non internationaux. La Commission a noté que les garanties fondamentales prévues par le droit applicable aux conflits armés non internationaux constituent la norme minimale de traitement humain des personnes protégées, applicable dans tout type de conflit armé, qu'il soit international ou non international. C'est ce que reconnaissent clairement l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et le paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole additionnel II.

13) La cinquième catégorie de crimes de guerre, visée à l'*alinéa e*, comprend au premier chef les violations graves des lois et coutumes de la guerre sur terre telles qu'elles sont énoncées dans la Convention IV de La

¹⁵³ À cet égard, les commentaires autorisés des Conventions de Genève (*Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : commentaire*, publié sous la direction de Jean S. Pictet, Genève, CICR, 1952, titre I, 1959, titre II, 1958, titre III, et 1956, titre IV) seraient également applicables aux présentes dispositions.

¹⁵⁴ Reste, parmi les infractions graves énumérées au paragraphe 3 de l'article 85 du Protocole, celle qui y figure à l'*alinéa d* : elle fait l'objet de l'*alinéa e, iii*, de l'article 20 du code.

¹⁵⁵ Les autres dispositions de l'article 20 du code visent le reste des infractions graves énumérées au paragraphe 4 de l'article 85 du Protocole : l'*alinéa a, vi*, correspond à l'*alinéa e* du paragraphe 4; l'*alinéa a, vii*, vise l'infraction grave concernant la déportation ou le transfert, définis à l'*alinéa a* du paragraphe 4; l'*alinéa d* correspond à l'*alinéa c* du paragraphe 4; et l'*alinéa e, iv*, correspond à l'*alinéa d* du paragraphe 4. Quant à l'infraction grave visée par l'*alinéa c* du paragraphe 4 de l'article 85 du Protocole, elle est prévue non seulement comme crime de guerre par la formulation plus générale de l'*alinéa d* de l'article 20 du code, mais encore comme crime contre l'humanité par l'*alinéa f* de l'article 18, qui n'exige pas l'existence d'un conflit armé.

¹⁵⁶ Voir *supra* note 153.

Haye de 1907 et le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, qui y est annexé. La Commission a relevé que l'alinéa *e*, iv, couvrirait, notamment, les biens protégés par la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, ainsi que les œuvres protégées par la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. La présente disposition s'inspire du statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6, al. *c*) et de celui du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 3), mais contrairement à ces instruments, elle donne une liste exhaustive des violations des lois ou coutumes de la guerre pour assurer plus de certitude dans la détermination des comportements visés par le code. De plus, l'alinéa *e*, iii, concerne l'infraction grave figurant à l'alinéa *d* du paragraphe 3 de l'article 85 du Protocole additionnel I, relatif aux zones démilitarisées. Le terme « zone démilitarisée » a le même sens dans la présente disposition qu'à l'article 60 du Protocole additionnel I¹⁵⁷.

14) L'alinéa *f* vise la sixième catégorie de crimes de guerre, à savoir les violations graves du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international, qui sont énumérées à l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 ainsi qu'à l'article 4 du Protocole II additionnel auxdites conventions. Les dispositions de cet alinéa doivent être considérées comme ayant le même sens et le même champ d'application que les dispositions correspondantes des Conventions de Genève du 12 août 1949 et du Protocole additionnel II¹⁵⁸. L'alinéa *f*, i, concerne les violations visées à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949, ainsi qu'à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole additionnel II; l'alinéa *f*, ii, correspond à l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole, et l'alinéa *f*, iii, à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949, ainsi qu'à l'alinéa *c* du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole; l'alinéa *f*, iv, concerne les actes visés à l'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole, et l'alinéa *f*, v, les atteintes définies à l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949, ainsi qu'à l'alinéa *e*, plus dé-

taillé, du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole¹⁵⁹; l'alinéa *f*, vi, vise la même conduite que l'alinéa *g* du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole, et l'alinéa *f*, vii, correspond à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949. L'alinéa *f* est calqué sur l'article 4 du statut du Tribunal international pour le Rwanda, qui constitue l'énonciation la plus récente du droit applicable. Aux yeux de la Commission, cet alinéa revêt une importance particulière, vu la fréquence des conflits armés non internationaux depuis quelques années. La Commission a noté que le principe de la responsabilité pénale individuelle pour violations du droit applicable dans les conflits armés internes a été réaffirmé par le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie¹⁶⁰.

15) Enfin, l'alinéa *g* vise la septième catégorie de crimes de guerre, à savoir les crimes de guerre qui ont leur fondement dans les articles 35 et 55 du Protocole additionnel I. Les violations de ces dispositions n'y sont pas qualifiées d'infractions graves entraînant une responsabilité pénale individuelle aux termes du Protocole. Le présent alinéa énonce trois conditions supplémentaires pour que ces violations du Protocole constituent des crimes de guerre relevant du code. La première est que l'utilisation de méthodes ou moyens de guerre prohibés ne soit pas justifiée par des nécessités militaires. L'expression « nécessités militaires » sert, dans cette disposition, à rendre la même idée que dans les dispositions pertinentes des instruments juridiques existants, par exemple l'alinéa *g* de l'article 23 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention IV de La Haye de 1907¹⁶¹, les articles 50, 51 et 147, respectivement, des première, deuxième et troisième Conventions de Genève¹⁶², énonçant les infractions graves auxdites conventions, l'article 33 de la première Convention de Genève, ou encore l'article 53 de la quatrième Convention de Genève¹⁶³. Deuxième condition, il faut que l'acte ait été commis « dans l'intention de causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel, et de porter gravement atteinte, de ce fait, à la santé ou à la survie de la population ». À cet égard, la présente disposition exige que la conduite considérée, pour constituer un crime de guerre visé par le code, se traduise par des conséquences plus graves pour la population, c'est-

¹⁵⁷ « Il est bien certain que les auteurs de l'article 60 n'ont pas eu en vue de telles zones, même s'ils ont prévu que les zones démilitarisées pourraient être constituées en temps de paix déjà; en effet, ces différentes espèces de zones démilitarisées, constituées par traités... ne sont pas faites pour le temps de guerre, mais pour le temps de paix ou tout au moins d'armistice.

« Or, c'est là le caractère essentiel des zones créées par l'article 60 : leur but n'est pas politique, mais humanitaire; elles sont destinées à protéger spécialement la population qui s'y trouve contre les attaques. Certes, rien ne s'oppose à ce qu'une zone démilitarisée créée par un traité de paix, un armistice ou tout autre accord international ne devienne, en cas de conflit armé, une zone démilitarisée selon l'article 60, moyennant un nouvel accord. » [C. Pilloud et al., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 : commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, Genève, CICR, Martinus Nijhoff, 1986, p. 727.]

¹⁵⁸ À cet égard, les commentaires autorisés des Conventions de Genève de 1949 et du Protocole additionnel II, élaborés par le Comité international de la Croix-Rouge seraient également applicables aux présentes dispositions.

¹⁵⁹ Ces violations, si elles étaient commises dans le cadre d'un conflit armé international, tomberaient sous le coup de la disposition identique de l'alinéa *d* de l'article 20 du code.

¹⁶⁰ « The Prosecutor v. Duško Tadic a/k/a "Dule" » ... (*supra* note 133), p. 68.

¹⁶¹ Aux termes de l'article 23,

« [...] il est notamment interdit

« [...]

« g) de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre; ».

¹⁶² L'article 33 de la première Convention de Genève interdit de détourner les bâtiments ou le matériel d'unités sanitaires ennemies de leur emploi, à une exception limitée près, « en cas de nécessité militaire urgente ». Le commentaire de cet article qualifie l'« exception, qui découle des nécessités militaires urgentes » de « conforme à un principe général du droit des gens » (*Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : commentaire...*, vol. I [*supra* note 153], p. 306).

¹⁶³ L'article 53 reconnaît une exception à l'interdiction de détruire certains biens, « dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires ».

à-dire par un préjudice grave par rapport aux conséquences préjudiciables exigées pour une violation du Protocole additionnel I. Troisième condition enfin, le dommage doit être effectivement survenu en conséquence de la conduite prohibée. Aux yeux de la Commission, ce type de comportement pourrait constituer un crime de guerre visé par le code dans le cadre d'un conflit armé international ou non international. C'est pourquoi le présent alinéa s'applique « dans le cas d'un conflit armé », que celui-ci présente un caractère international ou non, à la différence des dispositions du Protocole additionnel I, dont le champ d'application se limite aux conflits armés internationaux. L'absence, dans la disposition liminaire du présent alinéa, de l'expression « en violation du droit

international humanitaire » est destinée à éviter de donner l'impression que ce type de conduite constitue nécessairement un crime de guerre au regard du droit international existant, à la différence des crimes visés par les alinéas précédents¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Suivant les Directives pour les manuels d'instruction militaire sur la protection de l'environnement en période de conflit armé, établies par le Comité international de la Croix-Rouge,

« La destruction de l'environnement qui n'est pas justifiée par les nécessités des opérations militaires constitue une infraction au droit international humanitaire. Dans certaines conditions, cette destruction peut faire l'objet de sanctions en tant que violation grave du droit international » (doc. A/49/323, annexe, par. 8).

Chapitre III

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

A. — Introduction

51. À sa première session (1949), la Commission avait fait figurer la question de la responsabilité des États dans la liste des sujets de droit international se prêtant à codification. En réponse à la résolution 799 (VIII) du 7 décembre 1953, dans laquelle l'Assemblée générale priait la Commission de procéder, dès qu'elle le jugerait opportun, à la codification des principes du droit international régissant la responsabilité de l'État, la Commission, à sa septième session, en 1955, a décidé d'entreprendre l'étude de la question de la responsabilité des États, et a nommé M. F.V. García Amador rapporteur spécial pour le sujet. Aux six sessions suivantes, de 1956 à 1961, le Rapporteur spécial a présenté six rapports successifs traitant, dans l'ensemble, de la question de la responsabilité à raison des dommages causés aux personnes ou aux biens des étrangers¹⁶⁵.

52. À sa quatorzième session (1962), la Commission a constitué une sous-commission qu'elle a chargée d'établir un rapport préliminaire contenant des suggestions quant à la portée de l'étude future et à la manière d'aborder le sujet¹⁶⁶.

53. À sa quinzième session (1963), la Commission, après avoir approuvé à l'unanimité le rapport de la Sous-Commission, a nommé M. R. Ago rapporteur spécial pour le sujet.

54. De sa vingt et unième session (1969) à sa trente et unième session (1979), la Commission a reçu huit rapports du Rapporteur spécial¹⁶⁷.

55. Le plan d'ensemble adopté par la Commission à sa vingt-septième session (1975) pour le projet d'articles sur le sujet « responsabilité des États » envisageait l'économie du projet comme suit : 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 règlement des différends et de la mise en œuvre de la responsabilité internationale¹⁶⁸.

56. À sa trente-deuxième session, en 1980, la Commission a adopté provisoirement en première lecture la première partie du projet d'articles, intitulée « Origine de la responsabilité internationale »¹⁶⁹.

57. À sa trente et unième session (1979), la Commission a nommé M. W. Riphagen rapporteur spécial en remplacement de M. Ago, élu juge à la CIJ.

58. De sa trente-deuxième session (1980) à sa trente-huitième session (1986), la Commission a été saisie par le Rapporteur spécial de sept rapports¹⁷⁰, consacrés aux deuxième et troisième parties du projet d'articles¹⁷¹.

59. À sa trente-neuvième session (1987), la Commission a nommé M. G. Arangio-Ruiz rapporteur spécial pour succéder à M. Riphagen, dont le mandat de membre

¹⁶⁵ Pour l'historique détaillé de la question jusqu'en 1969, voir *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 238 et suiv., doc. A/7610/Rev.1.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Les huit rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit :

Premier rapport : *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 129, doc. A/CN.4/217 et Add.1, et *Annuaire... 1971*, vol. II (1^{re} partie), p. 203, doc. A/CN.4/217/Add.2;

Deuxième rapport : *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 189, doc. A/CN.4/233;

Troisième rapport : *Annuaire... 1971*, vol. II (1^{re} partie), p. 209, doc. A/CN.4/246 et Add.1 à 3;

Quatrième rapport : *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 77, doc. A/CN.4/264 et Add.1;

Cinquième rapport : *Annuaire... 1976*, vol. II (1^{re} partie), p. 3, doc. A/CN.4/291 et Add.1 et 2;

Sixième rapport : *Annuaire... 1977*, vol. II (1^{re} partie), p. 3, doc. A/CN.4/302 et Add.1 à 3;

Septième rapport : *Annuaire... 1978*, vol. II (1^{re} partie), p. 29, doc. A/CN.4/307 et Add.1 et 2;

Huitième rapport : *Annuaire... 1979*, vol. II (1^{re} partie), p. 3, doc. A/CN.4/318 et Add.1 à 4, et *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), p. 13, doc. A/CN.4/318/Add.5 à 7.

¹⁶⁸ *Annuaire... 1975*, vol. II, p. 60 à 64, doc. A/10010/Rev.1, par. 38 à 51.

¹⁶⁹ *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 29 à 60.

¹⁷⁰ Les sept rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit :

Rapport préliminaire : *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), p. 105, doc. A/CN.4/330;

Deuxième rapport : *Annuaire... 1981*, vol. II (1^{re} partie), p. 81, doc. A/CN.4/344;

Troisième rapport : *Annuaire... 1982*, vol. II (1^{re} partie), p. 25, doc. A/CN.4/354 et Add.1 et 2;

Quatrième rapport : *Annuaire... 1983*, vol. II (1^{re} partie), p. 3, doc. A/CN.4/366 et Add.1;

Cinquième rapport : *Annuaire... 1984*, vol. II (1^{re} partie), p. 1, doc. A/CN.4/380;

Sixième rapport : *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), p. 3, doc. A/CN.4/389;

Septième rapport : *Annuaire... 1986*, vol. II (1^{re} partie), p. 1, doc. A/CN.4/397 et Add.1.

¹⁷¹ À sa trente-troisième session (1983), la Commission a renvoyé les articles 1 à 6 de la deuxième partie au Comité de rédaction. À sa trente-septième session (1985), elle a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les articles 7 à 16 de la deuxième partie. À sa trente-huitième session (1986), elle a décidé de lui renvoyer les articles 1 à 5 de la troisième partie et son annexe.

de la Commission expirait le 31 décembre 1986. De sa quarantième session (1988) à sa quarante-huitième session (1996), la Commission a reçu huit rapports du Rapporteur spécial¹⁷².

60. Au terme de sa quarante-septième session, la Commission avait adopté à titre provisoire les articles 1 à 5 de la deuxième partie¹⁷³, 6 (Cessation du comportement illicite), 6 *bis* (Réparation), 7 (Restitution en nature), 8 (Indemnisation), 10 (Satisfaction), 10 *bis* (Garanties de non-répétition)¹⁷⁴, 11 (Contre-mesures d'un État lésé), 13 (Proportionnalité) et 14 (Contre-mesures interdites)¹⁷⁵. Elle avait en outre reçu du Comité de rédaction un texte pour l'article 12 (Conditions liées au recours à des contre-mesures) sur lequel elle avait différé sa décision. À sa quarante-septième session, elle a également adopté à titre provisoire les articles devant figurer dans la troisième partie, à savoir les articles 1^{er} (Négociation), 2 (Bons offices et médiation), 3 (Conciliation), 4 (Tâche de la commission de conciliation), 5 (Arbitrage), 6 (Mandat du tribunal arbitral) et 7 (Validité d'une sentence arbitrale), ainsi que les articles 1 (La commission de conciliation) et 2 (Le tribunal arbitral) de l'annexe à cette partie.

B. — Examen du sujet à la présente session

61. À la présente session, la Commission était saisie du huitième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/476 et Add.1). Ce rapport traitait des problèmes soulevés par le

¹⁷² Les huit rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit :

Rapport préliminaire : *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 6, doc. A/CN.4/416 et Add.1;

Deuxième rapport : *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie), p. 1, doc. A/CN.4/425 et Add.1;

Troisième rapport : *Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie), p. 1, doc. A/CN.4/440 et Add.1;

Quatrième rapport : *Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie), p. 1, doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3;

Cinquième rapport : *Annuaire... 1993*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/453 et Add.1 à 3;

Sixième rapport : *Annuaire... 1994*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/461 et Add.1 à 3;

Septième rapport : *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/469 et Add.1 et 2;

Huitième rapport : *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/476 et Add.1.

À sa quarante et unième session (1989), la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les articles 6 et 7 du chapitre II (Conséquences juridiques découlant d'un délit international) de la deuxième partie. À sa quarante-deuxième session (1990), elle a renvoyé au Comité les articles 8, 9 et 10 de la deuxième partie. À sa quarante-quatrième session (1992), elle lui a renvoyé les articles 11 à 14 et 5 *bis* de la deuxième partie. À sa quarante-cinquième session (1993), elle a renvoyé au Comité les articles 1 à 6 de la troisième partie et son annexe. À sa quarante-septième session (1995), la Commission a renvoyé au Comité les articles 15 à 20 de la deuxième partie, traitant des conséquences juridiques des faits internationaux illicites qualifiés de crimes aux termes de l'article 19 de la première partie, ainsi qu'un nouvel article 7 pour la troisième partie.

¹⁷³ Pour le texte des articles 1 (par. 1) à 5, voir *Annuaire... 1985*, vol. II (deuxième partie), p. 24 et 25.

¹⁷⁴ Pour le texte des articles 1 (par. 2), 6, 6 *bis*, 7, 8, 10 et 10 *bis*, ainsi que les commentaires correspondants, voir *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 55 et suiv.

¹⁷⁵ Pour le texte des articles 11, 13 et 14, voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 160, note 454. L'article 11 a été adopté par la Commission, étant entendu qu'il devrait éventuellement être réexaminé à la lumière du texte qui serait finalement adopté pour l'article 12 (*ibid.*, p. 160, par. 352).

régime applicable aux faits internationalement illicites qualifiés de « crimes » à l'article 19 de la première partie, ainsi que d'autres questions sur lesquelles il semblait utile au Rapporteur spécial d'attirer l'attention de la Commission. Celle-ci a examiné le huitième rapport à sa 2436^e séance, le 5 juin 1996.

62. À la même séance, M. Arangio-Ruiz a annoncé qu'il se démettait de sa charge de rapporteur spécial.

63. Le Comité de rédaction a achevé l'examen en première lecture des articles des deuxième et troisième parties du projet d'articles sur la responsabilité des États. La Commission a examiné le rapport du Comité à ses 2452^e et 2454^e à 2459^e séances, tenues entre les 3 et 12 juillet 1996¹⁷⁶.

64. À sa 2471^e séance, le 25 juillet 1996, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de soumettre aux gouvernements, par l'entremise du Secrétaire général, le projet d'articles figurant dans la section D du présent chapitre, en leur demandant de faire connaître leurs observations au Secrétaire général pour le 1^{er} janvier 1998 au plus tard.

C. — Hommage aux Rapporteurs spéciaux

65. À sa 2459^e séance, le 12 juillet 1996, la Commission, après avoir adopté en première lecture le texte du projet d'articles sur la responsabilité des États, a adopté par acclamation la résolution suivante :

La Commission du droit international,

Ayant adopté à titre provisoire le projet d'articles sur la responsabilité des États,

Tient à exprimer aux trois rapporteurs spéciaux, M. Roberto Ago, M. Willem Riphagen et M. Gaetano Arangio-Ruiz, sa profonde reconnaissance pour la remarquable contribution qu'ils ont apportée à l'analyse du sujet, grâce à leurs travaux érudits et à leur vaste expérience, permettant ainsi à la Commission de mener à bonne fin son examen en première lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États.

D. — Projet d'articles sur la responsabilité des États

1. TEXTE DU PROJET D'ARTICLES ADOPTÉ À TITRE PROVISOIRE PAR LA COMMISSION EN PREMIÈRE LECTURE

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

PREMIÈRE PARTIE

ORIGINE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX

*Article premier*¹⁷⁷. — *Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites*

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

¹⁷⁶ Pour le rapport du Comité de rédaction, voir doc. A/CN.4/L.524 et Corr.1.

¹⁷⁷ Pour les commentaires des articles 1 à 6, voir *Annuaire... 1973*, vol. II, doc. A/9010/Rev.1, p. 175 et suiv.

Article 2. — Possibilité que tout État soit considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite

Tout État est susceptible d'être considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité internationale.

Article 3. — Éléments du fait internationalement illicite de l'État

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

- a) un comportement consistant en une action ou en une omission est attribuable d'après le droit international à l'État; et
- b) ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.

Article 4. — Qualification d'un fait de l'État comme internationalement illicite

Le fait d'un État ne peut être qualifié d'internationalement illicite que d'après le droit international. Une telle qualification ne saurait être affectée par la qualification du même fait comme licite d'après le droit interne.

CHAPITRE II

LE « FAIT DE L'ÉTAT » SELON LE DROIT INTERNATIONAL

Article 5. — Attribution à l'État du comportement de ses organes

Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement de tout organe de l'État ayant ce statut d'après le droit interne de cet État, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité.

Article 6. — Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'État

Le comportement d'un organe de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international, que cet organe appartienne au pouvoir constituant, législatif, judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'État soit supérieure ou subordonnée.

Article 7¹⁷⁸. — Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique

1. Est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale de cet État, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité.

2. Est également considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'un organe d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'État ou d'une collectivité publique territoriale, mais qui est habilitée par le droit interne de cet État à exercer des prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité.

Article 8. — Attribution à l'État du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'État

Est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si :

- a) il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de cet État; ou

b) cette personne ou ce groupe de personnes se trouvait exercer en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives.

Article 9. — Attribution à l'État du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre État ou par une organisation internationale

Est de même considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'un organe qui a été mis à sa disposition par un autre État ou par une organisation internationale, pour autant que cet organe ait agi dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve.

Article 10¹⁷⁹. — Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité

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

Article 11. — Comportement de personnes n'agissant pas pour le compte de l'État

1. N'est pas considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'État.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à l'État de tout autre comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou groupes de personnes visés audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de l'État en vertu des articles 5 à 10.

Article 12. — Comportement d'organes d'un autre État

1. N'est pas considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement adopté sur son territoire ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction par un organe d'un autre État agissant en cette qualité.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à un État de tout autre comportement qui est en rapport avec celui envisagé audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu des articles 5 à 10.

Article 13. — Comportement d'organes d'une organisation internationale

N'est pas considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'un organe d'une organisation internationale agissant en cette qualité du seul fait que ledit comportement a été adopté sur le territoire de cet État ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction.

Article 14. — Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel

1. N'est pas considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet État ou sur tout autre territoire sous son administration.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à un État de tout autre comportement qui est en rapport avec celui de l'organe du mouvement insurrectionnel et qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu des articles 5 à 10.

¹⁷⁸ Pour le commentaire des articles 7 à 9, voir *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/9610/Rev.1, p. 288 et suiv.

¹⁷⁹ Pour le commentaire des articles 10 à 15, voir *Annuaire... 1975*, vol. II, doc. A/10010/Rev.1, p. 65 et suiv.

3. De même, le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution du comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel à ce mouvement dans tous les cas où une telle attribution peut se faire d'après le droit international.

Article 15. — Attribution à l'État du fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un État ou qui aboutit à la création d'un nouvel État

1. Le fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un État est considéré comme un fait de cet État. Toutefois, une telle attribution est sans préjudice de l'attribution à cet État d'un comportement qui aurait auparavant été considéré comme un fait de l'État en vertu des articles 5 à 10.

2. Le fait d'un mouvement insurrectionnel dont l'action aboutit à la création d'un nouvel État sur une partie du territoire d'un État préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel État.

CHAPITRE III

VIOLATION D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE

Article 16¹⁸⁰. — Existence d'une violation d'une obligation internationale

Il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par cette obligation.

Article 17. — Non-pertinence de l'origine de l'obligation internationale violée

1. Le fait d'un État qui constitue une violation d'une obligation internationale est un fait internationalement illicite quelle que soit l'origine, coutumière, conventionnelle ou autre, de cette obligation.

2. L'origine de l'obligation internationale violée par un État est sans effet sur la responsabilité internationale engagée par le fait internationalement illicite de cet État.

Article 18. — Condition que l'obligation internationale soit en vigueur à l'égard de l'État

1. Le fait de l'État qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale ne constitue une violation de cette obligation que si ce fait a été accompli à un moment où l'obligation était en vigueur à l'égard de cet État.

2. Toutefois, le fait de l'État qui, au moment où il a été accompli, n'était pas conforme à ce qui était requis de lui par une obligation internationale en vigueur à l'égard de cet État n'est plus considéré comme un fait internationalement illicite si, par la suite, un tel fait est devenu obligatoire en vertu d'une norme impérative du droit international général.

3. Si le fait de l'État qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale a un caractère de continuité, il n'y a violation de cette obligation qu'en regard de la période durant laquelle le fait se déroule pendant que l'obligation est en vigueur à l'égard de cet État.

4. Si le fait de l'État qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale est composé d'une série d'actions ou omissions relatives à des cas distincts, il y a violation de cette obligation si un tel fait peut être considéré comme constitué par les actions ou omissions accomplies pendant la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de cet État.

5. Si le fait de l'État qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale est un fait complexe constitué d'actions ou omissions du même organe ou d'organes différents de l'État par rapport à un même cas, il y a violation de cette obligation si le fait complexe non conforme à celle-ci commence par une action ou omission accomplie pendant la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de cet État, même si ce fait est complété après cette période.

Article 19. — Crimes et délits internationaux

1. Le fait d'un État qui constitue une violation d'une obligation internationale est un fait internationalement illicite quel que soit l'objet de l'obligation violée.

2. Le fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un État d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble constitue un crime international.

3. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 et d'après les règles du droit international en vigueur, un crime international peut notamment résulter :

a) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, comme celle interdisant l'agression;

b) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, comme celle interdisant l'établissement ou le maintien par la force d'une domination coloniale;

c) d'une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celles interdisant l'esclavage, le génocide, l'apartheid;

d) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain, comme celles interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers.

4. Tout fait internationalement illicite qui n'est pas un crime international conformément au paragraphe 2 constitue un délit international.

Article 20¹⁸¹. — Violation d'une obligation internationale requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé

Il y a violation par un État d'une obligation internationale le requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé lorsque le comportement de cet État n'est pas conforme à celui requis de lui par cette obligation.

Article 21. — Violation d'une obligation internationale requérant d'assurer un résultat déterminé

1. Il y a violation par un État d'une obligation internationale le requérant d'assurer, par un moyen de son choix, un résultat déterminé si, par le comportement adopté, l'État n'assure pas le résultat requis de lui par cette obligation.

2. Lorsqu'un comportement de l'État a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'État, il n'y a violation de l'obligation que si l'État manque aussi par son comportement ultérieur à assurer le résultat requis de lui par cette obligation.

¹⁸⁰ Pour le commentaire des articles 16 à 19, voir *Annuaire...* 1976, vol. II (2^e partie), p. 73 et suiv.

¹⁸¹ Pour le commentaire des articles 20 à 22, voir *Annuaire...* 1977, vol. II (2^e partie), p. 13 et suiv.

Article 22. — *Épuisement des recours internes*

Lorsqu'un comportement d'un État a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'État, il n'y a violation de l'obligation que si les particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles sans obtenir le traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent.

Article 23¹⁸². — *Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné*

Lorsque le résultat requis d'un État par une obligation internationale est de prévenir, par un moyen de son choix, la survenance d'un événement donné, il n'y a violation de cette obligation que si, par le comportement adopté, l'État n'assure pas ce résultat.

Article 24. — *Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'État ne s'étendant pas dans le temps*

La violation d'une obligation internationale par un fait de l'État ne s'étendant pas dans le temps se produit au moment où ce fait est accompli. La perpétration de cette violation ne s'étend pas au-delà dudit moment, même si les effets du fait de l'État se prolongent dans le temps.

Article 25. — *Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'État s'étendant dans le temps*

1. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'État ayant un caractère de continuité se produit au moment où ce fait commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle ce fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.

2. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'État composé d'une série d'actions ou omissions relatives à des cas distincts se produit au moment de la réalisation de celle des actions ou omissions de la série qui établit l'existence du fait composé. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière à partir de la première des actions ou omissions dont l'ensemble constitue le fait composé non conforme à l'obligation internationale et autant que ces actions ou omissions se répètent.

3. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'État complexe, constitué par une succession d'actions ou omissions émanant des mêmes ou de différents organes étatiques intervenant dans une même affaire, se produit au moment de la réalisation du dernier élément constitutif dudit fait complexe. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière allant du comportement qui a amorcé la violation à celui qui l'a parachevée.

Article 26. — *Moment et durée de la violation d'une obligation internationale de prévenir un événement donné*

La violation d'une obligation internationale requérant de l'État de prévenir un événement donné se produit au moment où l'événement commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle l'événement continue.

CHAPITRE IV

IMPLICATION D'UN ÉTAT DANS LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE D'UN AUTRE ÉTAT

Article 27. — *Aide ou assistance d'un État à un autre État pour la perpétration d'un fait internationalement illicite*

L'aide ou l'assistance d'un État à un autre État, s'il est établi qu'elle est prêtée pour la perpétration d'un fait internationalement illicite réalisée par ce dernier, constitue elle aussi un fait internationalement illicite, même si, prise isolément, cette aide ou assistance ne constituait pas la violation d'une obligation internationale.

Article 28¹⁸³. — *Responsabilité d'un État pour le fait internationalement illicite d'un autre État*

1. Le fait internationalement illicite commis par un État dans un domaine d'activité dans lequel cet État est soumis au pouvoir de direction ou de contrôle d'un autre État engage la responsabilité internationale de cet autre État.

2. Le fait internationalement illicite commis par un État en conséquence de la contrainte exercée par un autre État pour provoquer la perpétration de ce fait engage la responsabilité internationale de cet autre État.

3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu des autres dispositions des présents articles, de l'État ayant commis le fait internationalement illicite.

CHAPITRE V

CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICÉITÉ

Article 29. — *Consentement*

1. Le consentement valablement donné par un État à la commission par un autre État d'un fait déterminé non conforme à une obligation de ce dernier envers le premier État exclut l'illicéité de ce fait à l'égard dudit État pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'obligation découle d'une norme impérative du droit international général. Aux fins des présents articles, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

Article 30. — *Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite*

L'illicéité d'un fait d'un État non conforme à une obligation de ce dernier envers un autre État est exclue si ce fait constitue une mesure légitime d'après le droit international à l'encontre de cet autre État, à la suite d'un fait internationalement illicite de ce dernier État.

Article 31. — *Force majeure et cas fortuit*

1. L'illicéité d'un fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait a été dû à une force irrésistible ou à un événement extérieur imprévu, en dehors de son contrôle, qui a rendu matériellement impossible à l'État d'agir conformément à cette obligation ou de se rendre compte que son comportement n'était pas conforme à cette obligation.

¹⁸² Pour le commentaire des articles 23 à 27, voir *Annuaire...* 1978, vol. II (2^e partie), p. 91 et suiv.

¹⁸³ Pour le commentaire des articles 28 à 32, voir *Annuaire...* 1979, vol. II (2^e partie), p. 103 et suiv.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'État en question a contribué à la survenance de la situation d'impossibilité matérielle.

Article 32. — Détresse

1. L'illicéité d'un fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur du comportement qui constitue le fait de cet État n'avait pas d'autre moyen, dans une situation d'extrême détresse, de sauver sa vie ou celle de personnes confiées à sa garde.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'État en question a contribué à la survenance de la situation d'extrême détresse ou si le comportement en question était susceptible de créer un péril comparable ou supérieur.

Article 33¹⁸⁴. — État de nécessité

1. L'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un État comme une cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait de cet État non conforme à une de ses obligations internationales, à moins que :

a) ce fait n'ait constitué le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel dudit État contre un péril grave et imminent; et que

b) ce fait n'ait pas gravement porté atteinte à un intérêt essentiel de l'État à l'égard duquel l'obligation existait.

2. En tout état de cause, l'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un État comme une cause d'exclusion d'illicéité :

a) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'État n'est pas conforme découle d'une norme impérative du droit international général; ou

b) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'État n'est pas conforme est prévue par un traité qui, explicitement ou implicitement, exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité en ce qui concerne cette obligation; ou

c) si l'État en question a contribué à la survenance de l'état de nécessité.

Article 34. — Légitime défense

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

Article 35. — Réserve relative à l'indemnisation des dommages

L'exclusion de l'illicéité d'un fait d'un État en vertu des dispositions des articles 29, 31, 32 ou 33 ne préjuge pas des questions qui pourraient se poser à propos de l'indemnisation des dommages causés par ce fait.

DEUXIÈME PARTIE

CONTENU, FORMES ET DEGRÉS
DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 36¹⁸⁵. — Conséquences d'un fait internationalement illicite

1. La responsabilité internationale d'un État qui, conformément aux dispositions de la première partie, est engagée par un

¹⁸⁴ Pour le commentaire des articles 33 à 35, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 33 et suiv.

¹⁸⁵ Pour le commentaire du paragraphe 1 de l'article 36 (ancien article premier), voir *Annuaire... 1983*, vol. II (2^e partie), p. 44 et 45. Pour le commentaire du paragraphe 2, voir *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 57.

fait internationalement illicite commis par cet État entraîne des conséquences juridiques énoncées dans la présente partie.

2. Les conséquences juridiques visées au paragraphe 1 sont sans préjudice du maintien du devoir de l'État qui a commis le fait internationalement illicite d'exécuter l'obligation qu'il a violée.

Article 37¹⁸⁶. — Lex specialis

Les dispositions de la présente partie ne s'appliquent pas dans les cas où dans la mesure où les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État sont déterminées par d'autres règles de droit international qui se rapportent spécifiquement à ce fait.

Article 38. — Droit international coutumier

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

Article 39¹⁸⁷. — Relation avec la Charte des Nations Unies

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État énoncées dans les dispositions de la présente partie sont, s'il y a lieu, soumises aux dispositions et procédures de la Charte des Nations Unies relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Article 40¹⁸⁸. — Sens de l'expression « État lésé »

1. Aux fins des présents articles, l'expression « État lésé » s'entend de tout État qui est atteint dans un droit par le fait d'un

¹⁸⁶ Pour le commentaire des articles 37 et 38 (anciens articles 2 et 3), ainsi que 39 (ancien article 4 initialement adopté en tant qu'article 5), voir *Annuaire... 1983*, vol. II (2^e partie), p. 45 et 46.

¹⁸⁷ La Commission a reconnu que, dans la mesure où les articles finalement adoptés le seront sous la forme d'une convention, la relation de cette convention avec la Charte sera régie par l'Article 103 de cette dernière. Étant donné que les dispositions de la Charte prévalent, de nombreux membres de la Commission ont manifesté la crainte que les droits et obligations d'un État découlant de la convention — c'est-à-dire fondés sur le droit de la responsabilité des États — ne puissent être rendus inopérants par des décisions que prendrait le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la Charte, décisions que les États Membres, en vertu de l'Article 25 de celle-ci, sont tenus d'accepter et d'appliquer.

Par exemple, le Conseil de sécurité, agissant dans le but de maintenir ou de rétablir la paix et la sécurité internationales, aurait-il la faculté de déclarer irrecevable l'argument de nécessité invoqué par un État (art. 33), de dénier à un État le droit de prendre des contre-mesures (art. 47 et 48) ou d'imposer une obligation de recourir à l'arbitrage (art. 58) ?

Selon un point de vue, le Conseil de sécurité ne pourrait pas, en principe, priver un État de ses droits juridiquement établis ni lui imposer des obligations allant au-delà de celles qui découlent du droit international général et de la Charte elle-même. Exceptionnellement, il pourrait inviter un État à suspendre l'exercice de ses droits, en lui demandant par exemple, à titre de mesure provisoire conformément à l'Article 40 de la Charte, de suspendre l'application de contre-mesures. Ou bien le déni de droits juridiquement établis pourrait être plus permanent, à l'égard d'un État résolu à se comporter en agresseur. Mais, en règle générale, selon ce point de vue, le Conseil devrait agir en ayant pleinement égard aux droits des États.

Selon un autre point de vue, cette conception serait trop restrictive, trop « légaliste », et relèguerait au second plan l'intérêt prépondérant qu'a l'ensemble de la communauté des États à ce que la paix internationale soit préservée.

Les termes de l'article 39 ne tentent pas de régler ce point, ni dans un sens ni dans l'autre. La Commission accueillera avec intérêt toutes observations précises des États sur les points soulevés, de manière à pouvoir revenir sur ces questions importantes lors de l'examen du texte en deuxième lecture.

¹⁸⁸ Pour le commentaire de l'article (ancien article 5), voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 25 et suiv.

autre État, si ce fait constitue, conformément aux dispositions de la première partie, un fait internationalement illicite de cet État.

2. En particulier, l'expression « État lésé » désigne :

a) si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un traité bilatéral, l'autre État partie au traité;

b) si le droit auquel le fait d'un État 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 État ou les autres États qui sont parties au différend et bénéficiaires de ce droit;

c) si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'une décision obligatoire d'un organe international autre qu'une cour ou un tribunal international, l'État ou les États 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 État porte atteinte résulte d'une disposition conventionnelle en faveur d'un État tiers, cet État tiers;

e) si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un traité multilatéral ou d'une règle du droit international coutumier, tout autre État 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 État affecte nécessairement la jouissance des droits ou l'exécution des obligations des autres États 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 État porte atteinte résulte d'un traité multilatéral, tout autre État 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 États parties.

3. En outre, l'expression « État lésé » désigne, si le fait internationalement illicite constitue un crime international*, tous les autres États.

CHAPITRE II

DROITS DE L'ÉTAT LÉSÉ ET OBLIGATIONS DE L'ÉTAT AUTEUR DU FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE

Article 41¹⁸⁹. — Cessation du comportement illicite

Tout État dont le comportement constitue un fait internationalement illicite ayant un caractère de continuité est tenu de l'obligation de cesser ce comportement, sans préjudice de la responsabilité qu'il a déjà encourue.

Article 42¹⁹⁰. — Réparation

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite une réparation intégrale, sous une

* Le terme « crime » est employé ici par souci de cohérence avec l'article 19 de la première partie des articles. Toutefois, il a été noté que des formules comme « un fait internationalement illicite de nature grave » ou « un fait illicite d'une exceptionnelle gravité » pourraient être substituées au terme « crime », ce qui, notamment, éviterait l'implication pénale de ce terme

¹⁸⁹ Pour le commentaire de l'article (ancien article 6), voir *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 57 et suiv.

¹⁹⁰ Pour le commentaire des paragraphes 1, 2 et 4 (anciennement 3) de l'article 42 (ancien article 6 bis), *ibid.*, p. 61 et suiv. Pour le commentaire du paragraphe 3, voir sect. D.2 ci-après.

ou plusieurs des formes de réparation : restitution en nature, indemnisation, satisfaction et assurances et garanties de non-répétition.

2. Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la négligence ou de l'action ou omission délibérée :

a) de l'État lésé, ou

b) d'un ressortissant de l'État au nom duquel la demande est présentée, qui a contribué au dommage.

3. En aucun cas la réparation n'a pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance.

4. L'État qui a commis le fait internationalement illicite ne peut pas invoquer les dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement.

Article 43¹⁹¹. — Restitution en nature

L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite la restitution en nature, c'est-à-dire le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution en nature :

a) n'est pas matériellement impossible;

b) n'entraîne pas la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général;

c) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'État lésé gagnerait en obtenant la restitution en nature plutôt que l'indemnisation; ou

d) ne menace pas sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État qui a commis le fait internationalement illicite, alors que l'État lésé ne serait pas affecté dans la même mesure s'il n'obtenait pas la restitution en nature.

Article 44. — Indemnisation

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite une indemnisation pour le dommage causé par ce fait si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature.

2. Aux fins du présent article, l'indemnisation couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique subi par l'État lésé et peut comprendre des intérêts et, le cas échéant, le manque à gagner.

Article 45. — Satisfaction

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite satisfaction pour le dommage, notamment moral, causé par ce fait si, et dans la mesure où, cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale.

2. La satisfaction peut prendre une ou plusieurs des formes suivantes :

a) des excuses;

b) des dommages-intérêts symboliques;

c) en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte;

d) si le fait internationalement illicite résulte de fautes graves d'agents de l'État ou d'agissements criminels d'agents de l'État ou de personnes privées, une action disciplinaire à l'encontre des responsables ou leur châtement.

¹⁹¹ Pour le commentaire des articles 43, 44, 45 et 46 (respectivement anciens articles 7, 8, 10 et 10 bis), voir *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 64 et suiv.

3. Le droit de l'État lésé d'obtenir satisfaction ne l'autorise pas à formuler des exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

Article 46. — Assurances et garanties de non-répétition

L'État lésé est en droit, le cas échéant, d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite des assurances ou garanties de non-répétition dudit fait.

CHAPITRE III

CONTRE-MESURES

*Article 47*¹⁹². — *Contre-mesures d'un État lésé*

1. Aux fins des présents articles, on entend par contre-mesures le fait pour l'État lésé de ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers l'État auteur d'un fait internationalement illicite pour l'inciter à s'acquitter de ses obligations au titre des articles 41 à 46, aussi longtemps qu'il ne s'est pas acquitté de ces obligations et pour autant que cela soit nécessaire à la lumière de ses réponses aux demandes de l'État lésé afin qu'il s'en acquitte.

2. La prise de contre-mesures est soumise aux conditions et restrictions énoncées dans les articles 48 à 50.

3. Si une contre-mesure visant un État auteur d'un fait internationalement illicite entraîne la violation d'une obligation à l'égard d'un État tiers, cette violation ne peut être justifiée à l'encontre de l'État tiers au titre de ce chapitre.

Article 48. — Conditions du recours à des contre-mesures

1. Avant de prendre des contre-mesures, un État lésé s'acquitte de l'obligation de négocier prévue à l'article 54. Cette obligation est sans préjudice de l'adoption par cet État des mesures conservatoires qui sont nécessaires pour préserver ses droits et sont par ailleurs conformes aux conditions stipulées dans le présent chapitre.

2. Un État lésé qui prend des contre-mesures s'acquitte des obligations relatives au règlement des différends découlant de la troisième partie ou de toute autre procédure de règlement obligatoire des différends en vigueur entre l'État lésé et l'État auteur du fait internationalement illicite.

3. Sous réserve que le fait internationalement illicite ait cessé, l'État lésé doit suspendre les contre-mesures dans les cas et dans la mesure où la procédure de règlement des différends visée au paragraphe 2 est appliquée de bonne foi par l'État qui a commis ledit fait, et où le différend est soumis à un tribunal qui est habilité à émettre des injonctions obligatoires pour les parties.

4. L'obligation de suspendre les contre-mesures prend fin en cas de défaut de l'État auteur du fait internationalement illicite de se conformer à une demande ou à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend.

*Article 49*¹⁹³. — *Proportionnalité*

Les contre-mesures prises par un État lésé ne doivent pas être hors de proportion avec le degré de gravité du fait internationalement illicite ou ses effets sur l'État lésé.

Article 50. — Contre-mesures interdites

Un État lésé ne doit pas recourir, à titre de contre-mesure :

a) à la menace ou à l'emploi de la force, interdits par la Charte des Nations Unies;

¹⁹² Pour le commentaire des articles 47 et 48 (anciens articles 11 et 12), voir sect. D.2 ci-après.

¹⁹³ Pour le commentaire des articles 49 et 50 (anciens articles 13 et 14), voir *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), p. 67 et suiv.

b) à des mesures de contrainte économique ou politique extrêmes visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'État qui a commis le fait internationalement illicite;

c) à tout comportement qui porte atteinte à l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires;

d) à tout comportement qui déroge aux droits de l'homme fondamentaux; ou

e) à tout autre comportement contrevenant à une norme impérative du droit international général.

CHAPITRE IV

CRIMES INTERNATIONAUX

*Article 51*¹⁹⁴. — *Conséquences d'un crime international*

Un crime international fait naître toutes les conséquences juridiques découlant de tout autre fait internationalement illicite et, de surcroît, toutes les conséquences supplémentaires énoncées aux articles 52 et 53 ci-après.

Article 52. — Conséquences spécifiques

Lorsqu'un fait internationalement illicite commis par un État est un crime international :

a) le droit d'un État lésé d'obtenir la restitution en nature n'est pas soumis aux limitations énoncées aux alinéas c et d de l'article 43;

b) le droit d'un État lésé d'obtenir satisfaction n'est pas soumis à la restriction prévue au paragraphe 3 de l'article 45.

Article 53. — Obligations incombant à tous les États

Un crime international commis par un État fait naître pour chaque autre État l'obligation :

a) de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par le crime;

b) de ne pas prêter aide ou assistance à l'État qui a commis le crime pour maintenir la situation ainsi créée;

c) de coopérer avec les autres États pour exécuter les obligations énoncées aux alinéas a et b; et

d) de coopérer avec les autres États pour appliquer les mesures visant à éliminer les conséquences du crime.

TROISIÈME PARTIE

RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

*Article 54*¹⁹⁵. — *Négociation*

Si un différend concernant l'interprétation ou l'application des présents articles s'élève entre deux ou plusieurs États parties à ceux-ci, lesdits États parties s'efforcent, à la demande de l'un quelconque d'entre eux, de le régler à l'amiable par négociation.

Article 55. — Bons offices et médiation

Tout État partie aux présents articles qui n'est pas partie au différend pourra, à la demande de toute partie au différend, ou de

¹⁹⁴ Pour le commentaire des articles 51, 52 et 53, voir sect. D.2 ci-après.

¹⁹⁵ Pour le commentaire des articles 54 à 58 (anciens articles 1 à 5), voir *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), p. 78 et suiv.

sa propre initiative, proposer ses bons offices ou offrir sa médiation en vue de faciliter un règlement amiable du différend.

Article 56. — Conciliation

Si, trois mois après la première demande de négociations, le différend n'a pas été réglé par accord et qu'aucun mode de règlement obligatoire par tierce partie n'ait été institué, toute partie au différend peut le soumettre à la conciliation conformément à la procédure indiquée dans l'annexe I aux présents articles.

Article 57. — Tâche de la commission de conciliation

1. La commission de conciliation aura pour tâche d'élucider les questions en litige, de recueillir à cet effet toutes les informations nécessaires, par voie d'enquête ou autrement, et de s'efforcer d'amener les parties au différend à un règlement.

2. À cette fin, les parties adresseront à la commission un mémoire exposant leur position au sujet du différend ainsi que les faits sur lesquels cette position est fondée. En outre, elles fourniront à la commission tous éléments supplémentaires d'information ou de preuve qu'elle pourra demander et aideront la commission dans toute enquête indépendante qu'elle pourra souhaiter entreprendre, y compris sur le territoire de toute partie au différend, sauf lorsque des raisons exceptionnelles s'y opposeront. Dans ce cas, cette partie donnera à la commission une explication de ces raisons exceptionnelles.

3. La commission pourra, à sa discrétion, faire des propositions préliminaires à l'une quelconque des parties ou à toutes les parties, sans préjudice de ses recommandations ultérieures.

4. Les recommandations aux parties seront contenues dans un rapport qui sera présenté au plus tard trois mois à compter de la constitution officielle de la commission, et la commission pourra fixer le délai dans lequel les parties devront répondre à ces recommandations.

5. Si la réponse des parties aux recommandations de la commission ne conduit pas à un règlement du différend, la commission pourra leur présenter un rapport final contenant son appréciation du différend et ses recommandations en vue d'un règlement.

Article 58. — Arbitrage

1. Si la commission de conciliation prévue à l'article 56 n'a pas été saisie du différend ou si les parties n'ont pas réussi à régler leur différend à l'amiable dans les six mois suivant la présentation du rapport de la commission, les parties au différend peuvent, d'un commun accord, soumettre le différend à un tribunal arbitral qui sera constitué conformément aux dispositions de l'annexe II aux présents articles.

2. Toutefois, lorsque le différend s'élève entre des États parties aux présents articles dont l'un a pris des contre-mesures à l'encontre de l'autre, l'État à l'encontre duquel les contre-mesures sont prises a le droit de soumettre unilatéralement à tout moment le différend à un tribunal arbitral qui sera constitué conformément à l'annexe II aux présents articles.

Article 59¹⁹⁶. — Mandat du tribunal arbitral

1. Le tribunal arbitral, qui sera appelé à trancher avec effet obligatoire les points de fait ou de droit qui seront en litige entre les parties et qui seront pertinents en vertu de toute disposition des présents articles, sera régi par les règles énoncées ou visées dans l'annexe II aux présents articles et fera connaître sa décision aux parties dans un délai de six mois à compter de la date de clôture de la procédure orale et de la procédure écrite et du dépôt des conclusions des parties.

2. Le tribunal sera habilité à faire toute enquête qu'il jugera nécessaire pour établir les faits de la cause.

Article 60. — Validité d'une sentence arbitrale

1. Si la validité d'une sentence arbitrale est contestée par l'une ou l'autre partie au différend et si, dans les trois mois qui suivent la date de la contestation, les parties ne se sont pas mises d'accord sur un autre tribunal, la Cour internationale de Justice sera compétente, à la demande faite en temps voulu par toute partie, pour confirmer la validité de la sentence ou la déclarer nulle en totalité ou en partie.

2. Toute question en litige non résolue par l'annulation de la sentence peut, à la demande de toute partie, être soumise à un nouvel arbitrage devant un tribunal arbitral qui sera constitué conformément à l'annexe II aux présents articles.

ANNEXE I¹⁹⁷

LA COMMISSION DE CONCILIATION

1. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dresse et tient une liste de conciliateurs composée de juristes qualifiés. À cette fin, tout État Membre de l'Organisation des Nations Unies ou partie aux présents articles est invité à désigner deux conciliateurs, et les noms des personnes ainsi désignées composeront la liste. La désignation des conciliateurs, y compris ceux qui sont désignés pour remplir une vacance fortuite, est faite pour une période de cinq ans renouvelable. À l'expiration de la période pour laquelle ils auront été désignés, les conciliateurs continueront à exercer les fonctions pour lesquelles ils auront été choisis conformément au paragraphe 2.

2. Une partie à un différend peut soumettre celui-ci à la conciliation conformément à l'article 56 en adressant une demande au Secrétaire général, qui établit une commission de conciliation composée comme suit :

a) L'État ou les États constituant une des parties au différend nomment :

- i) un conciliateur de la nationalité de cet État ou de l'un de ces États, choisi ou non sur la liste visée au paragraphe 1; et
- ii) un conciliateur n'ayant pas la nationalité de cet État ou de l'un de ces États, choisi sur la liste.

b) L'État ou les États constituant l'autre partie au différend nomment deux conciliateurs de la même manière.

c) Les quatre conciliateurs choisis par les parties doivent être nommés dans les soixante jours suivant la date à laquelle le Secrétaire général reçoit la demande.

d) Dans les soixante jours qui suivent la dernière nomination, les quatre conciliateurs en nomment un cinquième, choisi sur la liste, qui sera président.

e) Si la nomination du président ou de l'un quelconque des autres conciliateurs n'intervient pas dans le délai prescrit ci-dessus pour cette nomination, elle sera faite par le Secrétaire général dans les soixante jours qui suivent l'expiration de ce délai parmi les personnes inscrites sur la liste. L'un quelconque des délais dans lesquels les nominations doivent être faites peut être prorogé par accord des parties.

f) Toute vacance doit être remplie de la façon spécifiée pour la nomination initiale.

3. Le fait pour une ou plusieurs parties de ne pas participer à la procédure de conciliation ne constitue pas un obstacle à la procédure.

4. En cas de contestation sur le point de savoir si une commission constituée en vertu de la présente annexe est compétente, cette commission décide.

¹⁹⁶ Pour le commentaire des articles 59 et 60 (anciens articles 6 et 7), *ibid.*, p. 82 et 83.

¹⁹⁷ Pour le commentaire des annexes I et II (anciens articles 1 et 2 de l'annexe), *ibid.*, p. 85 et suiv.

5. La commission arrête elle-même sa procédure. Les décisions de la commission sont adoptées à la majorité des voix de ses cinq membres.

6. Lorsque plus de deux parties font cause séparée ou ne peuvent s'entendre sur le point de savoir si elles doivent faire cause commune, les parties au différend appliquent le paragraphe 2 dans toute la mesure possible.

ANNEXE II

LE TRIBUNAL ARBITRAL

1. Le tribunal arbitral visé à l'article 58 et au paragraphe 2 de l'article 60 se composera de cinq membres. Les parties au différend en nommeront chacune un, qui pourra être choisi parmi leurs nationaux respectifs. Les trois autres arbitres, y compris le président, seront choisis d'un commun accord parmi les nationaux d'États tiers.

2. Si la nomination des membres du tribunal n'intervient pas dans un délai de trois mois à compter de la demande adressée par l'une des parties à l'autre de constituer un tribunal arbitral, les nominations nécessaires seront faites par le Président de la Cour internationale de Justice. Si celui-ci est empêché ou s'il est de la nationalité de l'une des parties, les nominations seront faites par le Vice-Président. Si celui-ci est empêché ou s'il est de la nationalité de l'une des parties, les nominations seront faites par le plus ancien membre de la Cour qui n'a la nationalité d'aucune des parties. Les membres ainsi nommés devront être de nationalités différentes et, sauf dans le cas de nominations faites parce que l'une ou l'autre des parties n'a pas nommé de membre, ne devront pas être de la nationalité ni se trouver au service d'une des parties, ni avoir leur résidence habituelle sur le territoire de l'une d'elles.

3. Il sera pourvu, dans le plus bref délai, à toute vacance qui viendrait à se produire par suite de décès ou de démission, ou pour toute autre raison, suivant le mode fixé pour les nominations initiales.

4. À la suite de la constitution du tribunal, les parties rédigeront un accord précisant l'objet du litige, si elles ne l'ont pas fait précédemment.

5. Si un accord n'a pas été conclu dans un délai de trois mois à compter de la constitution du tribunal, l'objet du différend sera déterminé par le tribunal sur la base de la requête dont il aura été saisi.

6. Le fait pour une ou plusieurs parties de ne pas participer à la procédure d'arbitrage ne constitue pas un obstacle à la procédure.

7. À moins que les parties au différend n'en conviennent autrement, le tribunal arbitral arrêtera lui-même sa procédure. Les décisions du tribunal sont adoptées à la majorité des voix de ses cinq membres.

2. TEXTE ET COMMENTAIRE DES ARTICLES 42 (PAR. 3), 47, 48 ET 51 À 53, ADOPTÉS À TITRE PROVISoire PAR LA COMMISSION À SA QUARANTE-HUITIÈME SESSION

66. Le texte des articles 42 (par. 3), 47, 48 et 51 à 53 et des commentaires y relatifs est reproduit ci-après.

Article 42. — Réparation

[...]

3. En aucun cas la réparation n'a pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance.

[...]

Commentaire

8 a)* Dans le contexte de certaines des formes spécifiques de réparation (en particulier la restitution en nature et la satisfaction), la question s'est posée de savoir s'il existe une limite à la notion de réparation intégrale. On a vu dans l'histoire un certain nombre de cas dans lesquels l'obligation de « réparer intégralement » était poussée si loin qu'elle mettait en danger tout le système social de l'État concerné, par exemple dans le contexte d'un traité de paix faisant suite à la défaite d'un État donné. Ce sont évidemment des cas extrêmes, mais dans tout l'éventail des hypothèses possibles de responsabilité, les cas extrêmes ne peuvent être exclus. En conséquence, le paragraphe 3 prévoit que la réparation ne doit pas avoir pour effet de priver la population d'un État de ses propres moyens de subsistance. Cela n'a bien entendu rien à voir avec l'obligation de cessation, y compris la restitution à l'État lésé, par exemple, du territoire illicitement annexé. Mais dans d'autres contextes — par exemple le versement d'une somme d'argent à titre d'indemnisation ou de satisfaction —, les montants demandés ou les modalités de paiement imposées ne doivent pas être tels qu'ils aboutissent à priver la population de ses propres moyens de subsistance. Le libellé du paragraphe 3 s'inspire du paragraphe 2 de l'article premier des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et reflète un principe juridique d'application générale.

8 b) Certains membres n'étaient pas d'avis d'inclure le paragraphe 3, estimant que cette disposition était inopportune et, en tout état de cause, ne devait pas s'appliquer dans les cas où le défaut de réparation intégrale motivé par de telles raisons causerait un tort analogue à la population de l'État lésé.

CHAPITRE III

CONTRE-MESURES

Commentaire général

1) Le chapitre III présente une série d'articles consacrés à l'aspect sans doute le plus difficile et le plus controversé de l'ensemble du régime de la responsabilité des États, celui des contre-mesures¹⁹⁸. Dans un système international décentralisé qui, pour la plupart des différends, est dépourvu de procédures obligatoires de règlement, les États recourent à des mesures unilatérales d'auto-assistance (dénommées « contre-mesures » dans les présents articles). Les contre-mesures prennent la forme de comportements, n'impliquant pas l'emploi de la force ou la menace du recours à celle-ci, qui — s'ils n'étaient justifiés face à la violation des droits de l'État lésé — seraient illicites à l'égard de l'État contre lequel

* Les paragraphes du commentaire de l'article 42 (ancien article 6 bis) [par. 3] sont censés être insérés après le paragraphe 8 du commentaire de l'article qui avait été adopté par la Commission à sa quarante-cinquième session (voir *supra* note 190), et le paragraphe 16 du commentaire de l'article 6 bis est censé être supprimé.

¹⁹⁸ Voir l'analyse des débats de 1992 sur les contre-mesures à la CDI et à la Sixième Commission dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 172), par. 32 à 38.

ils sont dirigés¹⁹⁹. Cette illicéité, quand il s'agit d'actes constituant des contre-mesures, est écartée aux termes de l'article 30 (Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite). Les contre-mesures peuvent être nécessaires pour amener l'État fautif à s'acquitter de ses obligations juridiques. Cependant, il ne faut pas y voir un moyen de droit pleinement satisfaisant, d'une part parce que, sur le plan des principes, chaque État se considère comme étant, en l'absence de règlement négocié ou de règlement par tierce partie, juge de ses propres droits et, d'autre part, à cause de l'aptitude inégale des États à prendre des contre-mesures ou à y répondre. Bref, le système est rudimentaire. La reconnaissance, dans les présents articles, de la possibilité de prendre des contre-mesures — pour justifiée que puisse être pareille reconnaissance à la lumière d'une pratique bien établie — devrait donc être soumise à des conditions et restrictions limitant l'adoption de contre-mesures aux cas où celles-ci s'imposent pour répondre à un fait internationalement illicite.

2) Quelles que soient les conditions et les restrictions auxquelles elles peuvent être soumises, les contre-mesures impliquent une évaluation unilatérale du droit de l'État lésé et de sa violation, d'une part, et, de l'autre, de la licéité de la réaction, cette dernière pouvant à son tour provoquer une nouvelle réaction unilatérale de la part de l'État qui a commis le fait internationalement illicite. En fait, les aspects négatifs potentiels des contre-mesures sont tels que certains membres de la Commission se sont demandé s'il était souhaitable d'instituer, dans le cadre de la responsabilité des États, un quelconque régime juridique des contre-mesures, appelant l'attention, en particulier, sur les résultats injustes auxquels elles peuvent aboutir lorsqu'elles s'appliquent entre des États de force ou de moyens inégaux. Deux considérations plaident cependant en faveur de l'inclusion des contre-mesures. Premièrement, il existe suffisamment d'éléments démontrant que la pratique des contre-mesures est admise par le droit international coutumier en tant que moyen de réagir à un comportement illicite. La Commission avait d'ailleurs déjà abordé la question des contre-mesures dans le contexte de la première partie. Deuxièmement, on ne doit pas sous-estimer l'importance qu'il y a à circonscrire la faculté d'un État lésé de recourir à des contre-mesures, c'est-à-dire à définir les conditions dans lesquelles des contre-mesures constituent une réaction licite à un comportement illicite. D'où la nécessité et l'utilité d'inclure dans les présents articles des dispositions sur les contre-mesures.

Article 47. — Contre-mesures d'un État lésé

1. Aux fins des présents articles, on entend par contre-mesures le fait pour l'État lésé de ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers l'État auteur d'un fait internationalement illicite pour l'inciter à s'acquitter de ses obligations au titre des articles 41 à 46, aussi longtemps qu'il ne s'est pas

¹⁹⁹ Les contre-mesures sont à distinguer des actes qui, même s'ils peuvent être considérés comme « inamicaux », ne seraient pas à proprement parler illicites, comme la rupture des relations diplomatiques. Les présents articles ne traitent pas de tels actes de rétorsion.

acquitté de ces obligations et pour autant que cela soit nécessaire à la lumière de ses réponses aux demandes de l'État lésé afin qu'il s'en acquitte.

2. La prise de contre-mesures est soumise aux conditions et restrictions énoncées dans les articles 48 à 50.

3. Si une contre-mesure visant un État auteur d'un fait internationalement illicite entraîne la violation d'une obligation à l'égard d'un État tiers, cette violation ne peut être justifiée à l'encontre de l'État tiers au titre de ce chapitre.

Commentaire

1) L'idée de base de la notion de contre-mesures est que l'État lésé est en droit de ne pas respecter une ou plusieurs de ses obligations envers l'État auteur du fait illicite²⁰⁰. La condition préalable essentielle de toute contre-mesure licite est l'existence d'un fait internationalement illicite portant atteinte à un droit de l'État qui prend la contre-mesure²⁰¹. Cela ne suppose pas nécessairement qu'une tierce partie ait constaté par une décision faisant autorité l'existence d'un tel fait, mais il n'en demeure pas moins qu'une simple conviction de bonne foi de la part de l'État lésé, qui se révélerait par la suite infondée, ne suffit pas pour justifier l'adoption de contre-mesures. Ainsi, un État prétendument lésé qui recourt à des contre-mesures sur la base de son appréciation unilatérale de la situation agit à ses risques et périls; en cas d'erreur de jugement, il pourra voir sa propre responsabilité engagée pour fait illicite. Même si une telle conviction ou erreur de bonne foi de la part de cet État peut présenter une certaine pertinence pour l'évaluation du degré de sa responsabilité, elle n'exclura pas l'illicéité des mesures prises.

2) Toute décision d'un État lésé de recourir à des contre-mesures est circonscrite par les fonctions ou les buts qui peuvent être légitimement assignés à de telles mesures²⁰². L'examen de la pratique des États montre

²⁰⁰ M. Riphagen, en sa qualité de rapporteur spécial, avait plaidé pour qu'une distinction soit faite entre les contre-mesures de réciprocité et les autres mesures; voir son sixième rapport (*supra* note 170), p. 11, article 8, et le commentaire y relatif. Les contre-mesures réciproques sont des contre-mesures qui se rapportent à la même obligation ou au même type de comportement que celui qui est en cause dans le fait illicite initial. Cette catégorie n'a pas été retenue dans le projet d'articles. Le critère essentiel devrait être la nécessité et la proportionnalité de la contre-mesure particulière prise, dans les circonstances dont il s'agit, pour obtenir la cessation du fait illicite et la réparation. Exiger, en plus, que les contre-mesures soient réciproques aura un effet d'inégalité si, comme cela sera souvent le cas, l'État lésé n'est pas en situation de prendre des mesures du même ordre que celles dont il a fait l'objet.

²⁰¹ Si la plupart des auteurs estiment que la légitimité du recours à des contre-mesures présuppose un fait internationalement illicite, de caractère instantané ou continu, certains semblent penser que de telles mesures pourraient se justifier même lorsque l'État qui les applique a simplement la conviction, de bonne foi, d'être ou d'avoir été lésé par un fait internationalement illicite. Pour un examen détaillé de la doctrine, voir le troisième rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 172), p. 15, par. 37 et suiv.

²⁰² Le quatrième rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 172) traite de la pratique des États en la matière. Pour un examen détaillé de la doctrine concernant les fonctions des contre-mesures et le but auquel elles doivent tendre, voir son troisième rapport (*ibid.*), p. 15, par. 39 et suiv.

qu'en recourant à des contre-mesures, l'État lésé peut rechercher la cessation du comportement illicite, ainsi qu'une réparation au sens large. En revanche, l'État lésé ne peut assigner aux contre-mesures des fonctions dépassant l'objectif de cessation et de réparation. Toute mesure, à laquelle recourt un État lésé, qui irait au-delà de ces fonctions légitimes ou viserait d'autres buts constituerait un fait illicite. En particulier, un État lésé ne peut pas prendre de mesures pour infliger un châtement à l'auteur présumé de l'infraction.

3) Les mots « ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers l'État auteur d'un fait internationalement illicite », employés au *paragraphe 1* de l'article 47, expriment ce qui constitue l'essence du droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures. Ils ont été jugés préférables à l'expression « suspendre l'exécution de », qui pourrait restreindre la portée de l'application des contre-mesures aux obligations de caractère permanent et exclure les obligations exigeant l'obtention d'un résultat précis.

4) Outre qu'il définit l'élément essentiel de la notion de contre-mesures, l'article 47 délimite à trois égards le droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures. Premièrement, il faut que l'État auteur du fait illicite n'ait pas respecté ses obligations au titre des articles 41 à 46. La phrase est structurée de telle façon que cette condition essentielle de la licéité du recours aux contre-mesures figure au début même de l'article. Deuxièmement, le *paragraphe 2* de l'article soumet le droit reconnu à l'État lésé de prendre des contre-mesures aux conditions et restrictions énoncées dans les articles 48 (Conditions du recours à des contre-mesures), 49 (Proportionnalité) et 50 (Contre-mesures interdites). Ces dispositions établissent un certain nombre de garde-fous destinés à prévenir les abus. Troisièmement, et c'est peut-être l'aspect le plus important, le texte exige que le recours à des contre-mesures soit nécessaire pour inciter l'État ayant commis le fait illicite à s'acquitter de ses obligations au titre des articles 41 à 46. Ce libellé est destiné à limiter les fonctions ou buts qu'il est permis d'assigner à des contre-mesures et laisse clairement entendre qu'il peut y avoir des cas où il n'est pas nécessaire de recourir ou de continuer à recourir à des contre-mesures. Plus précisément, l'expression « pour autant que cela soit nécessaire » a un double rôle. Elle fait clairement ressortir que des contre-mesures ne peuvent être adoptées qu'en dernier recours, quand les moyens autres que l'inexécution par l'État lésé de ses propres obligations en vue d'inciter l'État auteur du fait illicite à s'acquitter de ses obligations ont échoué, ou échoueraient manifestement. Elle montre, d'autre part, que la décision de l'État lésé de recourir à des contre-mesures doit être une décision raisonnable prise de bonne foi et que, ce faisant, l'État agit à ses risques et périls.

5) La « nécessité », pour l'État lésé, de recourir à des contre-mesures doit être évaluée, en premier lieu par l'État lésé lui-même mais aussi par l'État qui a commis le fait internationalement illicite et par toute tierce partie en cause (voir aussi le *paragraphe 2* de l'article 58 [Arbitrage]), « à la lumière [des] réponses [de l'État auteur du fait internationalement illicite] aux demandes de l'État lésé ». Ces mots ont pour objet de souligner l'opportunité d'un dialogue entre l'État lésé et l'État auteur du

fait illicite et de créer autant que possible l'occasion d'un tel dialogue. Ils servent un double but en encourageant le premier État à tenir dûment compte, pour apprécier la nécessité de contre-mesures, de la réponse du second. Il est raisonnable d'attendre de l'État lésé qu'il prenne en compte, pour décider de sa réaction, de la réponse qu'aura donnée l'État auteur du fait illicite à ses demandes de cessation et de réparation. La situation créée par le fait illicite appelle des réactions différentes selon que l'État présumé fautif oppose aux demandes de l'État lésé une fin de non-recevoir, nie de façon tranchante toute responsabilité ou, au contraire, offre de fournir en temps utile une réparation satisfaisante ou de soumettre l'affaire au règlement obligatoire d'une tierce partie, ou même explique, à la satisfaction de l'État lésé, qu'il n'a été commis aucun fait internationalement illicite qui puisse lui être attribué.

6) Le fait d'exiger de l'État lésé qu'il tienne compte du caractère plus ou moins « satisfaisant »²⁰³ de la réponse de l'État auteur du fait illicite à ses demandes a pour but d'assurer l'équilibre voulu entre la position du premier État et celle du second. Il s'agit d'éviter de laisser à l'État lésé une trop grande latitude — au détriment éventuel de l'État ayant commis le fait illicite — pour recourir à des contre-mesures. Les contre-mesures ne sont légitimes que si elles sont « nécessaires » eu égard aux circonstances. Sinon, s'agissant de faire cesser le comportement illicite, l'État lésé pourrait recourir à des contre-mesures sans laisser à l'État présumé fautif aucune possibilité d'expliquer, par exemple, qu'il n'y a pas eu de fait illicite ou que le fait illicite ne lui est pas attribuable. En engageant le dialogue et en évaluant la réponse de l'État présumé fautif avant de prendre des contre-mesures, l'État lésé pourra éviter de commettre lui-même un fait internationalement illicite en prenant de telles mesures sur la base d'informations incomplètes ou inexacts. Quant à la réparation, l'État auteur du fait illicite risquerait autrement de continuer à être la cible de contre-mesures même après qu'il aurait admis sa responsabilité ou alors même qu'il s'emploierait à donner réparation et satisfaction. La nécessité des contre-mesures décroît à mesure qu'elles atteignent leurs buts légitimes, étant inversement proportionnelle à la réalisation de ces buts. Ainsi, il appartient à l'État lésé d'évaluer à quel point les contre-mesures demeurent nécessaires eu égard à la réponse faite à ses demandes par l'État auteur du comportement illicite.

7) Le *paragraphe 3* de l'article 47 reconnaît que les contre-mesures prises par l'État lésé contre l'État auteur du fait illicite ne doivent pas porter atteinte aux droits d'États qui sont étrangers à la relation de responsabilité existant entre le premier État et le second. La Commission a jugé préférable de traiter de cette question dans le présent article plutôt qu'à l'article 50 (Contre-mesures interdites), pour ne pas paraître dénier toute légitimité à des contre-mesures qui porteraient atteinte de façon incidente à des États tiers : il a été considéré que cette dernière approche serait trop radicale, dans un monde interdépendant où les États sont de plus en plus souvent liés

²⁰³ La notion de « réponse satisfaisante » est étudiée par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport (*supra* note 172), p. 12 et 13, par. 17 à 23, et son sixième rapport (*ibid.*), par. 69.

par des obligations multilatérales. Compte tenu de ces considérations, la Commission a choisi de s'en remettre, pour assurer la protection des États tiers, à l'une des caractéristiques essentielles des contre-mesures, qui est que l'illicéité du comportement auquel il est recouru à titre de contre-mesure est écartée uniquement entre l'État lésé et l'État auteur du fait illicite. Comme l'a souligné la Commission au paragraphe 18 du commentaire de l'article 30 (Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite) de la première partie, « l'exercice légitime d'une mesure de sanction à l'égard d'un État déterminé ne peut en aucun cas constituer comme tel une circonstance excluant l'illicéité d'une atteinte portée à un droit subjectif international d'un État tiers à l'égard duquel aucune mesure de sanction ne se justifiait »²⁰⁴.

8) En conséquence, le paragraphe 3 de l'article 47 dispose que si une contre-mesure entraîne la violation d'une obligation envers un État tiers, l'illicéité de cette violation ne se trouve pas exclue au motif que la violation est admissible à l'égard de l'État ayant, à l'origine, commis un fait illicite. Le paragraphe 2 servira à avertir l'État lésé que toute mesure violant les droits d'un État tiers constituera un fait illicite à l'égard de cet État tiers, avertissement particulièrement utile dans les cas où l'État lésé pourrait être amené à contrevenir à des règles établissant des obligations *erga omnes*. Il encouragera aussi l'État lésé à prendre des mesures de précaution, telles que celles qui consistent à consulter les États tiers intéressés, à mettre en balance les conséquences de plusieurs options et à s'assurer qu'il n'y a pas d'autre solution possible.

Article 48. — Conditions du recours à des contre-mesures

1. Avant de prendre des contre-mesures, un État lésé s'acquitte de l'obligation de négocier prévue à l'article 54. Cette obligation est sans préjudice de l'adoption par cet État des mesures conservatoires qui sont nécessaires pour préserver ses droits et sont par ailleurs conformes aux conditions stipulées dans le présent chapitre.

2. Un État lésé qui prend des contre-mesures s'acquitte des obligations relatives au règlement des différends découlant de la troisième partie ou de toute autre procédure de règlement obligatoire des différends en vigueur entre l'État lésé et l'État auteur du fait internationalement illicite.

3. Sous réserve que le fait internationalement illicite ait cessé, l'État lésé doit suspendre les contre-mesures dans les cas et dans la mesure où la procédure de règlement des différends visée au paragraphe 2 est appliquée de bonne foi par l'État qui a commis ledit fait, et où le différend est soumis à un tribunal qui est habilité à émettre des injonctions obligatoires pour les parties.

4. L'obligation de suspendre les contre-mesures prend fin en cas de défaut de l'État auteur du fait internationalement illicite de se conformer à une de-

mande ou à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend.

Commentaire

1) Le droit de prendre des contre-mesures, tel qu'il est défini à l'article 47 (Contre-mesures d'un État lésé), est soumis à certaines conditions, restrictions et exclusions, qui sont énoncées dans les trois articles qui suivent. Plus précisément, certaines conditions relatives au règlement du différend doivent être satisfaites lorsque des contre-mesures licites sont prises : elles font l'objet de l'article 48. En outre, les contre-mesures doivent toujours être proportionnées; cette prescription fondamentale est énoncée à l'article 49 (Proportionnalité). Enfin, certains types de comportement sont totalement exclus du domaine des contre-mesures par l'article 50 (Contre-mesures interdites).

2) De ces trois articles, celui qui a été le plus controversé et débattu est l'article 48, qui a trait à l'obligation de règlement pacifique du différend²⁰⁵. Si la Commission, dans son ensemble, est convenue que la négociation et toutes les autres procédures de règlement pacifique des différends qui s'offraient devaient être utilisées, un désaccord est apparu sur la question de savoir s'il fallait en faire un préalable à l'adoption de contre-mesures. La difficulté, en l'occurrence, est double. Premièrement, les négociations et autres formes de règlement des différends prennent parfois beaucoup de temps, et un État désireux de se soustraire aux conséquences de son fait illicite pourrait les faire traîner en longueur presque indéfiniment. Deuxièmement, certaines formes de contre-mesures (y compris quelques-unes qui sont parmi les plus facilement réversibles, comme le gel d'avoirs) ne sont efficaces que si elles sont prises rapidement. Pour ces raisons, on a estimé qu'exiger, comme condition préalable à l'adoption de contre-mesures, que toutes les procédures disponibles en application de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies aient été épuisées désavantagerait l'État lésé. Plutôt que de poser cette condition préalable de l'épuisement de toutes les procédures disponibles, l'article 48 cherche surtout à faire en sorte que l'État qui est l'objet de contre-mesures ait à sa disposition une procédure appropriée et efficace pour le règlement du différend. En outre, il permet à cet État de demander une suspension des contre-mesures s'il coopère de bonne foi à une procédure obligatoire de règlement des différends par tierce partie, alors même qu'il continuerait de contester que le fait qui lui est reproché ait été illicite. Mais il exige d'autre part que l'État lésé, avant de prendre des contre-mesures, s'efforce de résoudre le problème par la négociation. Cette prescription est toutefois sans préjudice de la prise des mesures conservatoires ou provisoires d'urgence qui seraient nécessaires pour protéger ses droits. Certains membres de la Commission ont été d'avis que l'obligation mise à la charge de l'État lésé, au paragraphe 1 du présent article, de négocier avant de prendre des contre-mesures ne

²⁰⁴ *Annuaire... 1979*, vol. II (2^e partie), p. 134.

²⁰⁵ Pour un examen complet de la pratique des États et de la doctrine en ce qui concerne l'obligation de recourir à d'autres modes de règlement, voir le quatrième rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 172), p. 14 à 19.

s'applique pas dans le cas de crimes internationaux, particulièrement en cas de génocide.

3) Cet élément essentiel et central des articles relatifs aux contre-mesures, à savoir l'obligation de s'efforcer de régler le différend, est mis en œuvre progressivement, à partir d'une distinction entre les mesures prises initialement en réponse au fait illicite à titre de « mesures conservatoires », et les autres contre-mesures. Dès qu'il a connaissance d'un fait prétendument illicite, l'État lésé peut juger nécessaire de prendre des mesures pour préserver ses droits. D'un autre côté, la Commission a finalement conclu qu'il ne fallait pas que tout l'arsenal des contre-mesures soit utilisé sans que l'on ait d'abord tenté de régler le différend par la négociation. Le *paragraphe 1* réalise un équilibre entre ces considérations de la manière suivante. D'une part, l'État lésé a l'obligation, en application de l'article 54 (Négociation), de s'efforcer de régler le différend par des négociations avec l'autre État concerné, à sa demande. D'autre part, et nonobstant cette obligation, il est immédiatement en droit de prendre les mesures conservatoires, satisfaisant par ailleurs aux prescriptions du présent chapitre, qui sont nécessaires pour préserver sa position juridique en attendant le résultat des négociations prévues à l'article 54.

4) L'expression « mesures conservatoires » s'inspire de procédures de juridictions internationales qui sont ou peuvent être habilitées à émettre des injonctions avant dire droit ou à indiquer des mesures devant être prises pour préserver les droits respectifs des parties au différend. Dans le présent contexte, cependant, la différence est qu'au moment pertinent — lorsque survient le fait illicite —, il se peut qu'il n'y ait pas de juridiction compétente pour connaître du différend. En outre, certaines mesures doivent être prises immédiatement, faute de quoi elles risquent d'être impossibles à prendre — par exemple le gel d'avoirs (lesquels peuvent être sortis du territoire très rapidement). Un trait distinctif de telles mesures conservatoires au sens du présent paragraphe est que ces mesures se révéleront vraisemblablement réversibles si le différend vient à être réglé : on peut ainsi comparer la saisie provisoire de biens et leur confiscation, ou la suspension d'une autorisation et sa révocation.

5) L'obligation de négocier pendant cette première phase n'est pas assortie, pour son exécution, d'un délai défini. Ce qui constitue une durée raisonnable des négociations dépend de l'ensemble des circonstances, y compris l'attitude de l'État auteur, l'urgence des questions en jeu, la probabilité que le dommage augmente si le litige n'est pas réglé rapidement, etc. Étant donné la diversité des situations, il n'est pas possible, dans la pratique, de fixer un délai défini.

6) S'il apparaît clairement que les négociations n'ont guère de chances d'aboutir, l'État lésé a la faculté de prendre des contre-mesures allant au-delà de mesures conservatoires au sens indiqué ci-dessus, mais satisfaisant néanmoins aux diverses prescriptions du chapitre III. Le *paragraphe 2* de l'article 48 indique clairement, en particulier, que les mécanismes existants de règlement des différends par tierce partie restent en vigueur nonobstant l'existence d'un différend ayant donné lieu à des contre-mesures, et que l'État lésé lui-même

doit continuer de s'acquitter de ses obligations en matière de règlement des différends. Ainsi, un État n'a pas le droit, par le biais de contre-mesures, de suspendre l'exécution de ses obligations de règlement des différends ou de ne pas s'en acquitter. Ces obligations ont un caractère juridique et un objet pratique bien distincts, et doivent demeurer en vigueur alors même que les relations entre les États concernés s'aggravaient²⁰⁶.

7) Outre qu'il préserve « toute autre procédure de règlement obligatoire des différends en vigueur » entre les États concernés (découlant par exemple de leur acceptation mutuelle, en ce qui concerne le différend, de la clause facultative de juridiction obligatoire du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la CIJ, ou d'une clause d'arbitrage figurant dans un traité bilatéral), le paragraphe 2 de l'article 48 vise aussi les obligations relatives au règlement des différends découlant de la troisième partie des présents articles. La référence à la troisième partie revêt une importance particulière s'agissant de différends qui naissent dans le contexte de contre-mesures, puisque, en application du paragraphe 2 de l'article 58 (Arbitrage), lorsqu'un différend « s'élève entre des États parties aux présents articles dont l'un a pris des contre-mesures à l'encontre de l'autre », l'État accusé du fait illicite — c'est-à-dire l'État qui fait l'objet des contre-mesures — peut à tout moment soumettre unilatéralement le différend à un tribunal arbitral qui sera constitué conformément à l'annexe II. Ainsi, lorsqu'un État prend des contre-mesures en vertu de l'article 48, il donne en fait à l'État qu'il accuse d'un fait illicite la possibilité de régler le différend dans le cadre d'une procédure obligatoire d'arbitrage par tierce partie. Et il en est ainsi même si aucune autre obligation de règlement obligatoire par tierce partie n'est en vigueur entre les deux États.

8) À cet égard, au *paragraphe 3* de l'article 48, il est question d'« un tribunal qui est habilité à émettre des injonctions obligatoires pour les parties ». Il s'agit en l'occurrence d'injonctions obligeant les parties quant au fond. Mais le tribunal doit aussi avoir le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires.

9) Dans la pratique, les deux questions de la licéité de la conduite initiale et de la licéité des contre-mesures ont toutes chances d'être liées. Par ailleurs, le fait que l'État partie ayant pris les contre-mesures s'abstienne de qualifier sa conduite de « contre-mesure » ne suffirait pas à exclure la compétence du tribunal. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 58, un tribunal arbitral est compétent pour connaître de tout différend qui s'élève « entre des États parties aux présents articles dont l'un a pris des contre-mesures à l'encontre de l'autre ». Le point de savoir si telle ou telle mesure est en fait une contre-mesure est une question objective : comme expliqué au paragraphe 3 du commentaire de l'article 47 (Contre-mesures d'un État lésé), il ne suffit pas que l'État qui se prétend lésé pense subjectivement qu'il prend (ou, tout aussi bien, qu'il ne prend pas) une contre-mesure. C'est pourquoi ce point constituerait, pour le tribunal arbitral, en vertu du paragraphe 2 de l'article 58, une question préliminaire de compétence, question que, en vertu du prin-

²⁰⁶ Voir l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 28.

cipe général, il appartiendrait au tribunal lui-même de trancher²⁰⁷.

10) Le recours au règlement obligatoire par tierce partie dans les différends mettant en cause des contre-mesures a plusieurs effets. D'abord, et c'est là le point le plus important, il fournit une procédure pour le règlement du différend, même dans les cas où aucune procédure de règlement n'est autrement prévue. Mais aussi, en application du paragraphe 3 de l'article 48, le droit de l'État lésé de continuer de prendre des contre-mesures est suspendu pendant le temps où la procédure de règlement du différend est en cours. Les seules conditions préalables mises à la suspension sont, premièrement, que le fait internationalement illicite ait cessé (c'est-à-dire que l'État lésé ne subisse pas un préjudice continu découlant d'un fait illicite continu) et, deuxièmement, que l'État auteur du fait illicite applique de bonne foi la procédure de règlement du différend. Le recours à une procédure de règlement des différends a cet effet suspensif si le différend est soumis « à un tribunal qui est habilité à émettre des injonctions obligatoires pour les parties »; tel est le cas, par exemple, de la CIJ, ainsi que du tribunal arbitral prévu à l'article 58 des présents articles.

11) En résumé, si les conditions fondamentales du recours à des contre-mesures énoncées à l'article 47 sont réunies et si les négociations initiales n'ont pas abouti, l'État lésé peut prendre des contre-mesures sans recourir au préalable à des procédures de règlement des différends par tierce partie. Mais s'il prend des contre-mesures, l'État contre lequel elles sont prises peut recourir à l'arbitrage obligatoire en vertu du paragraphe 2 de l'article 58, ou à une autre procédure de règlement obligatoire du différend par tierce partie. Si l'État accusé du fait illicite recourt à une telle procédure et l'applique de bonne foi, et à condition que le fait illicite lui-même ait cessé, les contre-mesures doivent être suspendues.

12) Une autre disposition a toutefois été ajoutée pour affiner le système procédural établi par l'article 48. Bien que l'État lésé soit tenu de suspendre les contre-mesures pendant que le différend est soumis de bonne foi à une procédure de règlement obligatoire par tierce partie, la question de l'adoption de mesures conservatoires peut se poser, et l'État lésé ne doit pas être laissé sans recours si l'État auteur ne se conforme pas aux injonctions ou indications relatives à de telles mesures qui seraient émises par la juridiction saisie. C'est pourquoi le *paragraphe 4* de l'article 48 dispose que le fait, pour l'État auteur, de ne pas se conformer à une demande ou à une injonction de la juridiction concernée met fin à la suspension du droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures. Il en serait ainsi même si la demande ou l'injonction en question n'était pas, techniquement, contraignante. Toutefois, le fait, pour l'État auteur, de ne pas se conformer à une indication de mesures conservatoires ou provisoires, s'il peut exposer cet État à la reprise des contre-mesures, n'a pas d'autre effet spécifique. En particulier, la juridiction ayant ordonné les mesures reste compétente pour connaî-

tre du différend, et ses procédures demeurent à la disposition des deux parties pour le règlement de celui-ci.

13) De l'avis de la Commission, ce système marque un net progrès par rapport aux dispositions qui existent pour le règlement des différends mettant en cause des contre-mesures. Il donne aux parties, outre toutes les possibilités existant déjà de règlement de leur différend par la voie diplomatique ou par d'autres moyens, la faculté de le régler par l'arbitrage, et d'éviter ainsi l'aggravation du différend et la détérioration de leurs relations que peut entraîner le maintien des contre-mesures. À terme, il atténuera l'élément du système des contre-mesures qui tendait à une escalade des réactions.

14) Comme on l'a noté, l'effet du paragraphe 2 de l'article 48 est de préserver les procédures existantes de règlement obligatoire des différends, ainsi que d'offrir à l'État qui fait l'objet de contre-mesures la possibilité de recourir à la procédure supplémentaire visée au paragraphe 2 de l'article 58. L'article 48 ne fixe pas d'ordre de priorité entre les procédures de règlement des différends qui peuvent être applicables, laissant à l'accord des parties (exprimé à l'avance ou spécialement pour le différend en cause) ou à la décision des juridictions concernées le soin de régler tout problème de chevauchement.

CHAPITRE IV

CRIMES INTERNATIONAUX

Article 51. — Conséquences d'un crime international

Un crime international fait naître toutes les conséquences juridiques découlant de tout autre fait internationalement illicite et, de surcroît, toutes les conséquences supplémentaires énoncées aux articles 52 et 53 ci-après.

Commentaire

1) Cet article est avant tout une introduction au chapitre IV. Avec l'article 19 (Crimes et délits internationaux) de la première partie a été reconnue une catégorie de faits illicites auxquels, en raison de leur gravité, des conséquences spéciales devraient s'attacher. Peu importe que cette catégorie soit dénommée « crimes » ou « délits d'une exceptionnelle gravité », car quelle qu'en soit la désignation, ces faits devront emporter des conséquences spéciales : sinon, il ne servirait à rien de les distinguer des autres faits internationalement illicites. Certains membres de la Commission ont maintenu leurs réserves quant à l'utilité ou à la sagesse du concept de crime d'État.

2) Pour commencer, la Commission a eu à décider comment ou par qui cette distinction serait opérée. Pour surmonter cette difficulté, la Commission a étudié diverses propositions novatrices, mais elle a finalement décidé de s'en tenir au mécanisme de règlement des différends figurant dans la troisième partie et aux dispositions de l'article 39 (Relation avec la Charte des Nations Unies).

²⁰⁷ Les questions soulevées au paragraphe 9 du commentaire de l'article 48 sont traitées plus en détail dans le commentaire de l'article 58 (Arbitrage) [*supra* note 195].

3) Dans ces conditions, c'est à l'État ou aux États lésés qu'il appartiendrait en premier lieu de décider qu'un crime a été commis. Cette position se traduirait dans leurs demandes de réparation car, comme le prévoit l'article 52 (Conséquences spécifiques), leurs droits à restitution comme à satisfaction ne seraient pas soumis à certaines limitations qui s'appliquent dans le cas des délits ordinaires. Selon la Commission, les États lésés devraient, en demandant réparation de la conduite dont ils se plaignent — sinon lors de protestations antérieures — préciser que, à leurs yeux, cette conduite constitue un crime.

4) Quant aux obligations imposées en vertu de l'article 53 (Obligations incombant à tous les États), elles naîtraient pour chaque État au moment où il en viendrait à considérer qu'un crime a été commis. Chaque État assumerait la responsabilité de sa décision, encore qu'il puisse y avoir des cas où le devoir de non-reconnaissance ou de non-assistance, par exemple, découlerait de résolutions obligatoires du Conseil de sécurité ou d'autres mesures collectives régulièrement décidées.

5) En tout état de cause, si l'État auteur du fait illicite contestait les décisions d'autres États qualifiant ce fait de crime, il surgirait un différend. Celui-ci pourrait alors être traité par la voie des procédures de règlement des différends de la troisième partie. L'État accusé de crime pourrait indifféremment opter pour la négociation, la conciliation ou l'arbitrage — voire la saisine de la CIJ conformément aux dispositions de son Statut actuel.

6) La Commission est consciente que l'État ainsi accusé pourrait chercher à obtenir le règlement du différend par une voie plus rapide que les procédures de la troisième partie, notamment en recourant à celles qu'offre la Charte des Nations Unies.

7) Néanmoins, il convient de signaler que certains membres de la Commission s'étaient déclarés favorables à des propositions différentes. La Commission estime qu'il convient d'informer les États Membres de ces propositions pour qu'ils puissent faire connaître leurs observations sur chacune d'elles, s'ils le souhaitent. Au cas où l'une ou l'autre de ces propositions recevrait un large appui, la Commission pourrait y revenir en deuxième lecture.

8) L'une de ces propositions est celle qui figurait dans le projet d'articles présenté à la quarante-septième session par le Rapporteur spécial dans son septième rapport, que la Commission avait renvoyé au Comité de rédaction à la suite du débat sur ce rapport²⁰⁸.

9) Une autre de ces propositions envisageait deux étapes. Dans un premier temps, l'une ou l'autre des parties pourrait demander à la commission de conciliation d'indiquer dans son rapport final s'il apparaît à première vue qu'un crime a été commis. Cela exigerait une adjonction à l'article 57 (Tâche de la commission de conciliation).

10) Si la commission de conciliation répondait par l'affirmative, cela « déclencherait » la seconde étape, en permettant à l'une ou l'autre des parties d'engager unilatéralement une procédure d'arbitrage. Pour cela, il suffirait de modifier l'article 58 (Arbitrage), de manière à rendre en fait l'arbitrage obligatoire pour les crimes, au même titre que pour les contre-mesures.

11) La première étape ferait fonction de filtre, en évitant les risques d'abus, et la seconde, comportant un arbitrage obligatoire, présenterait une certaine analogie avec la disposition de la Convention de Vienne sur le droit des traités prescrivant la juridiction obligatoire de la CIJ pour les différends dans lesquels est invoqué le *jus cogens* en vertu des articles 53 ou 64 de la Convention.

12) Les propositions qui font l'objet des paragraphes 8 à 11 ci-dessus, envisageant un mécanisme procédural en deux temps pour trancher les différends relatifs au point de savoir si un crime a été commis, se fondent sur l'idée que de tels différends sont trop importants pour être laissés aux procédures générales de la troisième partie. Pour éviter le risque d'abus, ces propositions ont prévu que les différends auxquels pourrait donner lieu l'application de l'article 19 devraient être soumis à un tiers impartial ayant un pouvoir de décision.

13) D'autre part, certains membres de la Commission ont été d'avis que l'analogie, mentionnée au paragraphe 11 ci-dessus, avec le traitement du *jus cogens* aux termes de l'alinéa *a* de l'article 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités devait être poussée jusqu'à sa conclusion, et que le seul organe apte à remplir cette tâche était la CIJ, l'un des organes principaux de l'Organisation des Nations Unies, au Statut de laquelle presque tous les États sont parties, et dans les procédures de laquelle d'autres États peuvent intervenir. D'autres membres ont trouvé l'analogie avec le *jus cogens* trompeuse et peu convaincante.

14) Les conséquences particulières attachées aux crimes sont de deux sortes. La première, qui est visée à l'article 52, a trait à la relation entre l'État auteur du fait illicite et chaque État lésé, étant rappelé qu'aux termes du paragraphe 3 de l'article 40 (Sens de l'expression « État lésé »), tous les autres États sont définis à cet effet comme des États lésés. La deuxième, relative à ce que l'on pourrait appeler les conséquences collectives minimales d'un crime, est visée à l'article 53.

Article 52. — Conséquences spécifiques

Lorsqu'un fait internationalement illicite commis par un État est un crime international :

*a) le droit d'un État lésé d'obtenir la restitution en nature n'est pas soumis aux limitations énoncées aux alinéas *c* et *d* de l'article 43;*

b) le droit d'un État lésé d'obtenir satisfaction n'est pas soumis à la restriction prévue au paragraphe 3 de l'article 45.

²⁰⁸ Voir *supra* note 172. Voir aussi le cinquième rapport (*ibid.*).

Commentaire

1) Les conséquences spécifiques de la qualification de crime pour la relation entre l'État auteur d'un fait illicite et un État lésé sont pour la plupart exposées de façon adéquate dans les articles 41 à 45 relatifs à la réparation. Bien entendu, l'application de ces articles aux infractions les plus graves au droit international sera lourde de conséquences; mais, dans l'ensemble, la formulation des articles 41 à 45 offre une réponse adéquate aux cas les plus graves, comme aux plus mineurs, de violation du droit international.

2) Il est deux aspects, cependant, à l'égard desquels les limites imposées à la réparation par les articles 41 à 45 semblent inappropriées dans le cas de crimes internationaux, et une certaine adaptation est nécessaire. Cette adaptation concerne l'article 43 (Restitution en nature) et l'article 45 (Satisfaction).

3) En ce qui concerne la restitution en nature, le droit d'un État lésé d'obtenir cette forme de réparation est soumis aux deux limitations énoncées aux alinéas *c* et *d* de l'article 43, lesquelles, de l'avis de la Commission, ne devraient pas être applicables dans le cas d'un crime. La disposition de l'alinéa *c* limite normalement le droit à la restitution quand l'État auteur peut prouver que la restitution (par opposition à l'indemnisation) lui imposerait une charge hors de proportion avec l'avantage que l'État lésé s'assurerait en l'obtenant. La Commission considère que cette limitation devrait être supprimée dans le cas d'un crime. La restitution en nature est essentiellement le rétablissement de la situation qui existait avant le fait illicite, et la Commission estime que l'État qui en est l'auteur ne devrait jamais être en mesure, si ce fait est un crime, de conserver les fruits de son crime ou d'en tirer profit, si pénible ou si lourd que puisse être pour lui le rétablissement de cette situation.

4) La Commission tient à souligner qu'en supprimant cette limitation, elle n'élimine pas pour autant la « proportionnalité », laquelle, en tant que principe général, se retrouve partout dans le domaine des réparations. À ses yeux, le rétablissement de la situation initiale ne saurait guère, dans la majorité des cas, être qualifié de disproportionné et ne devrait jamais être considéré comme tel lorsqu'il s'agit de crimes.

5) La seconde limitation, celle de l'alinéa *d* de l'article 43, exclut la restitution dans les cas où elle « menace[rait] ... sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique » de l'État auteur du fait illicite. La Commission ne pense pas qu'il y ait là, pour l'État auteur, une raison valable de refuser la restitution dès lors qu'on exige de lui qu'il renonce au produit d'un crime.

6) En ce qui concerne la satisfaction, le paragraphe 3 de l'article 45 a pour effet d'exclure les exigences portant « atteinte à la dignité » de l'État auteur. La Commission écarterait cette restriction dans le cas d'un crime, pour la simple raison que, par son crime, l'État auteur a déjà renoncé de lui-même à sa dignité. Elle note cependant que la restriction formulée à l'alinéa *c* du paragraphe 2 du même article demeurerait applicable, de sorte

qu'une demande de dommages-intérêts devrait rester proportionnée à la gravité du crime.

7) La Commission ne voit aucune nécessité de modifier ou de nuancer, dans le cas des crimes, les autres conséquences juridiques des faits illicites, telles qu'elles sont formulées dans les articles 41 à 45. L'obligation de cessation doit s'appliquer également aux délits et aux crimes. Il en va de même de l'obligation de réparer intégralement. La Commission ne doute pas davantage que le droit de l'État lésé d'être indemnisé doive rester intact. Ainsi, il semble qu'il n'y ait aucune modification à apporter aux articles 41 (Cessation du comportement illicite), 42 (Réparation) et 44 (Indemnisation).

8) La Commission s'est demandé si des dommages-intérêts « punitifs » ou « à titre de sanction » ne seraient pas appropriés dans le cas d'un crime. Selon certains membres, l'article 45, prévoit déjà cette possibilité en faisant figurer, parmi les formes de satisfaction, « en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte ». Enfin, le droit d'obtenir une assurance ou garantie de non-répétition, visé à l'article 46, vaut aussi bien pour les crimes que pour les autres faits illicites.

Article 53. — Obligations incombant à tous les États

Un crime international commis par un État fait naître pour chaque autre État l'obligation :

***a)* de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par le crime;**

***b)* de ne pas prêter aide ou assistance à l'État qui a commis le crime pour maintenir la situation ainsi créée;**

***c)* de coopérer avec les autres États pour exécuter les obligations énoncées aux alinéas *a* et *b*; et**

***d)* de coopérer avec les autres États pour appliquer les mesures visant à éliminer les conséquences du crime.**

Commentaire

1) Ce texte impose des obligations à tous les États, universalisation considérée comme traduisant l'intérêt qu'il y a pour tous les États à prévenir et réprimer les crimes internationaux, lesquels, par définition (article 19), portent atteinte à des « intérêts fondamentaux de la communauté internationale ».

2) Ces obligations sont négatives ou positives. À la première catégorie appartiennent l'obligation de non-reconnaissance et celle de ne pas prêter assistance à l'État auteur, qui sont énoncées aux alinéas *a* et *b*. Elles correspondent à une pratique déjà solidement établie. C'est ce qu'attestent, par exemple, en ce qui concerne l'obligation de non-reconnaissance, les résolutions du Conseil de sécurité sur la Rhodésie du Sud [dont la résolution 216 (1965)] et sur le Koweït [dont la résolution 661 (1990)]. Quant à l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance à l'État auteur, elle apparaît dans les résolutions du Conseil de sécurité sur l'Afrique du Sud [no-

tamment les résolutions 301 (1971), 418 (1977) et 569 (1985)] et sur les territoires coloniaux portugais [telle la résolution 218 (1965)]. L'assistance à un État qui commet un crime serait en soi un fait illicite, et c'est donc à juste titre qu'elle est prohibée.

3) Dans la seconde catégorie, visée par les alinéas *c* et *d*, se rangent les obligations positives de coopérer avec les autres États pour l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu des alinéas *a* et *b*, et pour l'application de toutes mesures qu'ils prendraient en vue d'éliminer les conséquences d'un crime. Toutes ces obligations reposent sur l'hypothèse de la solidarité internationale face à un crime international. Elles procèdent de la conscience qu'une réaction collective de tous les États est nécessaire pour neutraliser les effets d'un crime international. Dans la pratique, cette réaction collective sera

vraisemblablement coordonnée par les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies — comme dans le cas des résolutions précitées. Il n'y a pas lieu, dans les présents articles, de régler l'étendue ou l'exercice du pouvoir et de l'autorité statutaires d'organes institués par la Charte des Nations Unies — ce qui d'ailleurs, eu égard à l'Article 103 de celle-ci, ne serait pas possible. Mais, en dehors de toute réaction collective des États par l'intermédiaire de la communauté internationale organisée, la Commission estime qu'une certaine réaction minimale s'impose de la part de tous les États lorsqu'un crime international est commis. La formulation de l'article 53 est destinée à exprimer cette exigence minimale, ainsi qu'à conforter et appuyer toutes mesures plus importantes que prendraient les États par l'intermédiaire des organisations internationales en réponse à un crime.

Chapitre IV

SUCCESSION D'ÉTATS ET NATIONALITÉ DES PERSONNES PHYSIQUES ET MORALES

A. — Introduction

67. À sa quarante-cinquième session (1993), la Commission a décidé d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé « Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales »²⁰⁹. L'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission au paragraphe 7 de sa résolution 48/31, étant entendu que la forme définitive que prendrait le résultat des travaux sur le sujet serait décidée après qu'une étude préliminaire aurait été présentée à l'Assemblée. À sa quarante-sixième session (1994), la Commission a nommé M. Vaclav Mikulka rapporteur spécial pour le sujet²¹⁰. Au paragraphe 6 de sa résolution 49/51, l'Assemblée a approuvé l'intention de la Commission d'entreprendre des travaux sur le sujet, étant de nouveau entendu que la forme définitive que prendrait le résultat de ces travaux serait décidée après qu'une étude préliminaire aurait été présentée à l'Assemblée.

68. À sa quarante-septième session (1995), la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial²¹¹. À la suite de son examen du rapport, la Commission a créé un groupe de travail sur la succession d'États et la nationalité des personnes physiques et morales, qui a reçu pour mandat de cerner les questions soulevées par le sujet et de les classer en fonction de leur rapport avec celui-ci, de conseiller la Commission sur celles qu'elle aurait avantage à étudier en premier, compte tenu des préoccupations contemporaines, et de lui présenter un calendrier pour ce faire²¹². Le Groupe de travail a présenté à la Commission un rapport qui contenait un certain nombre de conclusions préliminaires quant aux conséquences de la succession d'États sur la nationalité des personnes physiques²¹³. Sur la recommandation du Rapporteur spécial, la Commission a décidé de réunir de nouveau le Groupe de travail à la quarante-huitième session pour qu'il achève sa tâche, ce qui devait permettre à la Commission de répondre à la demande contenue au paragraphe 6 de la résolution 49/51 de l'Assemblée générale²¹⁴.

²⁰⁹ *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 101, par. 440.

²¹⁰ *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 188, par. 382.

²¹¹ *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/467.

²¹² *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), par. 147. Pour la composition du Groupe de travail, voir *supra* par. 8.

²¹³ *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), annexe.

²¹⁴ *Ibid.*, par. 229.

B. — Examen du sujet à la présente session

1. DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

69. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/474), qu'elle a examiné à ses 2435^e et 2451^e séances, tenues le 4 juin et le 2 juillet 1996.

70. Le Rapporteur spécial a fait observer que le but du rapport était de permettre à la Commission d'achever l'étude préliminaire du sujet et de répondre ainsi à la demande de l'Assemblée générale. Le rapport était notamment rédigé de manière à faciliter la tâche du Groupe de travail sur la succession d'États et la nationalité des personnes physiques et morales lorsqu'il examinerait à titre préliminaire, à la présente session, les questions de la nationalité des personnes morales, les options s'offrant à la Commission pour la phase de l'étude substantielle du sujet et le calendrier éventuel.

71. Le Rapporteur spécial avait jugé utile de dresser un tableau général de la pratique des États, du XIX^e siècle au passé récent, couvrant toutes les régions du monde et portant sur différents types de changements territoriaux. Il s'était abstenu d'analyser cette pratique, estimant que cette tâche s'inscrirait dans le cadre de l'étude substantielle que la Commission entreprendrait si elle y était invitée par l'Assemblée générale.

72. Le rapport consistait en une introduction (chapitre I^{er}) et en trois chapitres substantiels. Le chapitre II, portant sur la nationalité des personnes physiques, visait à résumer les résultats du travail antérieur sur cet aspect du sujet, à classer les problèmes en grandes catégories et à offrir le matériel qui pourrait être analysé à l'étape ultérieure de l'examen du sujet par la Commission. Le Rapporteur spécial a souligné l'importance qu'il accordait aux avis exprimés à la Sixième Commission sur chacun des points particuliers ci-après examinés dans ce chapitre : l'obligation de négocier pour résoudre par voie d'accord les problèmes de nationalité résultant de la succession d'États; l'octroi de la nationalité de l'État successeur; le retrait ou la perte de la nationalité de l'État prédécesseur; le droit d'option; les critères utilisés pour déterminer les catégories de personnes pertinentes aux fins de l'octroi ou du retrait de la nationalité ou de la reconnaissance du droit d'option; le principe de non-discrimination; et les conséquences du non-respect par les États des principes applicables au retrait ou à l'octroi de la nationalité.

73. Le Rapporteur spécial a exprimé l'avis que, pour ce qui était du problème de la nationalité des personnes physiques, il était possible de conclure de manière générale que son premier rapport, le rapport du Groupe de travail et les débats à la CDI et à la Sixième Commission avaient permis de rassembler tous les éléments nécessaires pour achever l'étude préliminaire sur cet aspect du sujet.

74. Tel n'était pas encore le cas pour l'autre aspect, c'est-à-dire la nationalité des personnes morales, traité au chapitre III, et auquel devait essentiellement s'intéresser le Groupe de travail à la présente session. Le Rapporteur spécial s'était efforcé d'exposer la portée et les caractéristiques du sujet et d'en faire ressortir les nombreuses et considérables complexités, y compris les diverses formes que pouvaient revêtir les personnes morales. Il a fait observer que, indépendamment de la succession d'États, le problème de la nationalité des personnes morales se posait principalement dans le domaine des conflits de lois, du droit des étrangers et de la protection diplomatique, et aussi en relation avec la responsabilité des États.

75. Le Rapporteur spécial a souligné que les avis avaient été partagés tant à la CDI qu'à la Sixième Commission quant à l'opportunité d'entreprendre, au stade actuel, un examen plus approfondi de cet aspect du sujet. À la quarante-septième session de la CDI, il avait indiqué qu'il préférerait personnellement, à ce stade, que la Commission mette de côté cette partie du problème et s'intéresse essentiellement à la nationalité des personnes physiques mais, la Commission ayant demandé plus d'informations en vue du débat, il s'était senti tenu de répondre à cette demande.

76. Au chapitre IV, consacré aux recommandations concernant les travaux futurs sur le sujet, le Rapporteur spécial suggérait de nouveau de diviser le sujet en deux parties et de traiter d'abord l'aspect de la nationalité des personnes physiques. Il recommandait aussi que la Commission réserve la question de la règle de la continuité de la nationalité pour un examen ultérieur dans le cadre du sujet de la protection diplomatique, si celui-ci était inscrit à l'ordre du jour de la Commission. S'agissant des méthodes de travail, le Rapporteur spécial n'avait rien à ajouter à ce qu'il avait déjà dit dans son premier rapport quant à l'adoption d'un mode d'approche faisant intervenir tant la codification que le développement progressif du droit international, à la terminologie employée, aux catégories de succession d'États et à la portée du problème. Le Groupe de travail pouvait réexaminer ces éléments et faire des propositions à la Commission.

77. Quant à la forme que pourrait prendre le résultat des travaux, le Rapporteur spécial a indiqué que sa préférence allait à l'élaboration d'une déclaration de l'Assemblée générale, rédigée sous forme d'articles assortis de commentaires. Si la Commission retenait cette idée, elle pourrait être en mesure de terminer la première lecture de l'ensemble des articles et des commentaires au cours de sa prochaine session; cette possibilité pouvait, elle aussi, être examinée au sein du Groupe de travail.

2. EXAMEN DU SUJET PAR LE GROUPE DE TRAVAIL SUR LA SUCCESSION D'ÉTATS ET LA NATIONALITÉ DES PERSONNES PHYSIQUES ET MORALES

78. Aux 2451^e et 2459^e séances de la Commission, les 2 et 12 juillet 1996, le Rapporteur spécial et Président du Groupe de travail a présenté un rapport oral sur les travaux du Groupe de travail à la session en cours.

79. Entre le 4 juin et le 2 juillet 1996, le Groupe de travail a tenu cinq séances, consacrées essentiellement aux questions suivantes : le problème de la nationalité des personnes morales, la forme que devrait prendre le résultat des travaux sur le sujet et le calendrier de ces travaux. Il a aussi engagé une analyse plus approfondie de la question de la nationalité des personnes physiques dans les cas de succession d'États.

80. Le Groupe de travail a recommandé à la Commission d'examiner séparément la question de la nationalité des personnes physiques et celle de la nationalité des personnes morales, qui posaient des problèmes très différents. En effet, le premier aspect du sujet faisait intervenir le droit fondamental de tout être humain à une nationalité, de sorte que les obligations des États découlaient du devoir de respecter ce droit, tandis que le second mettait en jeu des problèmes surtout économiques et était centré sur un droit d'établissement qui pourrait revendiquer une société opérant sur le territoire d'un État partie à une succession. Aux yeux du Groupe de travail, en outre, il n'y avait pas la même urgence à traiter ces deux aspects.

81. Le Groupe de travail a considéré que la question de la nationalité des personnes physiques devait être traitée en priorité, et il est parvenu à la conclusion que les travaux sur le sujet devraient se concrétiser par un instrument non obligatoire consistant en articles assortis de commentaires. L'examen de ces articles en première lecture pourrait s'achever à la quarante-neuvième session ou, au plus tard, à la cinquantième session de la Commission.

82. À l'issue des travaux sur la nationalité des personnes physiques, la Commission se prononcerait, à partir des observations demandées aux États, sur la nécessité d'examiner la question de l'incidence de la succession d'États sur la nationalité des personnes morales.

83. Le Groupe de travail a également recommandé à la Commission d'engager l'étude de fond du sujet sous le titre « La nationalité en relation avec la succession d'États ».

84. En ce qui concerne la nationalité des personnes physiques dans les cas de succession d'États, le Groupe de travail s'est attaché surtout à la structure d'un futur instrument éventuel et aux grands principes à y inclure, en s'appuyant, dans la discussion, sur un document de travail établi à cette fin par son président.

85. Il a été envisagé de diviser le futur instrument en deux parties : la première partie serait consacrée aux principes généraux régissant la nationalité dans tous les cas de succession d'États, et la deuxième partie définirait

les règles applicables dans certains cas précis de succession d'États.

86. La première partie exposerait plusieurs principes fondamentaux qu'auraient à observer les États intéressés, c'est-à-dire les États parties à la succession d'États — l'État prédécesseur et l'État ou les États successeurs, selon le cas :

a) Le droit de toute personne qui avait la nationalité de l'État prédécesseur à la date de la succession d'États à la nationalité d'au moins l'un des États intéressés;

b) L'obligation, en conséquence, des États intéressés d'éviter que les personnes qui, à la date de la succession d'États, possédaient la nationalité de l'État prédécesseur et avaient leur résidence habituelle sur le territoire de l'un d'entre eux, ne deviennent apatrides par suite de la succession;

c) L'obligation de promulguer sans retard la législation nationale régissant la nationalité et d'autres questions connexes découlant de la succession d'États, et de veiller à ce que les personnes intéressées soient averties, dans un délai raisonnable, de l'effet de cette législation sur leur nationalité et des conséquences pour leur statut personnel de l'exercice d'une éventuelle faculté d'option;

d) L'obligation des États intéressés, sans préjudice de leur politique concernant la pluralité des nationalités, de prendre en considération la volonté des personnes qui rempliraient également, en tout ou en partie, les conditions requises pour acquérir la nationalité de deux ou plusieurs d'entre eux;

e) Le principe de la non-discrimination, conformément aux conclusions dégagées à ce sujet par le Groupe de travail à la précédente session²¹⁵.

f) La prohibition des décisions arbitraires concernant l'acquisition et le retrait de la nationalité ainsi que l'exercice du droit d'option;

g) L'obligation de traiter sans retard les demandes à prendre en considération et de faire connaître par écrit les décisions, lesquelles doivent être susceptibles de recours administratif ou judiciaire;

h) L'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la protection des droits et libertés individuels fondamentaux des personnes qui ont leur résidence habituelle sur le territoire, ou sont à un autre titre placées sous la juridiction de l'un des États intéressés durant la période intérimaire comprise entre la date de la succession d'États et celle où leur nationalité aura été déterminée;

i) L'obligation d'accorder à une personne qui renonce volontairement à la nationalité d'un État intéressé un délai raisonnable pour transférer sa résidence hors du

territoire de cet État si elle y est tenue par la législation dudit État;

j) L'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour permettre aux membres d'une même famille de demeurer ensemble ou de se regrouper dans les cas où l'application du droit interne ou de dispositions conventionnelles porterait atteinte à l'unité de cette famille;

k) L'obligation des États intéressés de se consulter et de négocier en vue de déterminer si la succession d'États a eu, dans certains cas individuels, des conséquences négatives pour la nationalité et d'autres aspects connexes du statut personnel et, dans l'affirmative, de rechercher une solution à ces problèmes par voie de négociation;

l) Les droits et obligations des États autres que les États intéressés lorsqu'ils se trouvent devant des cas d'apatridie résultant du non-respect par ces derniers des dispositions du futur instrument.

87. En vue de faciliter les négociations entre les États intéressés, la deuxième partie renfermerait un ensemble d'autres principes énonçant des règles plus spécifiques d'octroi ou de retrait de la nationalité ou d'octroi du droit d'option dans différents cas de succession d'États. Ces principes reposeraient sur les conclusions auxquelles le Groupe de travail était parvenu à la quarante-septième session de la Commission.

3. DÉCISION DE LA COMMISSION

88. À sa 2459^e séance, la Commission a décidé, conformément aux conclusions du Groupe de travail, de recommander à l'Assemblée générale de prendre acte de l'achèvement de l'étude préliminaire du sujet et d'inviter la Commission à engager l'étude de fond du sujet intitulé « La nationalité en relation avec la succession d'États », étant entendu que :

a) L'examen de la question de la nationalité des personnes physiques serait dissocié de celui de la nationalité des personnes morales et que la première se verrait accorder la priorité;

b) Pour le moment — mais sans préjuger de la décision finale —, le résultat des travaux sur la question de la nationalité des personnes physiques devrait prendre la forme d'une déclaration de l'Assemblée générale consistant en une série d'articles accompagnés de commentaires;

c) L'examen de ces articles en première lecture serait achevé à la quarante-neuvième ou, au plus tard, à la cinquantième session de la Commission;

d) La décision sur le traitement de la question de la nationalité des personnes morales serait prise à l'issue des travaux sur celle des personnes physiques et à la lumière des observations que l'Assemblée générale pourrait inviter les États à présenter sur les problèmes que la succession d'États soulève en pratique dans ce domaine.

²¹⁵ Voir *supra* note 213.

Chapitre V

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

A. — Introduction

89. C'est à sa trentième session (1978) que la Commission avait 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 spécial²¹⁶.

90. De sa trente-deuxième session (1980) à sa trente-sixième session (1984), la Commission a reçu et examiné cinq rapports du Rapporteur spécial²¹⁷, 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 Commission à sa trente-quatrième session (1982). Les cinq projets d'articles étaient proposés dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la Commission à sa trente-sixième session (1984)²¹⁸. La Commission les a examinés, mais n'a pas pris de décision sur leur renvoi au Comité de rédaction.

91. À 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 seize organisations internationales choisies à cet effet afin de déterminer, entre autres choses, dans quelle mesure les obligations que les États ont les uns envers les autres et dont ils s'acquittent en tant que membres des organisations internationales pouvaient correspondre ou suppléer à certaines procédures envisagées dans l'ébauche de plan²¹⁹. Elle était saisie en outre d'un docu-

²¹⁶ À cette session, la Commission a créé un groupe de travail chargé d'examiner, à titre préliminaire, la portée et la nature du sujet. Pour le rapport du Groupe de travail, voir *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 167 à 169.

²¹⁷ Les cinq rapports du précédent Rapporteur spécial sont reproduits comme suit :

Rapport préliminaire : *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), p. 243, doc. A/CN.4/334 et Add.1 et 2;

Deuxième rapport : *Annuaire... 1981*, vol. II (1^{re} partie), p. 107, doc. A/CN.4/346 et Add.1 et 2;

Troisième rapport : *Annuaire... 1982*, vol. II (1^{re} partie), p. 61, doc. A/CN.4/360;

Quatrième rapport : *Annuaire... 1983*, vol. II (1^{re} partie), p. 209, doc. A/CN.4/373;

Cinquième rapport : *Annuaire... 1984*, vol. II (1^{re} partie), p. 161, doc. A/CN.4/383 et Add.1.

²¹⁸ Le texte des projets d'articles 1 à 5 présentés par le précédent Rapporteur spécial figure dans *Annuaire... 1984*, vol. II (2^e partie), p. 79, par. 237.

²¹⁹ Les réponses au questionnaire figurent dans *Annuaire... 1984*, vol. II (1^{re} partie), p. 135, doc. A/CN.4/378.

ment du secrétariat intitulé « Étude de la pratique des États concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international »²²⁰.

92. À sa trente-septième session (1985), la Commission a nommé M. Julio Barboza rapporteur spécial pour le sujet. De sa trente-septième session (1985) à sa quarante-septième session (1995), elle a reçu onze rapports du Rapporteur spécial²²¹ et a été saisie de son douzième rapport (A/CN.4/475 et Add.1)²²² à la présente session.

93. À 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 I (Dispositions générales) et II (Principes)²²³. La Commission a différé l'examen des dixième et onzième rapports du Rapporteur spécial; elle a préféré centrer ses travaux sur le sujet sur les articles dont le Comité de rédaction

²²⁰ *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), *Additif*, doc. A/CN.4/384.

²²¹ Les onze rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit :

Rapport préliminaire : *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), p. 97, doc. A/CN.4/394;

Deuxième rapport : *Annuaire... 1986*, vol. II (1^{re} partie), p. 149, doc. A/CN.4/402;

Troisième rapport : *Annuaire... 1987*, vol. II (1^{re} partie), p. 49, doc. A/CN.4/405;

Quatrième rapport : *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 253, doc. A/CN.4/413;

Cinquième rapport : *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie), p. 145, doc. A/CN.4/423;

Sixième rapport : *Annuaire... 1990*, vol. II (1^{re} partie), p. 87, doc. A/CN.4/428 et Add.1;

Septième rapport : *Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie), p. 73, doc. A/CN.4/437;

Huitième rapport : *Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie), p. 61, doc. A/CN.4/443;

Neuvième rapport : *Annuaire... 1993*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/450;

Dixième rapport : *Annuaire... 1994*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/459;

Onzième rapport : *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/468.

²²² Reproduit dans *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie).

²²³ Pour le texte, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 9. À sa quarante et unième session (1989), la Commission a renvoyé au Comité de rédaction la version révisée des articles qu'elle lui avait déjà renvoyés à la quarantième session et dont le nombre était réduit à neuf; voir *Annuaire... 1989*, vol. II (2^e partie), p. 92 et 93, par. 311. Le Rapporteur spécial a proposé, dans l'annexe à son sixième rapport (*supra* note 221), d'apporter de nouvelles modifications à certains de ces articles [voir aussi *Annuaire... 1990*, vol. II (2^e partie), p. 94, par. 471].

était déjà saisi, à savoir : les articles 1 à 10 pour le chapitre I (Dispositions générales) et le chapitre II (Principes); et les projets d'articles 11 à 20 *bis*²²⁴.

94. À sa quarante-quatrième session (1992), la Commission a créé un groupe de travail chargé d'examiner certaines questions d'ordre général touchant la portée et l'orientation des travaux futurs sur le sujet, ainsi que l'approche à adopter à cet égard²²⁵. Sur la base des recommandations du Groupe de travail, la Commission a décidé, à sa 2282^e séance, le 8 juillet 1992, de poursuivre les travaux sur le sujet en procédant par étapes, à savoir : commencer par mener à bien les travaux sur la prévention du dommage transfrontière et passer ensuite aux mesures correctives²²⁶. Étant donné l'ambiguïté de l'intitulé anglais du sujet, la Commission a décidé de continuer de prendre comme hypothèse de travail que le sujet traitait des « activités » (*activities*) et de remettre à plus tard toute modification formelle du titre.

95. À sa quarante-sixième session (1994) et à sa quarante-septième session (1995), la Commission a adopté à titre provisoire en première lecture, avec les commentaires s'y rapportant, les projets d'articles suivants : en 1994, article 1 (Champ d'application des présents articles), alinéas *a*, *b* et *c* de l'article 2 (Expressions employées), article 11 (Autorisation préalable), article 12 (Évaluation du risque), article 13 (Activités non autorisées*), article 14 (Mesures visant à prévenir le risque ou à le réduire au minimum), article 14 *bis* [20 *bis*] (Non-déplacement du risque), article 15 (Notification et information), article 16 (Échange d'informations), article 16 *bis* (Information du public), article 17 (Sécurité nationale et secrets industriels), article 18 (Consultations sur les mesures préventives), article 19 (Droits de l'État susceptible d'être affectés) et article 20 (Facteurs d'un juste équilibre des intérêts)²²⁷; en 1995, article A [6] (La liberté d'action et ses limites), article B [8 et 9] (Prévention), article C [9 et 10] (Responsabilité et indemnisation) et article D [7] (Coopération)²²⁸.

B. — Examen du sujet à la présente session

96. À la présente session, la Commission était saisie du douzième rapport du Rapporteur spécial, que celui-ci a présenté à la 2450^e séance, le 28 juin 1996. Le rapport passait en revue les divers régimes de responsabilité proposés par le Rapporteur spécial dans ses précédents rap-

ports. La Commission était également saisie d'une étude du secrétariat intitulée « Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international »²²⁹.

1. CRÉATION DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

97. À sa 2450^e séance également, la Commission a décidé de créer un groupe de travail qui serait chargé d'examiner le sujet sous tous ses aspects, à la lumière des rapports du Rapporteur spécial et des débats tenus au cours des années à la Commission, et de formuler des recommandations à l'attention de celle-ci²³⁰.

2. RÉSULTATS DES TRAVAUX DU GROUPE DE TRAVAIL

98. Le Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international a soumis un rapport que son président a présenté à la Commission à ses 2465^e et 2472^e séances, les 19 et 25 juillet 1996. Le rapport du Groupe de travail figure en annexe au présent rapport de la Commission.

99. La Commission a estimé que le rapport du Groupe de travail marquait un progrès notable dans les travaux sur le sujet. Il brossait un tableau complet du sujet, en établissant une relation entre le principe de prévention et l'obligation d'accorder une indemnisation ou autre réparation, et en présentant des articles assortis de commentaires. Bien que la Commission n'ait pas eu la possibilité d'examiner le projet d'articles à la présente session, elle a estimé que, en principe, il constituait une base permettant à l'Assemblée générale de procéder à un examen à sa cinquante et unième session.

100. La Commission serait heureuse que l'Assemblée générale formule des observations sur la question mentionnée au paragraphe 26 du commentaire de l'article premier et sur le mode d'approche de la question de l'indemnisation ou autre réparation exposé au chapitre III, ainsi que sur le projet d'articles figurant dans le rapport du Groupe de travail. Les observations que les gouvernements voudront peut-être présenter par écrit seront également les bienvenues. Ces observations fourniront d'utiles orientations à la Commission pour ses travaux ultérieurs sur le sujet, dont elle a l'intention de reprendre l'étude suivant ses méthodes ordinaires.

101. La Commission a exprimé sa profonde gratitude à M. Julio Barboza pour le zèle et la compétence dont il a fait preuve pendant douze ans en sa qualité de rapporteur spécial pour ce sujet important et complexe.

* Précédemment, l'article 13 du texte français était intitulé « Activités préexistantes ».

²²⁴ Pour le texte de ces articles, voir *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 27 et suiv., notes 62, 64, 68, 69, 70, 73, 74, 77, 79, 80 et 82, respectivement. Les articles ont été renvoyés au Comité de rédaction à la quarante-cinquième session, en 1993.

²²⁵ Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), p. 53 et 54, par. 341 à 343.

²²⁶ Pour les décisions prises par la Commission, *ibid.*, par. 344 à 349.

²²⁷ Voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 167 et suiv.

²²⁸ Voir *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), chap. V, sect. C.

²²⁹ Doc. A/CN.4/471.

²³⁰ Pour la composition du Groupe de travail, voir *supra* par. 9.

Chapitre VI

LES RÉSERVES AUX TRAITÉS

A. — Introduction

102. À sa quarante-cinquième session (1993), la Commission a décidé d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé « Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités »²³¹. Au paragraphe 7 de sa résolution 48/31, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission, étant entendu que la forme définitive que prendrait le résultat des travaux sur le sujet serait décidée après qu'une étude préliminaire aurait été présentée à l'Assemblée.

103. À sa quarante-sixième session (1994), la Commission a nommé M. Alain Pellet rapporteur spécial pour ce sujet²³².

104. À sa quarante-septième session, la Commission a reçu le premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet²³³, et elle l'a examiné au cours de la session.

105. Le Rapporteur spécial a résumé de la manière suivante les conclusions qu'il tirait des débats que la Commission a tenus sur le sujet à sa quarante-septième session :

a) La Commission estimait que le titre du sujet devrait être modifié pour se lire dorénavant « Les réserves aux traités »;

b) La Commission devrait adopter un guide de la pratique en matière de réserves. Conformément au statut de la Commission et à sa pratique habituelle, ce guide se présenterait sous la forme d'un projet d'articles dont les dispositions seraient susceptibles de guider la pratique des États et des organisations internationales en matière de réserves; ces dispositions seraient, le cas échéant, accompagnées de clauses types;

c) Les arrangements ci-dessus devraient être interprétés avec souplesse et, si elle estimait devoir s'en écarter de manière importante, la Commission pourrait soumettre à l'Assemblée générale de nouvelles propositions au sujet de la forme que pourrait revêtir le résultat de ses travaux;

d) Il existait un consensus au sein de la Commission pour considérer qu'il n'y avait pas lieu de modifier les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités (appelée ci-après « Convention de Vienne de 1969 »), de la Convention de Vienne sur la

succession d'États en matière de traités (appelée ci-après « Convention de Vienne de 1978 ») et de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (appelée ci-après « Convention de Vienne de 1986 »).

106. Ces conclusions constituaient, de l'avis de la Commission, le résultat de l'étude préliminaire demandée par l'Assemblée générale dans ses résolutions 48/31 et 49/51. Selon la Commission, les clauses types sur les réserves, à insérer dans les traités multilatéraux, devraient être conçues de manière à réduire au maximum les possibilités de différend à l'avenir.

107. Par ailleurs, à sa quarante-septième session, la Commission, conformément à sa pratique antérieure²³⁴, a autorisé le Rapporteur spécial à établir un questionnaire détaillé en matière de réserves aux traités afin de s'enquérir de la pratique suivie et des problèmes rencontrés par les États et les organisations internationales, particulièrement celles qui étaient dépositaires de conventions multilatérales²³⁵. Ce questionnaire serait adressé à ses destinataires par le Secrétariat.

B. — Examen du sujet à la présente session

108. À la présente session, la Commission a été saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet (A/CN.4/477 et Add.1 et A/CN.4/478). Le Rapporteur spécial a présenté son rapport à la Commission à sa 2460^e séance, tenue le 16 juillet 1996.

109. Le rapport comprenait deux chapitres tout à fait distincts. Le chapitre premier, « Vue générale de l'étude », était consacré aux futurs travaux de la Commission sur le sujet des réserves aux traités et proposait un schéma général provisoire de l'étude. Le chapitre II, intitulé « Unité ou diversité du régime juridique des réserves aux traités ? », était consacré, d'une part, au régime juridique des réserves et aux règles de fond applicables aux réserves en général et, d'autre part, à l'application de ce régime général aux traités relatifs aux droits de l'homme. Une bibliographie concernant les réserves aux traités figurait en annexe au rapport.

110. Dans le chapitre premier, le Rapporteur spécial a rappelé les conclusions de son premier rapport et évoqué le questionnaire détaillé qu'il avait établi en matière de

²³¹ Voir *supra* note 209.

²³² *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 188, par. 381.

²³³ *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), doc. A/CN.4/470.

²³⁴ Voir *Annuaire... 1983*, vol. II (2^e partie), p. 88, par. 286.

²³⁵ Voir *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), chap. VI, par. 489.

réserves aux traités afin de s'enquérir de la pratique suivie et des problèmes rencontrés par les États. Quatorze États avaient, jusque là, répondu à ce questionnaire. Dans ce chapitre, le Rapporteur spécial précisait le champ de l'étude. Cinq grands problèmes de fond avaient été prédominants dans les débats qui avaient suivi la présentation du premier rapport :

- i) la définition des réserves, la distinction entre les réserves et les déclarations interprétatives et les différences de régime juridique qui caractérisaient les deux institutions;
- ii) la querelle doctrinale (mais ayant des conséquences pratiques importantes) entre l'école de l'« admissibilité » ou de la « permissibilité », d'une part, et celle de l'« opposabilité », d'autre part, qui portait, en définitive, sur ce que l'on pouvait considérer *prima facie* comme le problème central posé par le sujet : les conditions de licéité et d'opposabilité des réserves;
- iii) le règlement des différends;
- iv) les effets de la succession d'États sur les réserves et les objections aux réserves;
- v) la question de l'unité ou de la diversité du régime juridique applicable aux réserves en fonction de l'objet du traité auquel elles sont faites.

111. Il est intéressant de noter que les débats au sein de la Sixième Commission et de l'Assemblée générale ont fait apparaître une concordance de vues assez frappante entre les membres de la CDI et les représentants des États en ce qui concernait la hiérarchie des problèmes posés — ou laissés en suspens — par le régime juridique actuel des réserves aux traités. Les principaux thèmes faisant problème étaient les suivants :

- i) la question de la définition même des réserves;
- ii) le régime juridique des déclarations interprétatives;
- iii) les objections aux réserves; et
- iv) les règles applicables, le cas échéant, aux réserves à certaines catégories de traités, en particulier aux traités relatifs aux droits de l'homme.

112. Le Rapporteur spécial a rappelé la forme que prendrait par la suite l'étude du sujet. Celle-ci devrait préserver les « acquis » des dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 et aboutir, le cas échéant, à un « guide de la pratique en matière de réserves ». Un tel guide, pour être réellement utilisable par les États et les organisations internationales, devrait être divisé en chapitres qui se présenteraient comme suit :

- i) rappel des dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 ou 1986;
- ii) commentaires de ces dispositions mettant en évidence leur sens, leur portée, leurs ambiguïtés et leurs lacunes;
- iii) projets d'articles visant à combler ces lacunes ou à lever ces ambiguïtés, et commentaires de ces projets d'articles;

- iv) clauses types susceptibles d'être insérées, le cas échéant, dans des traités spécifiques et dérogeant aux projets d'articles, et commentaires de ces clauses types.

113. Le schéma général provisoire de l'étude envisagé par le Rapporteur spécial, à la fin de la section B du chapitre premier de son deuxième rapport, comprendrait en principe les six parties suivantes :

- a) Unité ou diversité du régime juridique des réserves aux traités multilatéraux (les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme);
- b) Définition des réserves (cette partie évoquerait également la question des déclarations interprétatives et de leur régime juridique);
- c) Formulation et retrait des réserves, des acceptations et des objections;
- d) Effets des réserves, des acceptations et des objections;
- e) Sort des réserves, des acceptations et des objections en cas de succession d'États; et
- f) Règlement des différends liés au régime des réserves.

114. Le Rapporteur spécial a estimé que, sauf difficultés imprévues (et encore fallait-il ne pas perdre de vue le caractère purement prévisionnel de cette estimation), la tâche pourrait être menée à bien dans un délai de quatre ans, de sorte que la première lecture du guide de la pratique en matière de réserves aux traités pourrait être achevée en 1999 avec l'examen, à la cinquante et unième session, des cinquième et sixième parties.

115. Le chapitre II du rapport traitait, d'une part, de la question de l'unité ou de la diversité du régime juridique des réserves aux traités et, d'autre part, de la question spécifique des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme. À ce sujet, le Rapporteur spécial a souligné que ce chapitre (qui correspondait à la première partie du schéma général provisoire proposé au chapitre premier) visait à déterminer si les règles applicables en matière de réserves aux traités (qu'elles soient codifiées par les Conventions de Vienne de 1969 ou de 1986, ou qu'elles soient de nature coutumière) étaient applicables à tous les traités, quel que soit leur objet, et, en particulier, aux traités relatifs aux droits de l'homme. Il a rappelé que cette question avait été posée avec une certaine insistance tant durant les débats à la CDI qu'au cours des délibérations de la Sixième Commission lors de la cinquantième session de l'Assemblée générale. La question correspondait à des préoccupations qu'inspiraient la pratique et la jurisprudence récente — et controversée — des organes chargés de suivre l'application des instruments relatifs aux droits de l'homme en matière de réserves. Il lui avait donc semblé nécessaire que la CDI exposât le point de vue du droit international général dont elle était l'un des organes. C'était pour cette raison que le Rapporteur spécial avait cru bon d'aborder cette question dans son deuxième rapport car elle lui paraissait présenter un certain caractère d'urgence.

116. La question initiale concernait l'unité ou la diversité du ou des régimes juridiques applicables aux

réserves, et pourrait être posée en ces termes : certains traités (par exemple les traités dits normatifs) échappaient-ils ou devraient-ils échapper à l'application du « régime de Vienne » du fait de leur objet ? Et dans l'affirmative, à quel(s) régime(s) particulier(s) ces traités étaient-ils ou devraient-ils être soumis en matière de réserves ? Cette question de principe pouvait être examinée en trois étapes.

117. En premier lieu, le Rapporteur spécial a évoqué la diversité des traités et le régime juridique des réserves. Il a considéré qu'il était sage de restreindre l'étude aux seuls traités normatifs, en écartant d'autres catégories de traités (traités restreints, actes constitutifs des organisations internationales, traités bilatéraux, etc.) soit parce qu'ils ont déjà fait l'objet d'un traitement à part (notamment dans les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986), soit parce qu'il se proposait de les traiter à un stade ultérieur de l'étude. En revanche, les traités normatifs (conventions de « codification », conventions relatives aux droits de l'homme, ou établissant des règles de conduite pour l'ensemble des États dans les domaines juridique, technique, social, humanitaire, etc.) posaient des problèmes particuliers pour le sujet à l'étude parce que, selon certains avis, le régime juridique général des réserves leur serait inapplicable ou bien même parce que ces instruments, par nature, ne se prêteraient pas à la formulation de réserves, tout spécialement les traités relatifs aux droits de l'homme. Il a relevé que ce terme recouvrait souvent plusieurs catégories de traités de nature parfois assez différente et ne constituant pas une catégorie homogène. D'autre part, s'ils avaient bien certaines particularités essentielles que leur conférait leur caractère « normatif » visant surtout à instituer une réglementation internationale commune se fondant sur des valeurs partagées, il convenait de se garder d'une vision trop simpliste : ces traités n'en contenaient pas moins des clauses typiquement contractuelles.

118. Dans ce contexte, le Rapporteur spécial a d'abord examiné la fonction du régime juridique des réserves. Deux intérêts en apparence contradictoires étaient en cause : d'un côté, l'intérêt de l'extension de la convention et, de l'autre, le souci de préserver l'intégrité de celle-ci. La fonction des règles applicables aux réserves était de réaliser un équilibre entre ces exigences opposées : d'une part, la recherche de la participation la plus large et, d'autre part, la préservation de la *ratio contrahendi*, de ce qui faisait la raison d'être du traité.

119. Le problème pouvait aussi être posé en termes de consentement, puisque le principe consensuel était à la base du droit des traités : dans cette perspective, un équilibre devrait être réalisé entre la liberté du consentement de l'État réservataire et celle des autres États parties. C'est à la lumière de ces exigences que le Rapporteur spécial s'est demandé si le régime juridique des réserves prévu par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 était d'applicabilité générale et, en particulier, s'il était adapté aux caractères particuliers des traités normatifs (ou plutôt des clauses normatives figurant dans les traités multilatéraux généraux).

120. Pour ce faire, le Rapporteur spécial a examiné la genèse du « régime de Vienne » et ses sources (travaux préparatoires, travaux antérieurs de la Commission, etc.)

pour montrer que les auteurs de ce régime s'étaient montrés conscients des exigences indiquées et avaient entendu adopter des règles y répondant, d'applicabilité générale. Tant la Commission que les conférences de codification du droit des traités avaient voulu établir un régime unique applicable aux réserves aux traités, quels que fussent leur nature ou leur objet.

121. En second lieu, le Rapporteur spécial a examiné la question de savoir si le « régime de Vienne » était applicable en particulier aux traités normatifs et, notamment, aux traités relatifs aux droits de l'homme (cette question était liée au problème de l'admissibilité des réserves à ces instruments, mais il s'agissait d'un problème qui restait sans conclusion possible et qui dépendait de considérations politiques ou idéologiques). Les arguments en faveur d'une réponse affirmative (plus grande participation des États à de tels traités, participation préférable à l'absence de toute participation) ou négative (contradiction entre réserves et droits de l'homme, caractère particulier de ces traités en vertu de leur fonction quasi législative et de l'uniformité de leur application) ne manquaient pas.

122. Le Rapporteur spécial a noté cependant que la véritable question à se poser, d'un point de vue juridique, était celle de savoir si, lorsque les parties contractantes étaient demeurées muettes sur le régime juridique des réserves, les règles figurant dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 étaient ou non adaptées à n'importe quel type de traités, y compris aux traités normatifs, notamment en matière de droits de l'homme.

123. Pour donner une réponse affirmative à cette question, le Rapporteur spécial a fait valoir que les règles qui étaient applicables à ce type de traités en vertu des Conventions de Vienne susmentionnées constituaient un juste équilibre entre les préoccupations exprimées tant par les partisans des réserves que par ceux qui y sont opposés. Il a aussi relevé que c'étaient les caractères fondamentaux du « régime de Vienne », à savoir sa souplesse et son adaptabilité, qui lui avaient permis de répondre aux besoins particuliers et aux spécificités de tous les types de traités ou de dispositions conventionnelles, et qui avaient conduit la Commission à écarter, en 1963 et en 1966, toute règle dérogatoire en faveur des traités normatifs.

124. La CIJ, dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*²³⁶, avait déjà appelé l'attention sur les avantages d'une plus grande souplesse dans la pratique internationale des conventions multilatérales, dont elle avait fait application à un traité relatif aux droits de l'homme par excellence. Le Rapporteur spécial a déterminé trois éléments qui permettaient au « régime de Vienne » de s'appliquer de manière satisfaisante à tous les traités quel que soit leur objet, y compris aux traités relatifs aux droits de l'homme :

a) L'admissibilité des réserves devait être appréciée eu égard à l'objet et au but du traité;

²³⁶ C.I.J. Recueil 1951, p. 15.

b) La liberté du consentement des autres parties contractantes était intégralement préservée par le jeu des acceptations et des objections; et

c) Le droit de « formuler » des réserves ne présentait qu'un caractère supplétif, chaque traité pouvant limiter cette liberté et même interdire toute réserve, ou certaines réserves.

125. Par conséquent, le « régime de Vienne » était adapté aux particularités des traités normatifs. Le Rapporteur spécial a constaté que ni les problèmes liés à l'« intégrité » des traités normatifs, ni les problèmes tenant à la « non-réciprocité » des engagements, ni les problèmes relatifs à l'égalité entre les parties n'étaient de nature à empêcher l'applicabilité du « régime de Vienne ». En effet, il est apparu que :

a) Le régime des réserves consacré par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 avait été conçu par ses auteurs comme pouvant et devant s'appliquer à tous les traités multilatéraux, quel que soit leur objet, exception faite de certains traités conclus entre un nombre restreint de parties et des actes constitutifs d'organisations internationales, pour lesquels des dérogations limitées avaient été prévues;

b) Ce régime était, par sa souplesse et sa flexibilité, adapté aux particularités des traités normatifs, y compris aux instruments relatifs aux droits de l'homme;

c) À défaut d'assurer leur intégrité absolue, ce qui n'était guère compatible avec la définition même des réserves, il préservait l'essentiel de leur contenu et garantissait que celui-ci n'était pas dénaturé;

d) Cette conclusion n'était pas contredite par les arguments fondés sur la prétendue atteinte aux principes de réciprocité et d'égalité entre les parties : si atteinte il y avait, elle serait le fait des réserves elles-mêmes et non des règles qui leur étaient applicables; au surplus, ces objections n'étaient guère compatibles avec la nature même des traités normatifs qui, précisément, ne reposaient pas sur la réciprocité des engagements pris par les parties;

e) Il n'était pas nécessaire de prendre parti sur l'opportunité d'autoriser des réserves aux dispositions normatives, y compris en matière de droits de l'homme : si l'on estimait qu'elles devaient être prohibées, les parties avaient toute liberté de les exclure ou de les limiter en tant que de besoin en incluant une clause expresse en ce sens dans le traité, ce qui était parfaitement compatible avec les règles posées par les Conventions de Vienne susmentionnées, qui n'avaient qu'un caractère supplétif.

126. En troisième lieu, le Rapporteur spécial a examiné la mise en œuvre du régime général des réserves, et en particulier l'application du « régime de Vienne » aux traités relatifs aux droits de l'homme. En pratique, le critère fondamental de l'objet et du but du traité était appliqué aux réserves à ces traités (y compris en cas d'absence de clauses de réserves). Tant les textes de plusieurs traités relatifs aux droits de l'homme que la pratique des États consacraient ce principe fondamental : la nature particulière des traités normatifs n'avait donc pas d'incidence sur le régime des réserves.

127. Se penchant ensuite sur les mécanismes de contrôle de l'application du régime des réserves, le Rapporteur spécial a relevé que, depuis les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986, s'étaient développés des contrôles complémentaires effectués directement par les organes chargés de suivre l'application des instruments relatifs aux droits de l'homme. Il existait donc dorénavant deux types parallèles de contrôle de la licéité des réserves dans ce domaine : les mécanismes traditionnels (contrôle par les États contractants et, le cas échéant, par les organes juridictionnels dans le cadre du règlement des différends) et les organes de suivi des instruments relatifs aux droits de l'homme. Le rôle de ces derniers en matière de réserves avait pris une réelle ampleur au cours des quinze dernières années, tant sur le plan régional (pratique de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme et de la Commission et de la Cour interaméricaines des droits de l'homme) que sur le plan international (Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, et surtout Comité des droits de l'homme²³⁷, etc.).

128. Le fondement du contrôle exercé par les organes de suivi était lié à leur mission elle-même; dès lors que les instruments créaient des organes chargés de suivre leur application, ces organes avaient, conformément à un principe général de droit bien établi en droit international général, la compétence de leur compétence. En effet, ces organes ne pourraient s'acquitter de leurs fonctions s'ils ne pouvaient s'assurer de l'étendue exacte de leur compétence à l'égard des États concernés, et celle-ci dépendait de la portée et de la validité de l'expression du consentement à être lié. De reste, en pratique, les organes de suivi contrôlaient la licéité des réserves en se fondant sur le critère de l'objet et du but du traité. Le Rapporteur spécial a constaté que, par conséquent et compte tenu de cette évolution, une combinaison des différents modes de contrôle de la licéité des réserves existait dans le domaine des traités relatifs aux droits de l'homme (le contrôle classique par les États contractants parallèlement au contrôle par un organe de suivi, quand celui-ci était institué par le traité, sans exclure d'autres organes — tels que des organes juridictionnels ou arbitraux internationaux dans le cadre du règlement des différends, voire même des tribunaux nationaux). Cette situation n'exclut pas, mais au contraire implique une certaine complémentarité entre les différents modes de contrôle et une coopération entre les organes qui en sont chargés.

129. Le Rapporteur spécial s'est demandé quelles étaient les conséquences des constatations faites par les organes de suivi. Selon certains avis fondés sur le principe de la « dissociabilité » de la réserve (la possibilité de la dissocier du reste de l'expression par un État de son consentement à être lié), seule la réserve « illicite » devait être considérée comme nulle tandis que l'État continuait d'être partie au traité. Cependant, cette thèse allait à l'encontre du principe consensuel, base de tout engagement conventionnel.

²³⁷ Voir l'observation générale n° 24 (52) sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, adoptée par le Comité des droits de l'homme le 2 novembre 1994 (A/50/40, annexe V).

130. Le Rapporteur spécial a cependant estimé que la valeur juridique des constatations faites par les organes de suivi dans l'exercice de leur pouvoir de contrôle ne saurait excéder celle résultant des pouvoirs dont ils étaient dotés pour s'acquitter de leur mission générale de surveillance. Alors, même en cas de constatation de l'illicéité d'une réserve, il ne leur appartenait pas de se substituer à l'État pour déterminer si celui-ci entendait ou non être lié par le traité malgré l'illicéité de la réserve. C'était toujours aux États et à eux seuls qu'il appartenait de remédier aux illicéités constatées après avoir examiné ces constatations de bonne foi.

131. En aucun cas, les organes de contrôle de la licéité des réserves, quels qu'ils fussent, ne pouvaient se substituer à l'État réservataire dans la détermination de ses intentions quant à l'étendue des obligations conventionnelles qu'il était prêt à assumer; c'était donc à lui seul qu'il appartenait de décider de quelle manière il convenait de mettre fin au vice qui pouvait affecter l'expression de son consentement du fait de l'illicéité de la réserve. Cette « mise en conformité » pouvait se traduire par le retrait pur et simple de la réserve illicite, par sa modification dans un sens compatible avec l'objet et le but du traité ou par la terminaison de la participation de l'État au traité.

132. En guise de conclusion, le Rapporteur spécial a résumé les principales constatations faites dans son rapport. Il a relevé que les réserves aux traités n'exigeaient pas une diversification normative; le régime en vigueur était caractérisé par sa souplesse et son adaptabilité, et il réalisait de manière satisfaisante le nécessaire équilibre entre les exigences antagonistes de l'intégrité et de l'universalité du traité. Cet objectif d'équilibre était universel. Quel que fût son objet, un traité demeurait un traité et exprimait la volonté des États (ou des organisations internationales) qui y étaient parties. Le régime des réserves avait pour objectif de permettre à ces volontés de s'exprimer de manière équilibrée et il y parvenait de façon globalement satisfaisante. Il serait regrettable de le remettre en cause en accordant une importance induue à des considérations sectorielles qui pouvaient parfaitement s'accommoder du régime existant.

133. Selon le Rapporteur spécial, cette conclusion générale devait toutefois être tempérée par deux considérations :

a) En premier lieu, on ne saurait nier que le droit ne s'était pas figé en 1951 ou 1969; des problèmes qui ne se posaient pas (ou guère) alors avaient surgi et il convenait d'y répondre; cette réponse pouvait être apportée dans l'esprit des « règles de Vienne », étant entendu que celles-ci devaient être adaptées et prolongées, le cas échéant, lorsque le besoin s'en faisait sentir;

b) En second lieu, il convenait de garder à l'esprit que le moyen normal d'adapter les règles générales du droit international à des besoins et à des circonstances particulières était d'adopter, par la voie conventionnelle, les règles adéquates, ce qui pouvait aisément être fait dans le domaine des réserves par l'adoption de clauses de réserves dérogatoires si les parties en ressentaient le besoin.

134. Aucune considération décisive ne paraissait imposer l'adoption d'un régime particulier de réserves pour les traités normatifs, ni même pour les traités relatifs aux droits de l'homme. Les particularités de ces instruments étaient parfaitement présentes à l'esprit des juges de 1951 et des « codificateurs » des années ultérieures, et ne leur avaient pas semblé justifier un régime global dérogatoire.

135. En revanche, on aurait légitimement pu considérer que les rédacteurs des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 n'avaient guère envisagé le rôle que les organes chargés de suivre l'application de certains traités pouvaient être conduits à jouer dans la mise en œuvre du régime des réserves qu'ils avaient consacré, notamment dans le domaine de la protection des droits de l'homme. Mais ce rôle pouvait assez facilement être circonscrit par l'application de principes généraux du droit international et en gardant à l'esprit à la fois les fonctions d'un régime de réserves et celles qui incombaient à ces organes.

136. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'il avait joint à son rapport un projet de résolution sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris aux traités relatifs aux droits de l'homme, à l'intention de l'Assemblée générale, dans le but de souligner l'intérêt qu'il y aurait à clarifier les aspects juridiques de la question²³⁸.

²³⁸ Le Rapporteur spécial a proposé à la Commission d'adopter le projet de résolution suivant :

« *La Commission du droit international,*

« *Ayant examiné* la question de l'unité ou de la diversité du régime juridique des réserves lors de sa quarante-huitième session,

« *Consciente* des débats actuellement menés dans d'autres enceintes au sujet des réserves aux traités multilatéraux normatifs, tout particulièrement aux traités relatifs aux droits de l'homme,

« *Souhaitant* faire entendre la voix du droit international dans ces débats,

« 1. *Réaffirme* son attachement à l'application effective du régime de réserves consacré par les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales et, particulièrement, au critère fondamental de l'objet et du but du traité comme critère fondamental d'appréciation de la licéité des réserves;

« 2. *Considère* que, par sa souplesse et sa flexibilité, ce régime est adapté aux exigences de l'ensemble des traités, quels que soient leur objet ou leur nature, et réalise un équilibre satisfaisant entre les objectifs de préservation de l'intégrité du texte du traité et de l'universalité de la participation à celui-ci;

« 3. *Estime* que ces objectifs valent tout autant s'agissant des réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris dans le domaine des droits de l'homme, et que, dès lors, les règles générales énoncées dans les Conventions de Vienne susmentionnées sont pleinement applicables aux réserves à ces instruments;

« 4. *Considère néanmoins* que la création, par de nombreux traités relatifs aux droits de l'homme, de mécanismes de suivi pose des problèmes particuliers qui n'ont pas été envisagés lors de l'élaboration des Conventions, en ce qui concerne le contrôle de la licéité des réserves formulées par les États;

« 5. *Considère en outre* que, bien que ces traités soient muets à ce sujet, les organes qu'ils créent ont nécessairement compétence pour s'acquitter de cette tâche de contrôle, indispensable à l'exercice des fonctions dont ils sont chargés, mais que le contrôle qu'ils peuvent exercer sur la licéité des réserves n'est pas exclusif des modalités traditionnelles de contrôle par les parties contractantes d'une part, conformément aux dispositions précitées de la Convention de Vienne sur le droit des traités et de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisa-

137. Faute de temps, la Commission n'a pas pu examiner le rapport ni le projet de résolution. Elle a décidé de

tions internationales et, le cas échéant, par les organes de règlement d'un différend qui pourrait surgir quant à l'application du traité;

« 6. *Tient également pour certain* que c'est à l'État réservataire seul qu'il appartient de tirer les conséquences de l'incompatibilité de la réserve qu'il a formulée avec l'objet et le but du traité; pour ce faire, l'État peut renoncer à devenir partie, ou retirer sa réserve, ou la modifier de façon à remédier à l'illicéité constatée;

« 7. *Appelle* les États à coopérer pleinement et de bonne foi avec les organes de contrôle de la licéité des réserves lorsqu'il en existe;

« 8. *Suggère* qu'il serait souhaitable que, à l'avenir, des clauses spécifiques soient insérées dans les traités normatifs multilatéraux, notamment dans les traités relatifs aux droits de l'homme, afin de lever toutes les incertitudes relatives au régime de réserves applicable, au pouvoir de contrôle de leur licéité appartenant aux organes de suivi qu'ils instituent et aux effets juridiques de ce contrôle;

« 9. *Exprime l'espoir* que les principes énoncés ci-dessus permettront de clarifier le régime de réserves applicable aux traités multilatéraux normatifs, en particulier dans le domaine des droits de l'homme;

« 10. *Suggère* à l'Assemblée générale de porter la présente résolution à l'attention des États et des organes qui pourraient avoir à contrôler la licéité de ces réserves. »

reporter le débat sur ce sujet à la session suivante. Cependant, plusieurs membres ont félicité le Rapporteur spécial pour son rapport, qui traitait d'une question extrêmement complexe et délicate. À cet égard, ils ont rappelé qu'il serait souhaitable que la Commission étudie de manière détaillée certaines questions soulevées par le rapport, en tenant éventuellement compte d'autres types de traités normatifs. Le fait que le Rapporteur spécial ait annexé une bibliographie au rapport a également été très apprécié. Certains membres ont d'autre part exprimé le regret que la Commission n'ait pas trouvé le temps de se prononcer sur ce rapport à sa quarante-huitième session.

138. Par ailleurs, certains membres ont approuvé dans son principe l'idée d'adopter une résolution allant dans le sens de celle proposée par le Rapporteur spécial. Sans y être opposés, d'autres membres ont émis des doutes sur l'opportunité d'une telle résolution.

139. Enfin, la question de la création d'un groupe de travail sur ce sujet a également été évoquée.

Chapitre VII

AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

A. — Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

140. Conformément au paragraphe 9 de la résolution 50/45 de l'Assemblée générale (voir *infra* par. 149), la Commission a examiné cette question au titre du point 7 de son ordre du jour intitulé « Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission », et l'a renvoyée au Groupe de planification du Bureau élargi.

141. Le Groupe de planification a tenu six séances. Il était saisi de la section F du résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission pendant la cinquantième session de l'Assemblée générale, intitulée « Autres décisions et conclusions de la Commission » (doc. A/CN.4/472/Add.1, par. 175 à 190). À sa deuxième séance, le Groupe de planification a entendu un exposé de M. H. Corell, secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et conseiller juridique.

1. PROCÉDURES ET MÉTHODES DE TRAVAIL

142. Le Groupe de planification a institué un groupe de travail informel²³⁹ qui a examiné l'ensemble des questions en cause. Il a élaboré un projet sur le sujet, sur la base duquel le rapport du Groupe de planification a été établi.

143. De ses 2459^e à 2461^e séances, tenues du 12 au 16 juillet 1996, la Commission a examiné le rapport du Groupe de planification et l'a adopté. Le contenu de ce rapport est reproduit ci-après (par. 144 à 250).

PREMIÈRE PARTIE

RÉSUMÉ ET PRINCIPALES CONCLUSIONS

LA DEMANDE DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

144. Dans sa résolution 50/45, l'Assemblée générale a prié la Commission « d'examiner ses méthodes de travail afin de contribuer davantage encore au développement progressif et à la codification du droit international et d'inclure ses vues sur la question dans son rapport à

l'Assemblée générale à sa cinquante et unième session ». Elle a aussi souhaité que les gouvernements présentent des observations sur « le stade atteint par le processus de codification dans le système des Nations Unies ».

145. Pour répondre à la demande de l'Assemblée générale, la deuxième partie du présent rapport passe en revue les procédures de la Commission et tente de repérer les changements qui pourraient les rendre plus utiles et plus rationnelles. Parmi ces changements, il en est quelques-uns que la CDI peut opérer elle-même; d'autres exigeront la coopération d'autres organes, et en particulier de la Sixième Commission.

146. On trouvera dans le résumé ci-après les principales conclusions et recommandations formulées dans le rapport.

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS GÉNÉRALES

Conclusions

147. Pour décider quelles sont les méthodes propres à mieux assurer le développement progressif et la codification du droit international, il faut se faire une idée des possibilités de développement progressif et de codification qui s'offrent aujourd'hui, après la cinquantaine d'années de travaux que la Commission a à son actif. Sur cette question, la Commission est parvenue aux conclusions générales suivantes :

a) La distinction entre codification et développement progressif est difficile, sinon impossible, à établir dans la pratique; la Commission est partie d'une idée composite de codification et de développement progressif. Les distinctions que son statut établit entre les deux processus se sont révélées impraticables, et elles pourraient être supprimées si le statut était révisé (voir *infra* par. 156 à 159);

b) Malgré les nombreux changements qui ont jalonné l'évolution du droit international et de l'organisation de la société internationale depuis 1949, un processus ordonné de codification et de développement progressif continue de présenter un grand intérêt (par. 168 à 170).

c) Il y a un certain nombre de moyens de rendre les méthodes de travail de la CDI plus souples et plus rationnelles, et de structurer et renforcer ses relations avec la Sixième Commission (par. 171 à 176).

²³⁹ Ce groupe était composé de MM. J. Crawford (président), D. Bowett, K. Idris, A. Pellet et P. Sreenivasa Rao.

Recommandations

148. Pour les raisons indiquées dans la deuxième partie, la Commission formule les recommandations suivantes :

a) Il faudrait continuer, suivant la procédure établie par la Commission à sa quarante-quatrième session²⁴⁰, à recenser les sujets, pouvant faire l'objet de travaux futurs, à recommander à l'Assemblée générale (par. 164 et 165);

b) Parallèlement, l'Assemblée générale et, par son intermédiaire, d'autres organismes des Nations Unies, devraient être encouragés à soumettre à la Commission des sujets se prêtant à la codification et au développement progressif du droit international (par. 165, 177 et 178);

c) La CDI devrait étendre la pratique qui consiste à recenser les questions précises sur lesquelles elle souhaite que la Sixième Commission lui fasse part de ses observations, si possible avant l'adoption des projets d'articles pertinents (par. 181);

d) Les questionnaires adressés aux gouvernements devraient être d'utilisation facile; en particulier, ils devraient donner des indications claires sur l'objet et les raisons des demandes qui y sont formulées (ibid.);

e) Le rapport de la CDI devrait être plus bref et plus thématique, et tenter par tous les moyens de mettre en relief et d'expliquer les problèmes clefs pour permettre de structurer plus facilement les débats sur le rapport à la Sixième Commission (ibid.);

f) Il devrait être demandé aux rapporteurs spéciaux de préciser la nature et l'envergure des travaux prévus pour la session suivante (par. 189); leurs rapports devraient être disponibles suffisamment longtemps avant la session à laquelle ils doivent être examinés (par. 190);

g) Il devrait être demandé aux rapporteurs spéciaux de travailler avec un groupe de membres, qui aurait un rôle consultatif; cette formule devrait aussi être étendue à la seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États (par. 191 à 195);

h) Les rapporteurs spéciaux devraient autant que possible accompagner leurs projets d'articles de projets de commentaires ou de notes, et les réviser à la lumière des modifications apportées par le Comité de rédaction, afin que les commentaires soient disponibles au moment du débat en séance plénière (par. 196 à 200);

i) Il faudrait revoir le système des débats à la Commission pour mieux les structurer et permettre au président de récapituler à titre indicatif les conclusions qui en découlent, en s'appuyant au besoin sur les résultats d'un vote auquel il serait procédé à titre indicatif (par. 201 à 210);

j) Le système actuel de composition différente du Comité de rédaction selon le sujet étudié devrait être conservé (par. 214);

k) Il faudrait faire plus largement appel à des groupes de travail, tant pour essayer de régler tel ou tel désaccord que pour accélérer, lorsqu'il y a lieu, l'examen d'un sujet tout entier; dans ce dernier cas, le groupe de travail ferait normalement office de comité de rédaction (par. 217 et 218);

l) La Commission devrait fixer ses objectifs, et faire rapport à ce sujet à l'Assemblée générale, au début de chaque quinquennat et revoir son programme de travail futur à la fin du quinquennat (par. 221);

m) La Commission devrait revenir à l'ancienne pratique d'une session de dix semaines avec la possibilité d'une prolongation de deux semaines en cas de nécessité, tout spécialement pour la dernière session d'un quinquennat (par. 226);

n) Il faudrait tenter en 1998 l'expérience d'une session en deux temps (par. 227 à 232);

o) La contribution du secrétariat aux travaux de la Commission devrait être préservée et renforcée (par. 233 et 234);

p) Il faudrait conserver le Séminaire de droit international (par. 235);

q) Il faudrait stimuler davantage et développer les relations avec d'autres organismes comme les organismes juridiques régionaux (par. 239);

r) La Commission devrait chercher à nouer des liens avec d'autres organismes spécialisés des Nations Unies exerçant des fonctions normatives dans leurs domaines respectifs, et en particulier étudier la possibilité d'échanges d'information et même de travaux conjoints sur certains sujets (par. 240);

s) Il faudrait envisager de refondre et mettre à jour le statut de la Commission à l'occasion de son cinquantième anniversaire, en 1999 (par. 241 à 243).

DEUXIÈME PARTIE

ANALYSE DÉTAILLÉE

1. INTRODUCTION

149. Le 11 décembre 1995, l'Assemblée générale a adopté la résolution 50/45, par laquelle, notamment, elle :

9. *Prie* la Commission du droit international :

a) D'examiner ses méthodes de travail afin de contribuer davantage encore au développement progressif et à la codification du droit international et d'inclure ses vues sur la question dans son rapport à l'Assemblée générale à sa cinquante et unième session;

b) De continuer à veiller spécialement à indiquer dans son rapport annuel, pour chaque sujet, les points éventuels sur lesquels il serait particulièrement intéressant que les gouvernements expriment leurs vues, soit à la Sixième Commission, soit par écrit, afin de la guider utilement dans la poursuite de ses travaux.

10. *Prie* le Secrétaire général d'inviter les gouvernements à présenter des observations sur le stade atteint par le processus de codification dans le système des Nations Unies et de lui faire rapport sur la question à sa cinquante et unième session.

²⁴⁰ Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), p. 57 et 58, par. 373.

150. La Commission n'a pas manqué de garder à l'étude, au fil des ans, la question de ses méthodes de travail, auxquelles elle a apporté un certain nombre de changements²⁴¹. Mais comme les paragraphes susmentionnés de la résolution le laissent entendre et comme le débat sur le rapport de la CDI auquel la Sixième Commission a procédé en 1995 le montre²⁴², il se révèle nécessaire d'entreprendre une analyse plus approfondie du « stade atteint par le processus de codification dans le système des Nations Unies », ainsi que du rôle futur de la CDI dans ce processus. C'est dans cet esprit qu'aux termes du paragraphe 9 de sa résolution 50/45, l'Assemblée générale a invité la Commission à examiner ses méthodes de travail.

151. Le présent rapport a été établi par la Commission²⁴³ dans le cadre de l'examen permanent de ses méthodes de travail et de ses procédures qu'elle a engagé, et en réponse à la demande formulée par l'Assemblée générale au paragraphe 9 de sa résolution 50/45. Il dresse un inventaire des modifications qui pourraient être apportées aux méthodes de travail de la Commission pour renforcer son utilité et son efficacité²⁴⁴. Comme il apparaîtra plus loin, certaines de ces modifications sont du ressort de la CDI; d'autres appellent une initiative ou la coopération d'autres organes, et en particulier la Sixième Commission elle-même.

152. Pour analyser les procédures suivies par la Commission, il faut tenir compte d'un certain nombre de réformes qu'elle a adoptées ces dernières années, ainsi que des limitations imposées par des facteurs externes. Il sera rendu compte ici, non pas des méthodes de travail de la Commission en général, mais de certains de leurs aspects, le cas échéant, dans la section correspondante.

2. LES PERSPECTIVES EN MATIÈRE DE CODIFICATION ET DE DÉVELOPPEMENT PROGRESSIF DU DROIT INTERNATIONAL

153. La demande formulée par l'Assemblée générale au paragraphe 9 de sa résolution 50/45 a pour objectif d'amener la Commission à « contribuer davantage encore au développement progressif et à la codification du droit international ». Pour déterminer les méthodes de travail de la Commission qui serviront le mieux cet ob-

²⁴¹ Pour l'examen des méthodes de travail dans le passé, voir, par exemple, les débats qui se sont déroulés (*Annuaire... 1958*, vol. II, p. 111 à 115, doc. A/3859, par. 57 à 76) sur la base d'un rapport établi par M. Zourek, rapporteur spécial pour les relations et immunités consulaires (*Annuaire... 1957*, vol. II, p. 81, doc. A/CN.4/108). Au cours du présent quinquennat (1992-1996), la CDI a cherché à restructurer son rapport annuel [*Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), p. 57 et 58], a revu les arrangements relatifs aux travaux du Comité de rédaction (*ibid.*, p. 57), a traité en trois sessions un sujet majeur, à savoir le projet de statut d'une cour criminelle internationale, en le confiant à un groupe de travail [pour la recommandation finale, voir *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 20 et p. 104, annexe], et a adopté une procédure plus méthodique et exhaustive pour l'examen de nouveaux sujets éventuels.

²⁴² Voir le résumé thématique des débats à la Sixième Commission (A/CN.4/472/Add.1), sect. F.

²⁴³ Un groupe de travail restreint, composé de MM. Crawford (président), Bowett, Idris, Pellet et Sreenivasa Rao, a établi un avant-projet, qu'il a révisé compte tenu du débat qui s'est déroulé au sein du Groupe de planification.

²⁴⁴ Un certain nombre de changements ont été mis en œuvre au cours du présent quinquennat (voir *supra* note 241).

jectif, il importe de se pencher tout d'abord sur les perspectives actuelles du développement progressif et de la codification du droit international, après environ cinquante ans d'activité.

154. La Commission a été créée par l'Assemblée générale, aux termes de sa résolution 174 (II) du 21 novembre 1947²⁴⁵, et elle a tenu sa première session, qui a duré près de neuf semaines, en 1949. Il existait à l'époque un fort courant en faveur d'une commission à plein temps.

155. La Commission a pour but de « promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification » (statut, art. 1^{er}, par. 1); elle doit s'occuper « au premier chef » du droit international public, sans qu'il lui soit interdit de pénétrer dans le domaine du droit international privé (*ibid.*, par. 2). Ces dernières années, la Commission n'a pas pénétré dans le domaine du droit international privé, si ce n'est incidemment et à l'occasion de travaux sur des matières de droit international public; de toute manière, compte tenu des travaux d'organes comme la CNUDCI et la Conférence de La Haye de droit international privé, il semble improbable qu'elle soit appelée à le faire.

a) La « distinction » entre codification et développement progressif

156. À l'article premier du statut, une distinction est établie entre « le développement progressif du droit international » et « sa codification ». Cette distinction est développée ensuite à l'article 15, où l'expression « développement progressif » est (« pour la commodité ») associée à l'élaboration de projets de convention, et l'idée de codification du droit international, aux cas où il s'agit « de formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales ». Mais il est bien connu que la distinction entre codification et développement progressif est difficile, voire impossible, à établir dans la pratique, notamment lorsque l'on entre dans le détail qui est nécessaire pour donner effet avec plus de précision à un principe²⁴⁶. De plus, il est trop simple de prétendre que le développement progressif du droit international, par opposition à la codification, est associé en particulier à l'élaboration de conventions. La souplesse s'impose dans tous les cas, et pour bien des raisons.

157. C'est ainsi que la Commission a, inévitablement, procédé à partir d'une idée composite de « codification

²⁴⁵ Le statut de la Commission a été modifié à six reprises, et en dernier par la résolution 36/39 de l'Assemblée générale, en date du 18 novembre 1981, qui a porté le nombre de ses membres à 34 au lieu de 15 à l'origine.

²⁴⁶ Voir par exemple Herbert W. Briggs, *The International Law Commission*, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1965, p. 129 à 141; S. Rosenne, *Practice and Methods of Law*, Londres, Rome, New York, Oceana, 1984, p. 73 et 74; Sir Ian Sinclair, *The International Law Commission*, Cambridge, Grotius, 1987, p. 46 et 47, et 120 à 126; Roberto Ago, « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », *Revue générale de droit international public*, t. XCII, p. 539, 1988. Voir également Y. Daudet, *Les conférences des Nations Unies pour la codification du droit international*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968.

et développement progressif ». En d'autres termes, ses travaux ont porté sur l'élaboration de textes multilatéraux concernant des sujets généraux qui intéressent tous les États ou nombre d'entre eux, et cherchant à la fois à refléter les principes acceptés pour les régir et à préciser, définir et développer plus avant les idées selon que de besoin.

b) *Le choix des sujets à inscrire au programme de travail de la Commission*

158. Le choix des sujets à inscrire au programme de travail de la Commission constitue un autre aspect de la distinction établie, dans le statut, entre codification et développement progressif du droit international. Il est sous-entendu, dans le statut, que l'initiative de l'examen de propositions concernant le développement progressif du droit international émanera de l'Assemblée générale (art. 16) ou d'autres organes (art. 17), tandis qu'il appartient à la Commission elle-même de choisir les sujets de codification qu'elle peut recommander à l'Assemblée (art. 18, par. 1 et 2)²⁴⁷. Le paragraphe 1 de l'article 18 dispose que :

La Commission recherche, dans l'ensemble du droit international, les sujets appropriés de codification, en tenant compte des projets existants, qu'ils soient d'origine gouvernementale ou non.

159. Dans la pratique, la procédure suivie pour l'examen de la plupart des sujets auquel la Commission a procédé a été sensiblement la même, que l'aspect développement progressif ou l'aspect codification ait été réputé prédominer. Depuis 1970, la plupart des propositions concernant les sujets à traiter ont émané de la Commission, même si c'est l'Assemblée générale qui, par exemple, a relancé la question du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité en 1981²⁴⁸ et qui a invité la Commission à explorer la possibilité de créer une cour pénale internationale²⁴⁹. Il est à souligner que la Commission s'est toujours attachée à obtenir l'approbation de l'Assemblée avant de s'engager dans l'étude détaillée d'un sujet.

160. La recherche des sujets « dans l'ensemble du droit international », dont il est question au paragraphe 1 de l'article 18 du statut, a été conduite initialement à partir d'un mémorandum du Secrétariat, en fait un mémorandum établi par M. Lauterpacht, devenu ultérieurement membre de la Commission²⁵⁰. Dans ce mémorandum, vingt-cinq sujets étaient passés en revue, que la Commission a analysés et à partir desquels elle a dressé une liste provisoire de quatorze matières choisies en vue de leur codification²⁵¹. Un certain nombre de ces matières ont été retenues pour faire l'objet des premiers travaux de la Commission.

161. Sur les quatorze sujets retenus au départ et à titre provisoire, la Commission, en 1996, en avait traité, en tout ou en grande partie, neuf²⁵². Sur les cinq autres sujets, un a été abordé sans succès, puis abandonné, mais proposé récemment par la Commission pour être traité de nouveau en partie sous l'intitulé « Protection diplomatique »²⁵³; un autre (« Responsabilité des États ») est toujours en cours d'examen²⁵⁴; et trois n'ont jamais été abordés²⁵⁵.

²⁵² Il s'agit des sujets suivants (avec indication de l'issue éventuelle des travaux) :

a) Succession d'États et de gouvernements (d'importantes matières relevant de la succession d'États ont été examinées par la Commission, et les travaux ont abouti à la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités et à la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État; une matière, la nationalité en relation avec la succession d'États, est depuis peu en cours d'examen. Il n'a jamais été proposé avec insistance d'étudier le sujet de la succession de gouvernements, sans doute parce que, compte tenu de la pratique quasiment uniforme qui consacre la continuité des obligations prises par les États en dépit des changements de gouvernement, il y a très peu de choses à dire sur ce point);

b) Immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (projet d'articles adopté par la Commission à sa quarante-troisième session [voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 13 et suiv.], mais l'Assemblée générale, en 1994, en a reporté l'examen à trois ou quatre ans plus tard);

c) Régime de la haute mer (Convention sur la haute mer) et régime des eaux territoriales (Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë). En fait, la Commission a également mis au point des projets d'articles sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer et sur le plateau continental (ces matières ont fait l'objet, en 1958, de la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer et de la Convention sur le plateau continental);

d) Nationalité, y compris l'apatridie (projet de convention sur l'élimination de l'apatridie dans l'avenir et projet de convention sur la réduction du nombre de cas d'apatridie dans l'avenir, qui ont débouché sur l'adoption, en 1961, de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie);

e) Droit des traités (Convention de Vienne sur le droit des traités en 1968, Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, en 1986);

f) Relations et immunités diplomatiques (Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, en 1961);

g) Relations et immunités consulaires (Convention de Vienne sur les relations consulaires, en 1963);

h) Procédure arbitrale (Modèle de règles sur la procédure arbitrale, en 1958).

²⁵³ À savoir : traitement des étrangers. Voir le troisième rapport du Rapporteur spécial, M. García Amador (*Annuaire... 1958*, vol. II, p. 49, doc. A/CN.4/411), ainsi que son quatrième rapport (*Annuaire... 1959*, vol. II, p. 1, doc. A/CN.4/119), son cinquième rapport (*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 1, doc. A/CN.4/134 et Add.1).

²⁵⁴ La Commission a décidé à sa quinzième session d'étudier les règles générales ou « secondaires » de la responsabilité (voir *Annuaire... 1963*, vol. II, p. 234, doc. A/5509). Les travaux, abordés dans le détail à sa vingt et unième session seulement, en 1969, se sont poursuivis avec différents rapporteurs spéciaux (MM. Ago, Riphagen et Arangio-Ruiz) jusqu'à la présente session, au cours de laquelle la Commission comptait achever l'examen en première lecture de l'ensemble du projet d'articles.

²⁵⁵ À savoir : reconnaissance des États et des gouvernements, juridiction en matière d'infractions commises en dehors du territoire national, et droit d'asile. À propos du deuxième de ces sujets, le sujet connexe de la juridiction civile à l'égard des affaires survenant en dehors de l'État du for n'était pas inscrit sur la liste de 1949 — et il était en fait difficilement discernable dans la liste plus longue qui a servi à établir celle qui a été retenue [voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément n° 10 (A/925)*, par. 15 et 16].

²⁴⁷ D'un autre côté, l'Assemblée générale peut demander à la Commission de traiter de toute question de codification, et les demandes dans ce sens ont la priorité (art. 18, par. 3).

²⁴⁸ Résolution 36/106 de l'Assemblée générale.

²⁴⁹ Résolutions 45/41 et 46/54 de l'Assemblée générale, par. 3.

²⁵⁰ Voir Nations Unies, *Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international*, mémorandum du Secrétaire général [numéro de vente : 1948.V.I(1)]; réédité en anglais dans *International Law*, textes réunis par H. Lauterpacht, Cambridge, University Press, 1970, vol. I, p. 445.

²⁵¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément n° 10 (A/925)*, par. 16.

162. D'autres matières ont été ajoutées au programme de travail, selon diverses modalités. En particulier dans les premières années d'existence de la Commission, l'Assemblée générale lui a renvoyé un certain nombre de questions. La Commission a ainsi reçu de l'Assemblée, au total, seize demandes ou recommandations, dont pas moins de sept à ses tout débuts.

163. À ses vingt-troisième et vingt-quatrième sessions, la Commission a procédé à un nouvel examen, assez approfondi, de ses activités, en se fondant sur une série de documents établis par le secrétariat²⁵⁶. Les conclusions auxquelles elle est parvenue étaient modestes : elle poursuivrait les travaux sur les principaux sujets alors en cours d'examen, et, à la demande de l'Assemblée générale, elle a ajouté à ces sujets le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation²⁵⁷.

164. À sa quarante-quatrième session, la Commission a inauguré une procédure plus rigoureuse pour le choix des sujets²⁵⁸. Un groupe de travail a retenu à titre provisoire douze sujets susceptibles d'être ultérieurement étudiés, et des membres de la Commission ont été appelés à rédiger un bref schéma donnant un aperçu de la nature du sujet, de son objet et de ce qui en avait déjà été traité dans des conventions ou dans des projets de codification émanant d'organismes privés comme l'Association de droit international ou l'Institut de droit international. Ces schémas ont été diffusés²⁵⁹, et c'est sur la base de ces schémas que la Commission a recommandé, à sa quarante-cinquième session, la mise en route — approuvée par l'Assemblée générale — de travaux sur la question du droit et de la pratique concernant les réserves aux traités et celle de la succession d'États et de la nationalité des personnes physiques et morales²⁶⁰.

165. La Commission estime que cette méthode de sélection est meilleure que la précédente. Aborder un nouveau sujet, quel qu'il soit, comporte toujours quelque incertitude et suppose quelque discernement : l'incertitude est réduite et le discernement facilité si la sélection ne

s'opère qu'après mûr examen, à partir de travaux qui n'engagent la Commission ni en ce qui concerne le sujet ni en ce qui concerne le choix de la manière dont il sera traité. En même temps, l'Assemblée générale et, à travers elle, le système des Nations Unies devraient être encouragés à soumettre à la Commission des sujets susceptibles de donner lieu à une codification et à un développement progressif du droit international. Il serait souhaitable d'inscrire à l'ordre du jour de la Commission à la fois des sujets qui lui sont renvoyés et des sujets qu'elle propose, et qui sont approuvés par l'Assemblée générale, selon la procédure exposée plus haut.

166. Le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, institué par la Commission, a établi un plan général de sujets de droit international, parmi lesquels figuraient des sujets déjà abordés par la Commission, des sujets à l'examen à la Commission et des sujets qu'elle pourrait étudier dans l'avenir (voir ci-après annexe II).

c) *La codification et le développement progressif cinquante ans après*

167. Il a été généralement admis, après 1945, que le droit international était à bien des égards incertain et peu développé, et qu'il demandait à la fois une codification et un développement progressif. L'idée simple qu'il serait possible, voire souhaitable, de faire tenir tout le droit international dans un « code » unique a vite été abandonnée²⁶¹. Toutes autres considérations mises à part, l'élaboration d'un code de ce genre aurait été une tâche « napoléonienne ». Mais il est possible de discerner les fruits de la codification et du développement progressif à long terme dans des domaines tels que le droit des traités, les relations diplomatiques et consulaires et le droit de la mer²⁶². Les règles de droit international applicables dans chacun de ces domaines sont énoncées dans des textes qui servent de point de départ à tout examen juridique qui pourrait être entrepris. C'est là un progrès indiscutable dans les relations entre États. C'est également la preuve de la permanence de la valeur d'un processus ordonné de codification et de développement progressif.

168. D'un autre côté, les relations entre États et entre États et institutions internationales ont, au cours des cinquante dernières années, subi de nombreux changements, susceptibles d'avoir des répercussions sur les travaux que la Commission pourrait utilement entreprendre. Parmi ces changements, il convient de citer :

a) Le caractère technique et administratif de nombreux problèmes de droit nouveaux;

b) Une tendance à traiter de certaines questions juridiques dans un cadre régional (certains problèmes d'environnement, par exemple), voire bilatéral (la protection des investissements, par exemple);

²⁵⁶ Voir *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 244 et 245, doc. A/7610/Rev.1; *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 265, doc. A/CN.4/230; et *Annuaire... 1971*, vol. II (2^e partie), p. 1, doc. A/CN.4/245. Pour l'examen de ces matières par la Commission et les conclusions auxquelles celle-ci est parvenue, voir *Annuaire... 1971*, vol. II (1^{re} partie), p. 370 et 371, doc. A/8410/Rev.1, par. 119 à 128; *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 221, doc. A/CN.4/254; et *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 229 à 235, doc. A/9010/Rev.1, par. 134 à 176. La Commission avait procédé, à sa quatorzième session, à un examen de ce genre (voir *Annuaire... 1962*, vol. II, p. 95, doc. A/CN.4/145, et p. 210, doc. A/5209), et avait refusé d'ajouter de nouvelles matières à une liste déjà longue.

²⁵⁷ Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 235, doc. A/9010/Rev.1, par. 175, et résolution 2780 (XXVI) de l'Assemblée générale. La Commission a achevé l'examen en deuxième lecture du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation à sa quarante-sixième session [*Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 94 et suiv.].

²⁵⁸ Voir *supra* note 240.

²⁵⁹ *Annuaire... 1993*, vol. II (1^{re} partie), p. 219, doc. A/CN.4/454.

²⁶⁰ *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 99 à 101, par. 425 à 446. À la quarantième session de la Commission, la question de la protection diplomatique a été retenue pour faire l'objet d'une étude de faisabilité sans établissement préalable d'un schéma [*Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), p. 116, par. 501]. Au paragraphe 8 de sa résolution 50/45, l'Assemblée générale a pris note de cette suggestion et invité les gouvernements à présenter des observations à ce propos.

²⁶¹ Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 231 et 232, doc. A/9010/Rev.1, par. 152 à 158.

²⁶² L'instrument qui régit la matière est désormais la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, laquelle, sur certains points essentiels — la mer territoriale et la haute mer, en particulier —, reprend les dispositions de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë et de la Convention sur la haute mer.

c) La prolifération d'organes dotés de mandats normatifs particuliers (qu'il s'agisse d'organes permanents comme la CNUDCI ou le Sous-Comité juridique du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, ou d'organes ad hoc comme la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer) ou d'une compétence institutionnelle principale dans un domaine donné (la Commission des droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme, le PNUE, l'OMC, etc.);

d) Les activités des institutions spécialisées des Nations Unies en général (OMI, OACI, etc.).

169. Ces facteurs ne jouent pas tous dans le même sens. La prolifération d'organismes, dotés d'attributions précises dans des domaines donnés du droit ou de la pratique, limite le champ d'action dans lequel la Commission peut évoluer sans risque d'empiéter sur leurs travaux. En revanche, il existe une marge de collaboration avec ces organismes en ce qui concerne le développement de domaines du droit international revêtant un intérêt général aussi bien que spécialisé. La tendance à traiter de problèmes donnés sur une base bilatérale est peut-être une réponse aux déficiences du droit général qui sont constatées, déficiences qu'il faut malgré tout aborder. Il existe d'une façon générale un risque de fragmentation du droit international et de la pratique, que la Commission, avec le mandat général et la mission qui sont les siens, peut aider à contrecarrer.

170. Ainsi, s'il est vrai que les travaux sur nombre des grands sujets réputés mûrs pour être codifiés — par exemple, le droit de la mer, le droit des traités, les relations diplomatiques et consulaires — ont été menés à bien, il n'en demeure pas moins que l'idée que la codification n'est plus nécessaire est déplacée. Même en ce qui concerne des domaines désormais régis par un traité, la pratique peut se développer et soulever de nouvelles difficultés, appelant un nouvel examen, ce qui est le cas, par exemple, des réserves aux traités. Au niveau international, la codification et le développement progressif sont un processus continu. Qui plus est, le rythme de développement du droit international est désormais rapide, et le fait est que des organismes privés qui, comme l'Association de droit international et l'Institut de droit international, étudient les problèmes actuels, semblent n'avoir aucun mal à recenser les domaines du droit qui doivent faire l'objet, sinon d'une codification, du moins d'une clarification, d'un développement et d'une formulation explicite. Or, les organismes privés n'ont pas la faculté que possède la Commission, en sa qualité d'organe des Nations Unies, d'obtenir des informations des gouvernements et d'engager un dialogue avec eux. La CDI peut exercer cette faculté par l'intermédiaire de la Sixième Commission, à travers des demandes d'information et d'observations adressées aux gouvernements et grâce aux liens directs qui existent entre celle-ci et les comités consultatifs régionaux. Aussi longtemps que le processus de relations et de dialogue sera efficace, un organe comme la CDI conservera probablement son utilité.

171. D'un autre côté, les travaux de la Commission ont été ponctués de difficultés, même en ce qui concerne la première génération de projets. Pour diverses raisons, il

a fallu beaucoup de temps pour mener à bien les travaux sur certains sujets majeurs inscrits à l'ordre du jour de la Commission, en raison notamment de leur importance, de leur ampleur et de leur difficulté. Cela a eu pour effet de ralentir les travaux sur d'autres sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission et de semer le doute quant à l'opportunité de lui confier de nouvelles tâches avant qu'elle n'achève celles qu'elle avait entreprises.

172. La Commission estime souhaitable d'apporter un certain nombre de modifications à ses méthodes de travail pour pouvoir faire face à la situation présente. Les sections suivantes du présent rapport sont consacrées à la question des changements à opérer, et notamment : les relations entre la Commission et l'Assemblée générale (Sixième Commission) [sect. 3], le rôle du rapporteur spécial (sect. 4), les relations entre la Commission, le Comité de rédaction et les groupes de travail (sect. 5), la durée et la structure des sessions de la Commission (sect. 6), les relations de la Commission avec d'autres organismes (sect. 7), et la révision éventuelle du statut de la Commission (sect. 8).

3. LES RELATIONS ENTRE LA COMMISSION ET L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE (SIXIÈME COMMISSION)

173. Cette question est expressément mentionnée par l'Assemblée générale au septième alinéa du préambule de sa résolution 50/45, où il est fait état de la nécessité « de renforcer encore les relations entre la Sixième Commission, en sa qualité d'organe constitué de représentants des gouvernements, et la Commission du droit international, en sa qualité d'organe constitué d'experts juridiques indépendants, en vue d'améliorer le dialogue entre l'une et l'autre ». Tout en réaffirmant succinctement le caractère des deux organes, cet alinéa donne clairement à entendre que le dialogue entre eux pourrait être amélioré.

174. Aux termes de l'article 3 du statut de la Commission, ses membres sont élus par l'Assemblée générale sur une liste de candidats présentés par les gouvernements des États Membres de l'Organisation des Nations Unies. Les électeurs, est-il précisé, « auront en vue que les personnes appelées à faire partie de la Commission réunissent individuellement les conditions requises et que, dans l'ensemble, la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde soit assurée » (statut, art. 8). L'existence de groupes régionaux aux fins de l'élection des membres est expressément reconnue dans le statut par suite de l'amendement de 1981 (art. 9)²⁶³, ce qui contribue à assurer la représentativité de la Commission dans son ensemble. En revanche, il existe une saine tradition au sein de la Commission, qui est pleinement conforme au statut d'indépendance des membres, selon laquelle tous les membres participent à titre personnel aux travaux de la Commission et ne sont en aucune manière des « représentants »²⁶⁴.

175. S'agissant des qualités individuelles requises, le paragraphe 1 de l'article 2 du statut stipule que les

²⁶³ Voir *supra* note 145.

²⁶⁴ Le statut lui-même est muet sur ce point.

membres possèdent « une compétence reconnue en matière de droit international ». Les membres de la Commission sont rééligibles sans restriction (statut, art. 10); il n'existe aucune limite d'âge. On peut noter qu'il n'y a jamais eu de femme membre de la Commission.

176. Ce rappel étant fait, la Commission aborde les questions de fond que soulèvent les « relations entre la Sixième Commission, en sa qualité d'organe constitué de représentants des gouvernements, et la Commission du droit international, en sa qualité d'organe constitué d'experts juridiques indépendants ».

a) Initiative des travaux sur des sujets spécifiés

177. Une source importante de nouvelles tâches éventuelles pour la Commission réside dans les demandes que lui adressent l'Assemblée générale ou d'autres organes des Nations Unies. Cette procédure est expressément prévue à l'article 16 et au paragraphe 3 de l'article 18 du statut de la Commission, mais au cours des années récentes, ces dispositions ont été peu employées. Le débat lié à la Décennie des Nations Unies pour le droit international n'a pas non plus vu le développement de nouvelles idées susceptibles d'être portées à l'ordre du jour de la CDI par la Sixième Commission. Comme la CDI l'a montré lors de ses travaux sur la question de la protection et de l'inviolabilité des agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection spéciale en vertu du droit international²⁶⁵ et, plus récemment, sur le projet de statut d'une cour criminelle internationale²⁶⁶, elle est capable de donner suite sans délai à de telles demandes. Elle peut ainsi produire un commentaire ou un avis ou, comme dans les deux cas cités, élaborer des projets d'articles sous une forme appropriée aux fins d'adoption lors d'une conférence diplomatique.

178. De l'avis de la Commission, il serait souhaitable que son programme de travail comporte, d'une part, des sujets proposés au sein de la Commission et approuvés par l'Assemblée générale, et, d'autre part, des sujets émanant d'autres organes du système des Nations Unies et expressément renvoyés à la Commission par l'Assemblée en application du statut de la Commission. Ce type de renvoi permet d'éviter des chevauchements et de favoriser la coordination dans l'effort d'élaboration du droit international. Naturellement, les sujets renvoyés doivent être pertinents pour la Commission, « organe constitué d'experts juridiques indépendants » dans le domaine du droit international général.

b) Aperçu des travaux en cours et commentaire

179. L'examen des travaux de la Commission et la fourniture d'informations en retour par les États prennent de multiples formes. En particulier, dès le début des travaux sur un sujet, les États sont invités à donner des ren-

seignements sur leur pratique et leur législation, et à répondre à un questionnaire. Les représentants des États Membres à la Sixième Commission formulent oralement leurs observations sur le rapport annuel de la CDI, l'examen du rapport à la Sixième Commission étant désormais utilement divisé en fonction des différentes composantes du rapport. De plus, les États sont invités à fournir officiellement des observations écrites en réponse à des demandes particulières faites par la CDI dans son rapport, ainsi que sur les projets d'articles adoptés sur tout sujet en première lecture.

180. Il existe toutefois des différences considérables quant à l'ampleur des renseignements et des observations fournis par les gouvernements sur les rapports et les projets de la Commission. Les gouvernements peuvent se contenter de laisser progresser les travaux sur un sujet ou, étant de manière générale à même d'accepter les orientations des travaux, ils peuvent ne pas ressentir le besoin de faire des observations. D'autres peuvent souhaiter infléchir le cours de travaux particuliers et, dès lors, s'exprimer davantage. De nombreux gouvernements, notamment ceux de pays en développement, ont très peu de ressources à consacrer à cette tâche. Il n'en est pas moins vrai que, dans de nombreux cas, les demandes d'observations ou même de renseignements de la Commission restent sans réponse²⁶⁷. L'interaction entre la Commission et les gouvernements est capitale pour le rôle de la Commission, et les choses pourraient être améliorées de part et d'autre.

181. Pour sa part, la Commission estime qu'elle devrait s'efforcer d'étendre sa pratique consistant à cerner des questions sur lesquelles elle tient expressément à obtenir des observations, si possible préalablement à l'adoption des projets d'articles s'y rapportant. Ces questions devraient revêtir un caractère général, « stratégique », et non se rapporter à des aspects de la technique rédactionnelle. La Commission devrait s'efforcer de faire en sorte que le rapport ainsi que tout questionnaire adressé aux gouvernements soient plus facilement utilisables, et qu'ils comportent des indications claires quant à l'objet et aux raisons d'une éventuelle demande. En

²⁶⁷ S'agissant des réponses écrites fournies par les gouvernements à des questionnaires de la Commission sur quelques sujets récents, les chiffres sont les suivants :

Responsabilité des États : 15 [*Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), p. 85, doc. A/CN.4/328 et Add.1 à 4; et *Annuaire... 1981*, vol. II (1^{re} partie), p. 73, doc. A/CN.4/342 et Add.1 à 4];

Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation : 21 [*Annuaire... 1993*, vol. II (1^{re} partie), p. 155, doc. A/CN.4/447 et Add.1 à 3];

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité : 16 [*Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), p. 84, doc. A/CN.4/392 et Add.1 et 2; *Annuaire... 1987*, vol. II (1^{re} partie), p. 11, doc. A/CN.4/407 et Add.1 et 2; et *Annuaire... 1990*, vol. II (1^{re} partie), p. 23, doc. A/CN.4/429 et Add.1 à 4];

Immunités juridictionnelles des États et de leurs biens : 28 [*Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 45, doc. A/CN.4/410 et Add.1 à 5];

Statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique : 29 [*Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 127, doc. A/CN.4/409 et Add.1 à 5; et *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie), p. 81, A/CN.4/420];

Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités : 14 (au 24 juillet 1996).

²⁶⁵ Cette demande est venue du Conseil de sécurité par le biais de l'Assemblée générale : voir doc. A/9407 et résolution 3166 (XXVIII) de l'Assemblée; voir aussi *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 339, doc. A/8710/Rev.1.

²⁶⁶ Voir résolution 45/41 de l'Assemblée générale (par. 3) et, pour le projet de statut, *supra* note 70.

particulier, le rapport de la Commission devrait être plus court, plus thématique, et viser autant que possible à mettre en relief et à expliquer les questions clefs. Le rôle du Rapporteur spécial dans l'élaboration du rapport devrait être renforcé²⁶⁸. La Commission devrait revenir sur ces questions au cours du nouveau quinquennat.

c) *Rôle de la Sixième Commission à l'égard du texte final des projets de la CDI*

182. La CDI a rempli sa tâche sur un sujet donné lorsqu'elle présente à la Sixième Commission une série complète de projets d'articles sur ce sujet. L'objet assigné à la Commission est — peut-on penser — pleinement accompli si les projets d'articles et les commentaires dont ils sont assortis énoncent les principes pertinents d'une manière propre, de façon générale, à permettre leur adoption par les États. En revanche, la question de savoir si telle ou telle série de projets d'articles est acceptable ou susceptible d'adoption à un moment donné relève essentiellement d'une décision de principe de la Sixième Commission et des États Membres.

183. La réponse à un ensemble de projets d'articles ou à d'autres travaux de la Commission peut prendre diverses formes. En soumettant ses travaux, la CDI elle-même fait une recommandation initiale à cet égard²⁶⁹, mais le choix des moyens relève de la Sixième Commission. Dans le cas d'un texte qui ne donne pas lieu à une recommandation d'adoption sous forme de convention, une simple décision de prendre acte ou une incorporation dans une résolution de l'Assemblée générale peut être suffisante. Dans le cas de projets d'articles susceptibles de constituer la base d'une convention, la Sixième Commission peut simplement prendre acte du résultat, elle peut le traiter à titre préliminaire dans le cadre d'un groupe de travail ou convoquer une conférence préparatoire à une fin analogue, elle peut convoquer immédiatement une conférence diplomatique, ou (comme c'est le cas pour le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, soumis à l'Assemblée lors de la quarante-sixième session de la CDI²⁷⁰) elle peut choisir de traiter elle-même les projets d'articles. Le paragraphe 2 de l'article 23 du statut prévoit aussi que l'Assemblée peut renvoyer « à la Commission les projets aux fins de réexamen ou de nouvelle rédaction ». Cette possibilité pourrait être employée plus efficacement.

184. La Commission fait simplement observer que s'il existait des doutes sérieux quant à l'acceptabilité d'un texte quelconque concernant un sujet donné, il serait utile que l'Assemblée générale et les gouvernements les expriment fermement à un stade plus précoce, sans laisser les difficultés en suspens et attendre que la CDI ait achevé ses travaux et les ait présentés à la Sixième Commission.

²⁶⁸ Voir A/CN.4/L.473 et Rev.1, sect. 4.

²⁶⁹ Statut de la CDI, art. 23.

²⁷⁰ Voir *supra* note 257.

4. LE RÔLE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

a) *Désignation*

185. Le rapporteur spécial a joué un rôle central dans l'activité de la Commission. En fait, le statut ne prévoit expressément la désignation d'un rapporteur que dans le cas de projets concernant le développement progressif (art. 16, al. a)²⁷¹. Mais d'emblée, la Commission a pris l'habitude de désigner un rapporteur spécial au tout début de l'étude d'un sujet, indépendamment de la question de savoir si celui-ci relevait de la codification ou du développement progressif²⁷².

186. En pratique, les mandats des rapporteurs spéciaux sont généralement répartis entre des membres de régions différentes. Ce système, à condition d'être appliqué avec une certaine souplesse, présente de nombreux avantages, notamment dans la mesure où il contribue à garantir que la formulation de rapports et de propositions s'inspire de conceptions différentes et de cultures juridiques différentes.

187. Il faut souligner que les difficultés qu'a rencontrées la Commission au cours de ses travaux ont été largement imputables, non à la désignation d'un rapporteur spécial pour un sujet, mais au fait que les rapporteurs spéciaux ont eu tendance, voire ont été incités à travailler à l'écart de la Commission, pratiquement sans directives, durant l'élaboration des rapports, quant à l'orientation des travaux futurs. C'est à cette question essentielle, telle que la perçoit la Commission, que la suite du présent rapport est en grande partie consacrée.

b) *Élaboration des rapports*

188. C'est en établissant des rapports (généralement annuels) que les rapporteurs spéciaux délimitent et développent leur sujet, expliquent l'état du droit et font des propositions en vue de projets d'articles. L'élaboration des rapports pose un certain nombre de questions.

i) *Nécessité de l'approbation préalable par la Commission de la nature et de la portée des travaux prévus pour la session suivante*

189. La pratique actuelle de la Commission n'est pas uniforme. Certains rapporteurs exposent de façon détaillée le type de rapport qu'ils envisagent de présenter à la session suivante; d'autres ne le font pas. Au bout du compte, même si l'on admet la nécessité de laisser aux rapporteurs une certaine indépendance, la transparence devrait être la règle. Il est essentiel que les rapports futurs répondent aux besoins de la Commission dans son ensemble. L'information ouvre la possibilité d'un dialo-

²⁷¹ L'article 16 du statut ne fixe la procédure que « dans les grandes lignes », mais il est clair que le rapporteur est censé en être une pièce maîtresse (voir, par exemple, les alinéas d, f et i).

²⁷² Voir, par exemple, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément n° 10 (A/925)*, par. 21 (désignation initiale de rapporteurs pour les sujets « Droit des traités », « Procédure arbitrale » et « Régime de la haute mer »). En même temps, la Commission a demandé aux gouvernements de lui fournir des renseignements en application du paragraphe 2 de l'article 19 de son statut, lequel n'est formellement applicable qu'aux projets intéressant la codification : *ibid.*, par. 22.

gue, tant sur des questions d'orientation générale que sur des points de fond précis. À l'inverse, si un rapport traite une question que la Commission considère comme périphérique, ou s'abstient de traiter une question que la Commission considère comme capitale, la session aura en fait été inutile.

ii) Communication des rapports avant le début de la session

190. Là non plus, la pratique n'est pas uniforme. Certains rapports sont diffusés à l'avance en vue de la session, d'autres ne le sont pas. Un rapporteur spécial n'est bien sûr pas responsable des retards dans la traduction et dans la diffusion imputables aux restrictions financières à l'ONU ou aux règles de l'Organisation concernant la documentation²⁷³. Mais il est éminemment souhaitable que tous les rapports soient à la disposition des membres de la Commission quelques semaines avant le début de la session, pour permettre une étude et une réflexion. Ce le serait encore plus en cas de raccourcissement de la session.

c) Nécessité d'un groupe consultatif permanent

191. Il est prévu, à l'alinéa *d* de l'article 16 du statut, que lorsque l'Assemblée générale renvoie à la Commission une proposition concernant le développement progressif du droit international, la Commission « 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 » au questionnaire adressé aux gouvernements. Cela peut signifier qu'une fois muni des réponses, le rapporteur spécial travaille de manière indépendante. Mais dans la plupart des cas, il est devenu d'usage que le rapporteur spécial travaille en grande partie seul à l'élaboration de ses rapports. Autrement dit, entre les sessions, un rapporteur spécial n'a aucun contact officiel avec les autres membres de la Commission.

192. D'autres organismes, tels l'Association de droit international et l'Institut de droit international, travaillent différemment. Plusieurs membres sont désignés pour former un groupe consultatif de sorte que, entre les sessions, le rapporteur peut obtenir leur avis sur la démarche qu'ils jugent la meilleure et la plus acceptable et sur les éléments essentiels du rapport suivant. Par des questionnaires, par la diffusion de rapports ou, à titre exceptionnel, par la convocation de réunions intérimaires, le groupe peut faire connaître son avis. Bien que le rapport reste celui du rapporteur, il est probable que les contributions obtenues le rendront effectivement acceptable pour les membres du comité et, par extension, pour les membres de l'organisme dans son ensemble.

193. La Commission relève que cette méthode a été récemment employée avec profit pour le sujet « La nationalité en relation avec la succession d'États ». Elle estime qu'il faudrait la généraliser, notamment en ce qui concerne les nouveaux projets d'articles, et l'adopter en

particulier dès les premiers stades des travaux — y compris celui de la planification stratégique — sur un sujet. Le groupe consultatif devrait être nommé par la Commission elle-même, et il devrait être largement représentatif²⁷⁴.

194. Il faut certainement se garder de tout formalisme excessif, et souligner que le rapport continuera de relever de la responsabilité du rapporteur spécial, et non de celle du groupe dans son ensemble. Le groupe a pour fonction, non pas d'approuver le rapport du rapporteur spécial, mais d'apporter une contribution à son orientation générale ainsi que sur tout point particulier que le rapporteur spécial tient à soulever. La question de savoir si le groupe est nommé pour la durée du quinquennat ou pour une durée plus brève peut être déterminée dans chaque cas, en consultation avec le rapporteur spécial.

195. Bien que ces modifications puissent être mises en œuvre sans révision du statut, la Commission recommande aussi que, à l'occasion de toute révision éventuelle du statut, le principe d'un tel groupe soit consacré. Il devrait l'être sans aucune distinction entre codification et développement progressif, contrairement à ce que prévoit le statut en l'état actuel (voir *supra* par. 185).

d) Élaboration des commentaires des projets d'articles

196. Il faut faire le départ entre un rapport qui présente une analyse du domaine du droit et de la pratique à l'étude, et un commentaire nettement circonscrit des projets d'articles. L'élaboration du premier correspond naturellement à une fonction essentielle du rapporteur spécial, mais il en va de même de la rédaction du second. Or il n'est pas rare, actuellement, que des projets d'articles soient présentés sans commentaire au Comité de rédaction, contrairement à la pratique antérieure de la Commission. Il arrive même que des projets d'articles soient présentés à la Commission pour examen final sans leurs commentaires, qu'elle n'adopte, en ayant peu de temps pour les examiner, qu'au cours des dernières séances d'une session.

197. On peut faire valoir que, puisque les projets d'articles sont susceptibles d'être substantiellement modifiés au Comité de rédaction, la présentation à l'avance de commentaires par un rapporteur spécial est prématurée. En revanche, le Comité est en bien meilleure position s'il dispose en même temps des projets d'articles et des commentaires (ou au moins d'un schéma général de la teneur des commentaires). Les commentaires aident à expliquer l'objet des articles et à préciser leur portée et leur effet. Il arrive souvent qu'un désaccord sur un aspect d'un projet d'article puisse être résolu par l'adjonction d'un commentaire ou par le transfert d'une disposition du texte dans le commentaire ou vice versa. La présentation du seul texte des articles interdit une telle souplesse et peut conduire à surestimer l'importance de l'insertion d'une disposition dans le texte. Un travail simultané sur le texte et le commentaire peut améliorer l'acceptabilité de l'un et de l'autre. Il permet-

²⁷³ On peut noter que la date limite pour répondre à des questionnaires communiqués au mois de septembre est souvent fixée très tard — en mars ou avril de l'année suivante, par exemple, si bien qu'il est très difficile aux rapporteurs spéciaux de prendre pleinement en considération les réponses dans leur rapport de cette année-là.

²⁷⁴ Cette méthode pourrait aussi être adoptée pour la deuxième lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États, qu'il serait hautement souhaitable d'achever avant la fin du prochain quinquennat.

trait sans doute d'éviter la pratique inopportune consistant à insérer des exemples dans le texte d'un article — comme c'est actuellement le cas au paragraphe 3 du projet d'article 19 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États²⁷⁵. Ce sera aussi une précieuse composante des travaux préparatoires de toute clause conventionnelle susceptible d'être adoptée sur la base du texte proposé.

198. Il convient de souligner que les commentaires, sous leur forme définitive, sont destinés au premier chef à expliquer le texte finalement adopté. Bien qu'un rappel de l'évolution de ce texte soit opportun, un commentaire a pour principale fonction d'expliquer le texte lui-même, par des références pertinentes à l'essentiel des décisions, de la doctrine et de la pratique des États, afin que le lecteur puisse voir dans quelle mesure le texte de la Commission consacre ou, le cas échéant, développe ou élargit le droit. En règle générale, de tels commentaires n'ont pas pour fonction de faire état des désaccords concernant le texte tel qu'il a été adopté en seconde lecture; cela peut être fait en séance plénière au moment de l'adoption définitive, et consigné comme il se doit dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale²⁷⁶.

199. Vu la charge de travail du Comité de rédaction, on ne saurait en attendre qu'il révise lui-même les commentaires. Mais dès que le Comité a approuvé un article déterminé, il faudrait que le rapporteur spécial élabore ou révise, selon le cas, le commentaire de cet article, avec l'aide du secrétariat. Le commentaire devrait alors être communiqué soit aux membres du Comité, soit, le cas échéant, à ceux du groupe consultatif pour le sujet, afin de leur permettre de faire part individuellement de leurs observations. Comme il est clairement précisé dans le statut²⁷⁷, les projets d'articles ne peuvent pas être considérés comme définitivement adoptés si la Commission n'a pas approuvé les commentaires qui lui ont été soumis.

e) *Rôle du rapporteur spécial au sein du Comité de rédaction*

200. Concrètement, c'est au sein du Comité de rédaction que les divergences de vues sur un sujet s'expriment le plus clairement et qu'il faut les aplanir; de même, c'est dans ce cadre que le rôle indépendant du rapporteur spécial doit s'adapter à l'éventail des opinions des membres de la Commission. Les exigences de certains sujets et la démarche de tel ou tel rapporteur spécial produiront toujours une certaine diversité des pratiques. Mais en règle générale, le Groupe de planification propose que le

²⁷⁵ Voir *supra* note 169.

²⁷⁶ Il en va assez différemment en première lecture. Selon l'alinéa b, ii, l'article 20 du statut (qui, au demeurant, concerne la codification par opposition au développement progressif), les commentaires afférents à des textes adoptés en première lecture doivent indiquer les « divergences et désaccords qui subsistent, ainsi que les arguments invoqués en faveur de chacune des thèses ». Mais le statut ne contient aucune indication du même genre pour le texte final des projets d'articles : voir l'article 22.

²⁷⁷ L'alinéa i de l'article 16 du statut prévoit que « Le Rapporteur et les membres désignés à cet effet [...] élaborent le texte final de ce projet avec rapport explicatif, qu'ils soumettent pour adoption à l'examen de la Commission ». Une disposition analogue figure à l'article 22.

rôle du rapporteur spécial comprenne les éléments suivants :

- i) Production d'une série d'articles clairs et complets, assortis autant que possible soit de commentaires, soit de notes pouvant servir de base à des commentaires;
- ii) Exposé succinct de la raison d'être des projets d'articles soumis au Comité de rédaction, y compris toutes modifications qui seraient indiquées;
- iii) En dernière analyse, acceptation du point de vue du Comité de rédaction dans son ensemble, même s'il est contraire aux idées avancées par le rapporteur spécial et, le cas échéant, traduction du point de vue du Comité dans des articles ou des commentaires révisés. Dans l'exercice de cette fonction, le rapporteur spécial devrait être au service de la Commission, et non se faire le zéléateur de quelconques vues personnelles avant la lettre.

201. Il va de soi qu'un rapporteur spécial qui désapprouve les vues exprimées en définitive par le Comité de rédaction a parfaitement le droit d'expliquer ce désaccord en séance plénière, au moment de la présentation du rapport du Comité. Dans ce cas, il est loisible à la Commission de préférer les vues du rapporteur spécial à celles du Comité. Toutefois, eu égard au nombre des membres du Comité et au rôle de celui-ci à l'égard de la Commission, une telle situation ne risque guère de se produire. De plus, il vaut mieux, dans le cas de désaccords importants qui ne peuvent être réglés au sein du Comité, que la Commission en soit saisie à un stade plus précoce et qu'elle ait la possibilité de régler la question par un vote indicatif (voir ci-après par. 208 à 210).

5. LE RÔLE ET LES RELATIONS DE LA COMMISSION À L'ÉGARD DU COMITÉ DE RÉDACTION ET DES GROUPES DE TRAVAIL

a) *Les débats généraux en séance plénière*

202. La fonction principale du débat général en séance plénière est d'arrêter dans ses grandes lignes la manière dont la Commission abordera un sujet. C'est indispensable pour que le Comité de rédaction ou un groupe de travail entreprenne sa mission avec confiance. Ces organes subsidiaires doivent être certains qu'ils suivent une ligne de conduite acceptable en gros pour la Commission dans son ensemble.

203. Actuellement, les débats en séance plénière ne remplissent pas très bien cette fonction, ce qui s'explique par deux raisons principales. La première est que le débat en séance plénière a souvent un caractère trop général, les interventions couvrant l'ensemble d'un rapport parfois très long sans faire de distinction entre différents problèmes, et s'attachant quelquefois à des points précis de forme qui seraient mieux traités au sein du Comité de rédaction.

204. Le second facteur qui joue est la tendance à faire de longs exposés, comme si la Commission constituait un public de conférence qu'il s'agirait d'instruire plutôt que de convaincre. De longs discours ne sont pas la forme idéale du débat, lequel devient diffus et cesse de

servir son objectif premier, qui est de guider la Commission, ses comités et les rapporteurs spéciaux quant aux orientations à prendre.

205. Dans les premiers temps de la Commission, les exposés étaient presque toujours courts et axés sur des problèmes particuliers qui risquaient de donner lieu à des difficultés ou des désaccords. De l'avis de la Commission, cette pratique est bien préférable, et la Commission devrait prendre des dispositions pour la rétablir comme norme.

206. Les remèdes possibles sont notamment les suivants :

a) Premièrement, il faudrait s'efforcer de structurer le débat pour que la Commission aborde successivement chaque point, les observations étant limitées au point à l'examen²⁷⁸,

b) Deuxièmement, les membres devraient s'astreindre à une discipline. Aux yeux du Groupe de planification, le meilleur moyen d'y parvenir est de bien structurer le débat. En outre, un « code de conduite » officieux, préconisant des interventions plus brèves, pourrait être adopté : le président pourrait s'y référer de temps à autre, si besoin est;

c) Troisièmement, à l'issue du débat, le président devrait tâcher de récapituler les conclusions générales de la Commission sur le point à l'examen, tout en relevant tout désaccord qui aurait été exprimé²⁷⁹. Cet exercice sera sans nul doute parfois difficile, mais, s'il est exécuté avec rigueur et si les membres l'acceptent de façon générale comme un résumé fidèle, il aidera ensuite effectivement le Comité de rédaction ou le groupe de travail dans leur examen des questions. Pour l'examen du texte final des projets d'articles, cette fonction devrait revenir au président du Comité de rédaction, en collaboration avec le rapporteur spécial.

207. Cela conduit à examiner la question des modalités de vote. Actuellement, la Commission et ses organes subsidiaires s'efforcent de parvenir à un consensus, ce qui est incontestablement une bonne chose en règle générale.

208. Il y a cependant une différence entre l'adoption de décisions qui sont effectivement définitives et le type de conclusions que, selon le Groupe de planification, le président devrait formuler à l'issue d'un débat en séance plénière. Ces dernières seraient provisoires et sujettes à révision; elles n'auraient qu'une valeur indicative, puisqu'il resterait beaucoup à faire avant que des décisions définitives puissent être prises. Sur des points particuliers pouvant prêter à controverse, il serait bon que le président s'assure de l'acceptabilité de ses conclusions

²⁷⁸ Cette méthode a été utilement adoptée pour l'examen du neuvième rapport du Rapporteur spécial pour le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (voir *Annuaire...* 1991, vol. I, p. 1 et suiv., 2205^e à 2214^e séances).

²⁷⁹ Actuellement, cette tâche est accomplie, si tant est qu'elle le soit, par le rapporteur spécial. Le président s'en acquitterait peut-être mieux en laissant au rapporteur spécial, auteur du rapport examiné, le soin de fournir des éclaircissements et des arguments en réponse aux observations.

en invitant la Commission à procéder à un vote indicatif. Cela aurait encore plus d'intérêt pour les questions de détail, qu'il vaut mieux régler, dans un sens ou un autre, afin d'avancer. Les points de vue minoritaires pourraient naturellement être consignés dans les comptes rendus analytiques et dans le rapport de la Commission.

209. Des situations analogues se présenteront au sein d'organes subsidiaires comme le Comité de rédaction. À mesure que les travaux progressent, il faut prendre des « décisions » qui sont loin d'être définitives, et l'exigence d'un consensus sur toutes ces questions implique une procédure lourde et qui prend beaucoup de temps. Il serait loisible aux membres qui ne se trouvent pas dans la majorité à l'issue d'un vote indicatif de défendre leurs vues ultérieurement. Néanmoins, en cas de désaccord important sur un point de principe, il pourra être utile d'en saisir la Commission aux fins de décision par un vote indicatif ou tout autre moyen.

210. Lorsque, finalement, des décisions doivent être prises, il ne faut, là encore, ménager aucun effort pour parvenir à un consensus. Néanmoins, si ce n'est pas possible dans le temps disponible, il peut être nécessaire de procéder à un vote, peut-être après s'être accordé une pause pour permettre la discussion et la réflexion. Un tel vote donnera sans doute une meilleure indication de l'opinion de la Commission qu'un « faux consensus » adopté simplement dans le but de gagner du temps.

211. Une modification mineure, qui pourrait être utilement introduite, consisterait à instituer une convention selon laquelle les remerciements, félicitations ou hommages que la Commission aurait à adresser seraient exprimés seulement par le président, au nom de l'ensemble de la Commission. Le temps de la Commission devrait être consacré à ses travaux de fond.

b) *Le Comité de rédaction*

212. En 1958, la Commission avait officiellement reconnu au Comité de rédaction le caractère d'« un Comité auquel pourront être renvoyés non seulement des points purement rédactionnels mais aussi des points de fond que la Commission plénière n'aura pu résoudre ou qui sembleront devoir susciter des débats trop prolongés »²⁸⁰. La nécessité de charger le Comité de ce rôle s'est trouvée accentuée par la nouvelle augmentation du nombre des membres de la Commission en 1981²⁸¹, et il ne fait aucun doute qu'un tel rôle reste capital.

213. Cela ne veut pas dire que le Comité de rédaction devrait être le seul organe à remplir ce rôle. Il conviendra souvent de renvoyer à l'examen d'un groupe de travail plus restreint des questions sur lesquelles il existe un désaccord de principe très précis. Même si la question ne peut être réglée par ce groupe, les principaux points de désaccord pourront généralement être énoncés et présentés en séance plénière sous une forme qui permette à la Commission de prendre une décision, ou de procéder à un vote indicatif. Mais dans de nombreux autres cas, des problèmes moins caractérisés se poseront, ou des ques-

²⁸⁰ Voir *Annuaire...* 1958, vol. II, p. 112, doc. A/3859, par. 65.

²⁸¹ Voir *supra* note 245.

tions de principe imprévues surgiront au cours de la rédaction, ce qui obligera inévitablement le Comité à tenter de trouver une solution.

214. Être membre du Comité de rédaction représente une lourde charge : le Comité se réunit presque quotidiennement, et parfois le matin et l'après-midi. C'est pourquoi il faut se féliciter de la pratique récemment instaurée, consistant à donner au Comité une composition largement différente selon les sujets; cela permet en effet de répartir la charge entre davantage de membres²⁸².

215. Pour un sujet donné, le Comité de rédaction est habituellement composé de douze à quatorze membres (les autres membres étant présents en tant qu'observateurs, et n'intervenant que de temps à autre). L'avantage est qu'un consensus au Comité a ainsi toutes chances de recueillir un appui substantiel en séance plénière.

216. Les longues déclarations sont rares (et doivent être découragées). Il y a souvent un véritable débat. Les discussions ont lieu essentiellement en anglais et en français, qui sont les langues de travail dans lesquelles sont rédigés les textes examinés, mais les membres sont libres d'employer d'autres langues officielles. En général, le Comité de rédaction fonctionne bien.

c) Groupes de travail

217. La Commission ou le Groupe de planification créent des groupes de travail dont l'objet et le mandat varient. Dans le cas d'un sujet nouveau, par exemple, il est habituel, avant de nommer un rapporteur spécial, de constituer un groupe de travail qui aidera à définir le champ de l'étude du sujet et l'orientation à lui donner. Un autre genre de groupe de travail a pour fonction d'examiner tel ou tel point précis pour sortir, si possible, la Commission d'une impasse²⁸³. En outre, des groupes de travail sont parfois formés pour s'occuper de l'ensemble d'un sujet, lorsqu'il y a urgence par exemple, et le groupe de travail est alors assez large. Ce qui distingue ce second type de groupe de travail du Comité de rédaction tient au fait que si le Comité travaille sur le texte des projets d'articles (et, en principe, aussi sur les commentaires) établis par un rapporteur spécial, le groupe de travail intervient, quant à lui, plus en amont dans le processus, lorsque les idées sont encore en train de se décanter²⁸⁴; il peut très bien étaler ses travaux sur plusieurs sessions, avec une réelle continuité dans sa composition, alors que la composition du Comité change d'une année à l'autre. Ce groupe de travail participe donc de plus près à la formulation d'une approche et à la formulation des projets d'articles. Un bon exemple à cet égard est le groupe de travail qui a élaboré le projet de statut pour une cour criminelle internationale et qui, avant de se lan-

cer dans le moindre travail de rédaction d'articles, s'est concentré sur un certain nombre de propositions de base sur lesquelles un accord pouvait être réalisé²⁸⁵. La fonction qu'il a assumée n'aurait certainement pas pu l'être par le Comité de rédaction.

218. Dans ce type de groupe de travail, il se peut qu'il n'y ait pas de rapporteur spécial, ou que le rapporteur spécial n'ait qu'un rôle limité. Dans la plupart des cas, si le groupe de travail a fait un travail de rédaction minutieux, il ne sert à rien que le Comité le refasse avant de présenter le texte en séance plénière. Il risque en effet d'y avoir des doubles emplois, voire des erreurs si des membres du Comité de rédaction n'ont pas participé à la discussion approfondie dont ce texte est issu. Il peut arriver que le Comité ait un rôle à jouer dans l'examen final (la « toilette ») d'un texte pour s'assurer de la justesse et de la cohérence des termes employés, mais, en pareils cas, la discussion en groupe de travail constitue une formule de rechange, et non un simple prélude à l'examen par le Comité.

219. Un groupe de travail, quel que soit son mandat, est toujours subordonné à la Commission, au Groupe de planification ou à l'organe qui l'a créé. C'est à l'organe compétent qu'il revient d'établir le mandat voulu, de fixer les paramètres de toute étude, d'examiner et, si nécessaire, modifier les propositions, et de se prononcer sur le résultat des travaux.

6. STRUCTURE DES SESSIONS DE LA COMMISSION

220. À la lumière de cette analyse, il reste à examiner les problèmes de structure des réunions de la Commission, y compris la planification des travaux sur un quinquennat, ainsi que de durée et d'organisation des sessions.

a) Planification des travaux sur un quinquennat

221. À la première session du présent quinquennat, en 1992, la Commission s'est fixé des buts pour les cinq années de son mandat, buts qu'elle a atteints et, dans un cas, dépassés²⁸⁶. La Commission compte procéder à un exercice similaire en 1997, première année du quinquennat suivant. Il est aussi souhaitable qu'elle se livre à une évaluation à l'issue des cinq années du mandat pour

²⁸⁵ *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), p. 16.

²⁸⁶ Pour les objectifs fixés à la quarante-quatrième session, voir le rapport du Groupe de planification de 1992 (A/CN.4/L.473, par. 15). Conformément à ces objectifs, la Commission a terminé, à sa quarante-sixième session, l'examen en seconde lecture du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (*supra* note 257), et, à la présente session, celui du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (*supra* par. 49). À la présente session également, elle a achevé l'examen en première lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États (*supra* par. 65). Par l'intermédiaire d'un groupe de travail, elle a progressé dans l'examen de certains aspects du sujet « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » (plus précisément en ce qui concerne la prévention) [*supra* par. 98 et 99] et a commencé à travailler sur deux nouveaux sujets. L'élaboration, du début jusqu'à la fin, du projet de statut d'une cour criminelle internationale, qui n'était pas envisagée dans le rapport du Groupe de planification de 1992, est également à mettre à son actif.

²⁸² La pratique a été adoptée en 1992 [voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), p. 57, par. 371].

²⁸³ Voir, par exemple, les recommandations du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme au sujet de l'environnement [*Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), chap. VII].

²⁸⁴ Dans le cas du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale, le Groupe de travail s'est, à un moment donné, scindé en sous-groupes pour la rédaction [voir *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 104, annexe, par. 5].

apprécier les résultats obtenus et examiner les préparatifs à faire pour arrêter, sans perdre de temps au début de la première année, la planification de ses travaux pour le quinquennat suivant.

b) *Durée des sessions*

222. Le statut de la Commission ne précise pas quelle doit être la durée des sessions, encore qu'il indique que celles-ci se tiennent normalement à Genève [article 12, modifié par la résolution 984 (X) de l'Assemblée générale]. Effectivement, toutes les sessions se sont tenues à Genève, à l'exception de la sixième session (1954), qui s'est tenue à Paris, et de la dix-septième session (1965-1966), dont la deuxième partie s'est tenue à Monaco. Il était certainement tenu pour acquis qu'il s'agirait de sessions annuelles, et tel a en effet été le cas depuis 1949. La durée des sessions était normalement de dix semaines; les douze semaines sont devenues la règle après l'adoption par l'Assemblée générale de sa résolution 3315 (XXIX). Sauf à la dix-septième session, la Commission a toujours tenu une unique session continue par an.

223. En 1986, la durée normale de douze semaines a été ramenée à dix pour des raisons budgétaires, mais la Commission s'étant exprimée en termes assez énergiques sur le sujet, la durée de douze semaines a été rétablie l'année suivante et conservée depuis lors. L'Assemblée générale a réaffirmé qu'il était nécessaire que la Commission siège pour la durée habituelle de douze semaines²⁸⁷. La Commission compte aujourd'hui presque deux fois plus de membres que lors de sa création. Ses débats sont forcément plus longs, facteur qu'il faut ne pas perdre de vue lorsqu'on procède à des comparaisons.

224. En principe, la Commission devrait pouvoir décider chaque année quelle serait la durée requise pour la session suivante (c'est-à-dire douze semaines ou moins), compte dûment tenu de l'état d'avancement des travaux et des priorités que l'Assemblée générale aurait éventuellement fixées quant à l'achèvement de tel ou tel sujet.

225. Certaines années, une session de moins de douze semaines suffira. D'autres années, surtout la dernière d'un mandat, il faudra bien douze semaines à la Commission pour mettre la dernière main à un projet en première ou en seconde lecture avant que la composition de la Commission ne soit renouvelée. Pour diverses raisons, le Groupe de planification pense qu'il suffira d'une session de dix semaines en 1997 pour les travaux en cours.

226. À plus long terme, la question de la durée des sessions est liée à celle de leur organisation, et en particulier à la possibilité de scinder les sessions, qui fait l'objet de la section 6 c ci-après. Surtout si le principe d'une session en deux temps est adopté, la Commission estime qu'elle pourra normalement s'acquitter avec efficacité de ses tâches dans un délai inférieur à douze semaines par an. Il lui semble qu'il y aurait de bonnes raisons de revenir à l'ancien système, où les travaux étaient étalés sur

dix semaines au total, tout en se ménageant la possibilité de prolonger sa session de deux semaines, certaines années, si nécessaire — tout spécialement la dernière année du mandat.

c) *Possibilité d'une session en deux temps*

227. L'article 12 du statut (modifié en 1955) dispose que la Commission se réunit à l'Office des Nations Unies à Genève, en ajoutant toutefois que, « après consultation avec le Secrétaire général », la Commission a « le droit de se réunir en d'autres endroits ». Il n'y a donc rien, dans le statut, qui s'oppose à ce que la Commission scinde sa session annuelle en deux parties, ni même à ce que l'une des deux parties de la session se tienne au Siège de l'ONU, à New York. À la quarante-quatrième session, une formule de session en deux temps a été proposée, mais il a été décidé de l'écarter pour le moment²⁸⁸.

228. Les partisans d'une session unique font valoir que seul un travail continu permet d'examiner avec toute la minutie nécessaire les projets d'articles proposés, tant en séance plénière que dans le cadre du Comité de rédaction. Quelle que soit la session considérée, la Commission s'occupe en général activement de quatre ou cinq sujets, dont deux peuvent être prioritaires. Si la session est plus courte et qu'elle se déroule en deux temps, l'examen des sujets qui ne sont pas jugés prioritaires à la session considérée risque d'être plutôt superficiel, moyennant quoi les progrès sur ces sujets seraient irréguliers et les orientations fournies au rapporteur spécial insuffisantes. Il convient de souligner par ailleurs que la recherche d'un véritable consensus sur les projets d'articles peut se révéler difficile et que, en tout état de cause, elle prend beaucoup de temps. La Commission ne se contente pas de donner son aval aux propositions des rapporteurs spéciaux : elle doit examiner celles-ci d'un oeil attentif et critique. Si l'on considère qu'il fait intervenir trente-quatre membres, venus d'horizons juridiques, culturels et linguistiques différents, ce processus ne saurait être hâté plus que de raison. Il se pose aussi un problème de « masse critique », à savoir que seul un examen minutieux collectif en séance plénière, au sein du Comité de rédaction et de groupes de travail peut permettre de dégager des conclusions réellement satisfaisantes, et le fait de scinder la session en deux risquerait d'interrompre et de fragmenter ce processus. De l'avis de ces membres, une session continue s'impose si l'on veut obtenir les meilleurs résultats sur les sujets prioritaires tout en maintenant le rythme et le cap pour les autres sujets.

229. Les partisans de la session en deux temps font valoir, quant à eux, que cette formule faciliterait le travail de réflexion et d'étude des membres de la Commission et, en particulier, qu'elle permettrait un travail préparatoire entre les sessions qui ne pourrait que rendre la seconde partie beaucoup plus productive. Ainsi, les rapports ou propositions débattus en séance plénière pendant la première partie de la session pourraient être traités par le Comité de rédaction pendant la seconde. À l'inverse, lorsque le Comité aurait achevé l'examen de

²⁸⁷ Voir, par exemple, les résolutions de l'Assemblée générale 41/81, 42/156 et, la dernière en date, 50/45 (par. 11).

²⁸⁸ *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), p. 58, par. 376.

certaines projets d'articles au cours de la première partie de la session, les articles modifiés et assortis de commentaires pourraient être prêts pour l'examen en séance plénière pendant la seconde partie, et les membres de la Commission auraient eu la possibilité d'en prendre connaissance et de les étudier à l'avance. Une session en deux temps encouragerait aussi le travail informel entre les sessions et donnerait du temps aux rapporteurs spéciaux pour réexaminer les propositions débattues au cours de la première partie d'une session. Elle permettrait au Comité ou à un groupe de travail de se réunir pendant une semaine, par exemple, à la fin de la première partie ou au début de la seconde, sans exiger la présence des membres de la Commission qui n'y siègent pas. Elle offre aux personnes qui, pour des raisons professionnelles ou autres, ne peuvent pas s'engager à être présents douze semaines durant à Genève, la possibilité de présenter leur candidature. Il y a tout lieu de penser qu'il serait plus facile pour les membres de la Commission qui ont d'autres engagements (qu'ils soient conseillers juridiques d'un gouvernement, juristes dans le secteur privé ou professeurs de droit à l'université) de passer une période continue de quatre à cinq semaines en session plutôt qu'une période de douze semaines. À l'heure actuelle, certains membres de la Commission sont contraints de s'absenter de Genève pendant des périodes très longues. Le problème du choix entre des engagements contradictoires ne disparaîtra certes jamais totalement, mais la formule de la session plus courte et scindée en deux parties est probablement de nature à susciter une participation plus nombreuse et plus continue. Bref, elle assurerait davantage de souplesse.

230. Le choix est, en l'occurrence, tributaire de considérations financières qui échappent à l'emprise de la Commission. D'après des calculs provisoires, une session de dix semaines, divisée à parts égales entre New York et Genève, coûterait très sensiblement moins cher qu'une session ininterrompue de douze semaines. Et même pour une durée totale identique, il semble qu'une session en deux temps ne soit pas sensiblement plus coûteuse, parce que le surcroît de frais de voyage des membres de la Commission serait largement compensé par la réduction des dépenses liées à l'envoi à Genève de fonctionnaires du secrétariat en poste à New York.

231. De l'avis de la Commission, il faudrait tenter l'expérience d'une session scindée en deux parties. Pour diverses raisons, y compris du fait des contraintes budgétaires et parce que 1997 se trouve être la première année d'un nouveau mandat quinquennal, il semble toutefois préférable d'entreprendre l'expérience en 1998, ce qui permettra de bien planifier cette session en deux temps, dont il sera possible de mesurer les avantages et les inconvénients dans la pratique.

232. La planification de la répartition des travaux entre les deux parties de la session, dans le cas d'une session ainsi scindée, est essentielle. Cette planification se fera nécessairement d'année en année, avec une certaine souplesse. Mais on pourra, par exemple, prévoir, pour la première partie de la session, l'examen de rapports de rapporteurs spéciaux et de projets d'articles par le Comité de rédaction et, pour la seconde partie de la session, l'examen en séance plénière des rapports du Comité ou d'autres groupes et du rapport de la Commission elle-

même. Il faudra que la seconde partie de la session s'achève au plus tard à la fin du mois de juillet pour que le rapport de la Commission à l'Assemblée générale soit prêt au début de septembre.

d) *Le caractère essentiel de la contribution du secrétariat*

233. L'article 14 du statut de la Commission dispose simplement que le Secrétaire général mettra, « autant qu'il lui est possible, à la disposition de la Commission le personnel et les facilités dont la Commission aura besoin pour accomplir sa tâche ».

234. Concrètement, la contribution du secrétariat est essentielle. Outre les services fonctionnels fournis à la Commission et à ses organes subsidiaires, le secrétariat effectue un travail considérable de recherche, souvent dans les plus brefs délais. Les fonctionnaires du secrétariat prêtent leur concours aux membres du Bureau de la Commission pour l'ordre du jour, la tenue des dossiers, l'établissement des projets de rapports à la Commission, et ainsi de suite. Ils aident à la préparation des commentaires des projets d'articles, la Commission demeurant néanmoins convaincue que cette fonction incombe au premier chef aux rapporteurs spéciaux. Dans les groupes de travail, où il arrive qu'il n'y ait pas de rapporteur spécial, ce concours est très précieux. Il conviendrait d'encourager les fonctionnaires du secrétariat à apporter une contribution encore plus grande aux travaux de la Commission.

e) *Le Séminaire de droit international*

235. Le Séminaire de droit international est, depuis de nombreuses années, un élément caractéristique des sessions de la Commission, et plusieurs centaines de jeunes spécialistes ont pu se faire une idée de l'œuvre de l'ONU et de la CDI par ce biais. Il faut espérer que le Séminaire pourra se poursuivre en dépit des difficultés financières actuelles.

f) *Publication des travaux de la Commission*

236. Le rapport annuel de la Commission à l'Assemblée générale sort quelques semaines après la fin de la session, et est ultérieurement reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, qui est la publication essentielle sur les travaux de la Commission. L'*Annuaire* contient les comptes rendus analytiques des débats en séance plénière, le texte intégral des projets d'articles et des commentaires tels qu'ils ont été définitivement adoptés, les rapports des rapporteurs spéciaux et un choix d'autres documents. La charge de travail en retard sur l'*Annuaire* a été quelque peu réduite. De plus, l'Organisation des Nations Unies publie périodiquement, sous le titre *La Commission du droit international et son œuvre*, un ouvrage fort utile qui donne un aperçu général des activités de la Commission, récapitule ses travaux et reproduit les projets d'articles qu'elle a adoptés ou, le cas échéant, les conventions ou autres textes adoptés sur la base de ces projets d'articles. La cinquième édition de cet ouvrage est parue en 1996 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.95.V.6).

237. Des comptes rendus non officiels des travaux de la Commission paraissent dans les revues de droit international. Chaque année, par exemple, une étude de ses travaux est publiée dans l'*American Journal of International Law* et l'*Annuaire français de droit international*. La publication d'analyses similaires dans les autres langues de la Commission doit être encouragée.

7. LES RELATIONS DE LA CDI AVEC D'AUTRES ORGANES OU ORGANISMES (AU SEIN OU EN DEHORS DU SYSTÈME DES NATIONS UNIES)

238. S'il est une relation importante pour la CDI, c'est celle qui la lie à l'Assemblée générale au moyen du rapport qu'elle lui présente par le biais de la Sixième Commission. Mais le statut de la CDI prévoit la possibilité de toute une série de relations avec d'autres organes ou organismes :

a) En vertu des articles 16 (al. c), 17 (par. 2, al. b) et 21 (par. 2) de son statut, la Commission doit adresser des questionnaires aux gouvernements ou solliciter leurs observations à propos de tout projet en cours d'examen;

b) En vertu de l'article 17 (par. 1) de son statut, la Commission peut examiner « les plans et projets de conventions multilatérales émanant de Membres de l'Organisation des Nations Unies, d'organes principaux des Nations Unies autres que l'Assemblée générale, d'institutions spécialisées ou d'organisations officielles établies par accords intergouvernementaux en vue d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification, que lui transmet à cet effet le Secrétaire général »;

c) En vertu du chapitre III de son statut, la Commission est, de manière très générale, habilitée à consulter tout organe des Nations Unies sur tout sujet entrant dans la compétence de celui-ci (statut, art. 25, par. 1), et toute organisation, nationale ou internationale, officielle ou non, sur tout sujet qui lui a été confié (ibid., art. 26, par. 1);

d) Dans un certain nombre de cas, la Commission a eu des consultations systématiques avec certaines institutions (avec la FAO, par exemple, sur la question des pêcheries situées au-delà des limites des eaux territoriales). Elle a aussi sollicité des avis d'experts (par exemple, sur les questions de la délimitation des zones maritimes et du tracé des lignes de base).

239. La Commission a pour habitude, à chaque session, d'accueillir les représentants du Comité juridique consultatif africano-asiatique, du Comité européen de coopération juridique et du Comité juridique interaméricain, qui font oralement rapport sur les activités desdits organismes. Ces visites sont certes utiles, mais elles prennent généralement la forme d'échanges formels et congratulatoires. La Commission se félicite de ces échanges, mais pense qu'ils gagneraient à ce qu'un bref rapport écrit sur les travaux des organismes respectifs, accompagné des documents pertinents, soit distribué à l'avance. Il pourrait y avoir un court échange de vues formel à consigner dans le compte rendu de séance, suivi d'une discussion moins formelle avec les membres de la Commission sur telle ou telle question intéressant les deux parties. Il faut

aussi encourager ces organismes à renforcer leur coopération avec les rapporteurs spéciaux de la Commission, selon les sujets traités, et stimuler la coopération entre le secrétariat de la Commission et les secrétariats de ces organismes et les échanges de documentation.

240. Il est en revanche une série de relations potentiellement importantes qui sont pour l'instant négligées, à savoir celles qui pourraient s'instaurer avec les organismes spécialisés de l'ONU et d'autres organismes qui ont des attributions juridiques ou dont les activités ont des incidences juridiques. Du moins est-il approprié d'inviter des organismes ayant des responsabilités spécifiques dans un domaine donné à échanger des informations avec la Commission et à faire, le cas échéant, des observations sur ses travaux, mais à l'heure actuelle, les différentes composantes du système des Nations Unies opèrent dans une large mesure chacune de son côté. Une autre possibilité serait en fait d'envisager l'étude conjointe, sous la direction de la Commission, d'un sujet juridique donné avec l'organisme compétent dans le domaine considéré. Les commissions juridiques nationales mènent des études conjointes de ce type dans des domaines techniques comme le droit douanier ou l'insolvabilité. Il n'y a à priori aucune raison pour que cela soit impossible au niveau international.

8. LA POSSIBILITÉ D'UNE RÉVISION DU STATUT DE LA COMMISSION

241. Le statut de la Commission a été rédigé peu après la fin de la seconde guerre mondiale, et bien qu'il ait été modifié à plusieurs reprises, jamais il n'a fait l'objet d'un examen et d'une révision approfondis. Dans l'ensemble, il s'est révélé suffisamment souple pour se prêter à quelques modifications dans la pratique. Ainsi, il contient plus ou moins suffisamment de dispositions sur des questions telles que l'approbation d'un plan de travail sur un sujet²⁸⁹ et la nomination d'un groupe de membres chargés de collaborer avec le rapporteur spécial²⁹⁰. S'agissant d'autres questions examinées ici (par exemple les sessions qui se dérouleraient en deux temps), il n'empêche pas de modifier les modalités de fonctionnement de la Commission. Pour la plupart, les modifications évoquées dans le présent rapport peuvent être mises en œuvre sans qu'il soit besoin d'aucun amendement au statut.

242. Il n'en demeure pas moins que certains aspects du statut méritent d'être examinés et révisés alors que la Commission approche de son cinquantième anniversaire. Quelques dispositions du statut sont anachroniques et pourraient être supprimées, par exemple le paragraphe 3 de l'article 26, où il est question des « relations avec l'Espagne franquiste » et « les organisations qui ont collaboré avec les nazis et les fascistes ». On pourrait également, au paragraphe 4 de l'article 26, ajouter à l'Union

²⁸⁹ Statut de la Commission, art. 16, al. b, art. 17, par. 2, al. a, et art. 19, par. 1.

²⁹⁰ Ibid., art. 16, al. d (encore que cette disposition ne vise que la période qui suit l'envoi d'un questionnaire aux gouvernements et qu'elle se termine par « en attendant les réponses à son questionnaire ») : on pourrait reformuler cette disposition en termes plus généraux, afin de la rendre applicable à l'ensemble du processus d'examen d'un sujet, qu'il y ait ou non désignation d'un rapporteur spécial.

panaméricaine, parmi les organes intergouvernementaux dont la tâche est la codification du droit international, des organismes tels que le Comité juridique consultatif africano-asiatique, la Conférence de La Haye de droit international privé et UNIDROIT. Plus fondamentalement, la distinction établie, dans les articles 1 et 15 notamment, entre la codification et le développement progressif du droit international s'est révélée intenable : aussi pourrait-on explicitement fusionner les deux procédures. On pourrait en particulier étendre expressément à tous les travaux de la Commission la faculté d'adopter, « pour chaque cas, le plan de travail qui lui paraît approprié », qui lui est expressément reconnue dans le cas de la « codification » (statut, art. 19, par. 1). Un certain nombre d'autres problèmes de fond demanderont à être examinés.

243. La Commission devra réfléchir, à sa prochaine session, à la possibilité de recommander à l'Assemblée générale de réexaminer le statut, de façon que cet exercice coïncide avec le cinquantième anniversaire de la Commission en 1999.

2. PROGRAMME DE TRAVAIL À LONG TERME

244. Considérant les progrès accomplis et les travaux qui ont été achevés au cours de la session, la Commission a de nouveau constitué un groupe de travail sur le programme de travail à long terme pour l'aider dans le choix des sujets à étudier dans l'avenir.

245. À sa 2467^e séance, le 23 juillet 1996, la Commission a adopté le rapport du Groupe de travail en tant que rapport du Groupe de planification et décidé de le faire figurer en annexe à son rapport sur les travaux de sa quarante-huitième session (voir *infra* annexe II).

246. La Commission a relevé que si, en ses cinquante ans ou presque d'existence, elle avait entrepris et mené à bien l'étude de très nombreux sujets dans diverses matières du droit international public, il restait cependant encore beaucoup à faire. C'est ce qui ressortait aussi bien de la liste générale des matières du droit international que des diverses questions de droit évoquées à un moment ou un autre au sein de la Commission comme sujets possibles de codification ou de développement progressif du droit international.

247. Pour donner un aperçu d'ensemble des principales matières du droit international public général, la Commission a établi un plan général des sujets en les classant en treize grandes matières du droit international public (sources, compétences de l'État, droit international pénal, organisations internationales, espaces internationaux, et ainsi de suite) [ibid.]. Cette liste, qui ne se voulait pas exhaustive, comprenait des sujets dont la Commission avait déjà achevé l'étude, des sujets qu'elle avait commencé à étudier mais, pour diverses raisons, « abandonnés », des sujets actuellement à l'étude et des sujets qu'elle pourrait étudier dans l'avenir.

248. En l'occurrence, trois sujets ont été jugés pouvoir se prêter à la codification et au développement progressif : la protection diplomatique, la propriété et la protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale, et les actes unilatéraux des États. Un

schéma préliminaire exposant les principaux problèmes juridiques que soulevait chacun de ces trois sujets était en outre joint à la liste. Dans chaque additif, des notes expliquaient pourquoi la question est d'actualité.

3. DURÉE DE LA PROCHAINE SESSION

249. Eu égard aux difficultés financières que l'Organisation connaît actuellement, la Commission a décidé de réduire, à titre exceptionnel, la durée de sa prochaine session, en la ramenant de douze à dix semaines.

250. La Commission tient à souligner cependant qu'elle a pleinement utilisé le temps et les services mis à sa disposition pendant sa présente session.

B. — Coopération avec d'autres organismes

251. La Commission était représentée à la session d'août 1995 du Comité juridique interaméricain par M. C. Calero Rodrigues, à la trente-cinquième session du Comité juridique consultatif africano-asiatique, tenue à Manille en mars 1996, par M. K. Idris, et à un certain nombre de réunions de ce comité tenues à New Delhi, par M. P. Sreenivasa Rao, ancien président de la Commission.

252. À la 2433^e séance de la Commission, le 28 mai 1996, M. Tang Chengyuan, secrétaire général du Comité juridique consultatif africano-asiatique, a fait un exposé sur les questions auxquelles la Commission et le Comité portent un même intérêt.

253. À la même séance, M. H. Schade, représentant du Comité européen de coopération juridique, a pris la parole devant la Commission et l'a informée des programmes de travail du Comité.

254. À la 2446^e séance de la Commission, le 21 juin 1996, M. M. A. Espeche Gil a pris la parole devant la Commission au nom du Comité juridique interaméricain.

C. — Date et lieu de la quarante-neuvième session

255. La Commission a décidé de tenir sa prochaine session à l'Office des Nations Unies à Genève, du 12 mai au 18 juillet 1997.

D. — Représentation à la cinquante et unième session de l'Assemblée générale

256. La Commission a décidé de se faire représenter à la cinquante et unième session de l'Assemblée générale par son président, M. A. Mahiou²⁹¹.

²⁹¹ À sa 2473^e séance, le 26 juillet 1996, la Commission a demandé à M. D. Thiam, rapporteur spécial pour le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, d'assister à la cinquante et unième session de l'Assemblée générale, conformément au paragraphe 5 de la résolution 44/35 de l'Assemblée.

E. — Contribution à la Décennie des Nations Unies pour le droit international

257. La Commission a réaffirmé sa décision de publier un recueil d'études signées par des membres, à titre de contribution à la Décennie des Nations Unies pour le droit international. Cette publication serait bilingue, les articles étant soit en anglais, soit en français. Le secrétariat s'efforcerait d'obtenir la traduction en anglais et en français des textes qui auraient été rédigés dans d'autres langues officielles. Il est prié de prendre les dispositions voulues, dans la limite des ressources existantes, pour assurer la publication des études. Les membres sont priés de faire parvenir leurs textes le plus tôt possible, et en tout état de cause le 31 août 1996 au plus tard, au Président du Groupe de travail sur la question, M. A. Pellet, par l'intermédiaire du secrétariat.

F. — Séminaire de droit international

258. En application de la résolution 50/45 de l'Assemblée générale, la trente-deuxième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 17 juin au 5 juillet 1996, durant la présente session de la Commission. Le Séminaire est destiné à des étudiants en droit international en cours de spécialisation et à de jeunes professeurs ou fonctionnaires nationaux se destinant à une carrière académique, diplomatique ou dans la fonction publique de leurs pays respectifs.

259. Vingt-quatre participants de nationalité différente, pour la plupart originaires de pays en développement, ont tous pu participer à cette session²⁹². Les participants au Séminaire ont assisté aux séances de la Commission et entendu des conférences spécialement organisées à leur intention.

260. Le Séminaire a été ouvert par le Président de la Commission, M. A. Mahiou, M. U. von Blumenthal, chef du Service juridique à l'Office des Nations Unies à Genève, était chargé de l'administration et de l'organisation du Séminaire.

261. Les conférences suivantes ont été données par des membres de la Commission : M. A. Mahiou (« La Commission du droit international et son œuvre »); M. C. Tomuschat (« Pollution de l'environnement — Crime relevant du code des crimes contre la paix et la sécurité de

l'humanité ? »); M. M. Kusuma-Atmadja et M. A. Yan'kov (« Le droit de la mer — développements récents »); M. J. Barboza (« Responsabilité pour les activités qui ne sont pas interdites par le droit international »); M. I. Lukashuk (« Commission du droit international et nouvelles tendances du droit international coutumier »); M. M. Bennouna (« La création d'une juridiction criminelle internationale et la souveraineté de l'État »); M. J. Crawford (« Responsabilité des États »); M. G. Eiriksson (« Nouveaux développements du droit international en matière de pêcheries »); et M. C. Yamada (« Aspects juridiques du désarmement multilatéral »).

262. Des conférences ont également été données par : M. J. Ayala Lasso (Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme) [« Le mandat du Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme : faire des droits de l'homme une réalité »]; M. R. S. Lee (Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, et Secrétaire de la CDI) [« Opérations de maintien de la paix des Nations Unies — Aspects juridiques »]; M. F. Miéville (Service juridique du CICR) [« Les activités du CICR en rapport avec le droit humanitaire international »]; Mme B. Molina-Abram (Coordonnatrice des différentes activités liées aux études opérationnelles en ex-Yougoslavie, Centre pour les droits de l'homme) [« Tribunaux ad hoc — Rwanda et ex-Yougoslavie »]; et M. J. Durieux (Chef de la Section de promotion du droit des réfugiés, HCR) [« Protection des réfugiés et intervention humanitaire — la perspective du HCR »].

263. Deux cours de droit international ont été donnés par vidéo aux participants, qui ont été ensuite invités à présenter leurs commentaires.

264. La République et Canton de Genève a offert son hospitalité aux participants à l'issue d'une visite guidée des Salles de l'Alabama et du Grand Conseil.

265. À la fin de la session du Séminaire, M. R. Rosenstock, vice-président de la Commission, au nom du Président, et M. U. von Blumenthal, au nom de l'Office des Nations Unies à Genève, ont pris la parole devant les participants. Mme Sara Haydee Sotelo Aguilar a fait une déclaration à la Commission au nom des participants. Au cours de cette brève cérémonie, chacun d'eux s'est vu remettre un certificat attestant sa participation à la trente-deuxième session du Séminaire.

266. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que les Gouvernements chypriote, danois, finlandais, hongrois, islandais, japonais, norvégien et suisse avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. Celles-ci ont permis d'attribuer un nombre de bourses suffisant pour assurer une bonne répartition géographique des participants et faire venir de pays en développement des participants méritants qui, sans cela, n'auraient pas pu 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 dix participants, et des bourses partielles (couvrant seulement les frais de subsistance ou de voyage) à six participants.

²⁹² Ont participé à la trente-deuxième session du Séminaire de droit international : Mme Isabel Albornoz Garzón (Équateur), Mme Soraya Elena Alvarez Nuñez (Cuba), Mme Okia Ardanaz (Argentine), M. Charles Assamba Ongodo (Cameroun), M. Marc Arthur Assé (Haïti), Mme Sumudu Atapattu (Sri Lanka), M. Mohsen Baharvand (Iran), Mme Nino Burjanadze (Géorgie), M. Howard Calleja (Philippines), Mme Astrid Agerholm Danielsen (Danemark), M. Abdoulaye Diop (Mali), M. Shiva Kumar Giri (Népal), M. Khoti Kamanga (Malawi), Mme Päivi Kaukoranta (Finlande), Mme Mariko Kawano (Japon), M. Fadi Makki (Liban), Mme Suzanne Malmström (Suède), M. Phakiso Mochochoko (Lesotho), M. Souheil Nabil (Tunisie), M. Martin Ortega (Espagne), Mme Rosemary Rayfuse (Canada), Mme Sara Haydee Sotelo Aguilar (Pérou), M. Vincent Zakané (Burkina Faso) et Mme Ineta Siemele (Lettonie). Un comité de sélection, présidé par M. Nguyen-Huu Tru, professeur à l'Institut universitaire de hautes études internationales, à Genève, s'est réuni le 1^{er} avril 1996 et, après avoir examiné quelque 80 demandes de participation au Séminaire, a retenu 24 participants.

267. Sur les 714 participants, représentant 152 nationalités, qui ont pris part au Séminaire depuis 1964, date de sa création, 390 ont bénéficié d'une bourse.

268. La Commission tient à souligner l'importance du Séminaire, qui donne à de jeunes juristes, et en particulier à ceux 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. Comme tous les fonds disponibles sont épuisés, la Commission recommande à l'Assemblée générale de lancer un nouvel appel aux États, afin que ceux qui sont en mesure de le faire versent les contributions volontaires indispensables pour assurer au Séminaire de 1997 la plus large participation possible.

269. La Commission a noté avec satisfaction que, en 1996, le Séminaire avait bénéficié d'un service d'interprétation intégral. Elle exprime l'espoir que la prochaine session du Séminaire bénéficiera du même service, malgré les contraintes financières.

G. — Conférence commémorative Gilberto Amado

270. Afin d'honorer la mémoire de l'illustre juriste brésilien Gilberto Amado, ancien membre de la Commission, il avait été décidé, en 1971, que la commémoration prendrait 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.

271. La treizième Conférence commémorative, donnée le 18 juin 1996 par M. C. Lafer, représentant permanent du Brésil auprès de l'Office des Nations Unies à Genève, avait pour thème : « Le système de règlement des différends à l'Organisation mondiale du commerce ». Elle a été suivie d'un dîner commémoratif.

272. Les conférences commémoratives Gilberto Amado ont été rendues possibles grâce aux généreuses contributions du Gouvernement brésilien, auquel la Commission a exprimé sa gratitude et auquel elle a prié son Président de transmettre ses remerciements.

ANNEXE I

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

A. — Introduction

1. Sous la présidence du Rapporteur spécial, M. J. Barboza, un groupe de travail a été créé pour faire la synthèse des travaux déjà accomplis sur le sujet et voir s'il serait possible de trouver des solutions provisoires à certaines questions non résolues en vue de produire un texte unique à l'intention de l'Assemblée générale¹. La Commission, à sa quarante-neuvième session, serait alors à même, espérait-on, de prendre en pleine connaissance de cause des décisions sur la manière dont le sujet pourrait être traité durant la prochaine période quinquennale.

2. Les travaux du Groupe de travail sont restés strictement dans le cadre du sujet intitulé « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ». Aussi les projets d'articles présentés *infra* sont-ils d'une portée limitée et à caractère supplétif. Dans la mesure où des règles existantes ou futures du droit international, conventionnel ou coutumier à l'origine, interdisent un certain comportement ou certaines conséquences (par exemple dans le domaine de l'environnement), ces règles joueront dans le domaine de la responsabilité des États et ne s'appliqueront pas, par définition, aux présents projets d'articles (voir *infra* projet d'article 8 et commentaire). Par ailleurs, le domaine de la responsabilité des États pour des faits illicites se distingue nettement du champ des présents articles par l'autorisation accordée à l'État d'origine de poursuivre l'activité « à ses propres risques » (voir *infra* projets d'articles 11, *in fine*, et 17).

3. Le présent sujet traite d'une question différente de celle de la responsabilité des États. Il consiste essentiellement en deux éléments : le premier est celui de la prévention du dommage transfrontière découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (en d'autres termes, la prévention de certaines conséquences préjudiciables hors du domaine de la responsabilité des États). Le deuxième élément concerne la répartition éventuelle des pertes découlant du dommage transfrontière causé dans le cadre de l'exécution de telles activités. Le

premier élément du projet d'articles couvre la prévention au sens large, y compris la notification des risques de dommage, qu'ils soient inhérents à l'exercice de l'activité ou surviennent ou soient considérés comme survenant à quelque stade ultérieur (voir *infra* projets d'articles 4 et 6 et commentaires y relatifs). Le deuxième élément procède des principes selon lesquels, d'une part, les États ne sont pas empêchés d'exercer des activités non interdites par le droit international, nonobstant le fait qu'elles pourraient comporter le risque de causer un dommage transfrontière, mais, d'autre part, la liberté d'action des États à cet égard n'est pas illimitée, et une responsabilité pourrait, en particulier, en découler et donner lieu à indemnisation ou à une autre forme de réparation conformément aux projets d'articles, même si les activités en question sont qualifiées de façon persistante de licites (voir *infra* projets d'articles 3 et 5 et commentaires y relatifs). Le principe selon lequel la victime du dommage transfrontière ne doit pas avoir à supporter la totalité du préjudice revêt un intérêt particulier (voir *infra* projet d'article 21 et commentaire y relatif).

4. Vu les priorités qui ont été attribuées, au cours de la quarante-huitième session de la Commission, à l'achèvement des projets d'articles sur d'autres sujets, le présent projet d'articles n'a pas pu être examiné par le Comité de rédaction, non plus qu'il ne pourra faire l'objet d'un débat détaillé en séance plénière au cours de la présente session. Par contre, l'Assemblée générale a prié instamment la Commission, à l'alinéa *c* du paragraphe 3 de sa résolution 50/45, de reprendre ses travaux sur le présent sujet « en vue d'achever la première lecture des projets d'articles relatifs aux activités qui risquent de causer un dommage transfrontière ». Le Groupe de travail estime qu'il serait opportun, dans ces conditions, que la Commission annexe à son rapport à l'Assemblée le présent rapport du Groupe de travail, et le communique pour commentaire aux gouvernements, pour qu'il puisse servir de base aux travaux futurs de la Commission sur le sujet. Ce faisant, la Commission ne s'engagerait à prendre aucune décision spécifique sur le déroulement du sujet, ni à adopter telle ou telle formulation, encore qu'elle ait, pour l'essentiel, approuvé le fond du chapitre premier et l'ensemble du chapitre II à de précédentes sessions².

¹ Le Groupe de travail se composait de : M. J. Barboza (Rapporteur spécial, Président du Groupe de travail), M. H. Al-Baharna, M. M. Bennouna, M. J. Crawford, M. G. Eiriksson, M. S. Fomba, M. P. Kabatsi, M. I. Lukashuk, M. P. L. Robinson, M. R. Rosenstock, M. A. Szekely et M. F. Villagrán Kramer.

² Voir *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), chap. V, par. 371 et 372.

5. En formulant cette recommandation, le Groupe de travail est conscient du fait que, à sa quarante-cinquième session, la Commission a adopté une procédure analogue à l'égard du rapport du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale, qui a été annexé au rapport de la Commission et transmis, pour commentaire, à l'Assemblée générale et aux gouvernements sans que la Commission ait eu la possibilité, en séance plénière, d'en examiner intégralement le texte en première lecture³. C'est le recours à cette procédure qui a permis à la Commission d'achever, à sa quarante-sixième session, le projet de statut d'une cour criminelle internationale⁴. Dans le cas du présent sujet, le Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international est d'avis que la recommandation de l'Assemblée générale, énoncée au paragraphe 4 ci-dessus, autorise la Commission à soumettre pour commentaire un ensemble complet d'articles pouvant servir de base aux travaux futurs sur le sujet, de telle sorte que la Commission soit en mesure, à sa prochaine session, de prendre une décision en toute connaissance de cause sur la suite des travaux.

6. C'est sur la base de ces considérations que le Groupe de travail soumet à la Commission le projet d'articles et les commentaires y relatifs, reproduits ci-après.

B. — Texte du projet d'articles

CHAPITRE PREMIER. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. — Activités auxquelles s'appliquent les présents articles

Les présents articles s'appliquent :

a) Aux activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif ; et

b) Aux autres activités non interdites par le droit international qui ne comportent pas le risque visé à l'alinéa a mais causent néanmoins un dommage transfrontière significatif ;]

de par leurs conséquences physiques.

Article 2. — Expressions employées

Aux fins des présents articles :

a) L'expression « risque de causer un dommage transfrontière significatif » recouvre une faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs;

b) Le terme « dommage transfrontière » désigne le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine, que les États concernés partagent ou non une frontière commune;

c) Le terme « État d'origine » désigne l'État sur le territoire ou d'une autre façon sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées à l'article premier;

d) Le terme « État affecté » désigne l'État sur le territoire duquel le dommage transfrontière significatif s'est produit ou qui exerce une juridiction ou un contrôle sur tout autre lieu où ce dommage s'est produit.

Article 3. — La liberté d'action et ses limites

La liberté des États d'exercer ou de permettre que soient exercées des activités sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction ou leur contrôle n'est pas illimitée. Elle est soumise à l'obligation générale de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif ainsi qu'aux obligations spécifiques dont ils peuvent être tenus à cet égard envers d'autres États.

Article 4. — Prévention

Les États prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir ou réduire au minimum le risque d'un dommage transfrontière significatif et, s'il est survenu un tel dommage, pour en réduire les effets au minimum.

Article 5. — Responsabilité

Conformément aux présents articles, une responsabilité découle d'un dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'article premier et donne lieu à indemnisation ou à une autre forme de réparation.

Article 6. — Coopération

Les États intéressés coopèrent de bonne foi et au besoin cherchent à obtenir l'assistance d'une organisation internationale pour prévenir ou réduire au minimum le risque d'un dommage transfrontière significatif et, s'il est survenu un tel dommage, pour en réduire les effets au minimum, tant dans les États affectés que dans les États d'origine.

Article 7. — Mise en œuvre

Les États prennent les mesures législatives, administratives et autres nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions des présents articles.

Article 8. — Relation avec d'autres règles du droit international

Le fait que les présents articles ne s'appliquent pas à un dommage transfrontière découlant d'un acte ou d'une omission illicite d'un État est sans préjudice de l'existence ou de l'application de toute autre règle du droit international se rapportant à cet acte ou à cette omission.

CHAPITRE II. — PRÉVENTION

Article 9. — Autorisation préalable

Les États veillent à ce que les activités visées à l'alinéa a de l'article premier ne soient pas exercées sur leur territoire ou à un autre titre sous leur juridiction ou leur contrôle sans leur autorisation préalable. Cette autorisation est également requise dans le cas où il est envisagé d'introduire dans une activité une modification substantielle qui risque de la transformer en une activité du type visé à l'alinéa a de l'article premier.

³ Voir *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 20, par. 98 à 100, et p. 104, annexe.

⁴ Voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 21 à 79.

Article 10. — Évaluation du risque

Avant de prendre la décision d'autoriser une activité visée à l'alinéa *a* de l'article premier, un État veille à ce qu'il soit procédé à l'évaluation du risque que comporte cette activité. Cette évaluation porte notamment sur les éventuels effets de l'activité en question sur les personnes ou les biens ainsi que sur l'environnement des autres États.

*Article 11. — Activités non autorisées**

Si un État, ayant souscrit aux obligations énoncées dans les présents articles, constate qu'une activité visée à l'alinéa *a* de l'article premier est déjà exercée sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle sans l'autorisation requise par l'article 9, il ordonne aux responsables de l'exécution de ladite activité de solliciter ladite autorisation. En attendant l'autorisation, l'État peut autoriser la poursuite de l'activité en question à ses propres risques.

Article 12. — Non-déplacement du risque

Lorsqu'ils prennent des mesures pour prévenir ou réduire au minimum un risque de dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'alinéa *a* de l'article premier, les États veillent à ne pas simplement déplacer, directement ou indirectement, ce risque ni à le transformer en un risque d'un autre type.

Article 13. — Notification et information

1. Si l'évaluation prévue à l'article 10 fait apparaître un risque de dommage transfrontière significatif, l'État d'origine en informe sans retard les États susceptibles d'être affectés et leur communique les informations techniques et autres informations pertinentes disponibles sur lesquelles l'évaluation est fondée, en leur fixant un délai de réponse raisonnable.

2. Si l'État d'origine apprend ultérieurement que d'autres États sont susceptibles d'être affectés, il les en informe sans retard.

Article 14. — Échange d'informations

Pendant le déroulement de l'activité, les États intéressés échangent en temps voulu toutes informations utiles pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif.

Article 15. — Information du public

Les États, dans la mesure du possible et par les moyens appropriés, tiennent leur public susceptible d'être affecté par une activité visée à l'alinéa *a* de l'article premier informé de ladite activité, du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter, et ils s'informent eux-mêmes de son opinion.

Article 16. — Sécurité nationale et secrets industriels

L'État d'origine n'est pas tenu de communiquer des données et informations qui sont vitales pour sa sécurité nationale ou pour la protection de ses secrets industriels, mais il coopère de bonne foi avec les autres États intéressés pour fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

Article 17. — Consultations sur les mesures préventives

1. Les États intéressés engagent, à la demande de l'un quelconque d'entre eux et sans retard, des consultations en vue de

* Précédemment, l'article du texte français était intitulé « Activités préexistantes ».

parvenir à des solutions acceptables concernant les mesures à adopter pour prévenir ou réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif et ils coopèrent à l'application de ces mesures.

2. Les États recherchent des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 19.

3. Si les consultations visées au paragraphe 1 ne permettent pas d'aboutir à une solution concertée, l'État d'origine tient néanmoins compte des intérêts des États susceptibles d'être affectés et peut poursuivre l'activité à ses propres risques, sans préjudice du droit qu'a tout État refusant son accord de se prévaloir des droits qui peuvent lui être reconnus en vertu des présents articles ou à un autre titre.

Article 18. — Droits de l'État susceptible d'être affecté

1. Lorsqu'un État n'a pas donné notification d'une activité menée sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle, tout autre État qui a des raisons sérieuses de croire que cette activité crée pour lui un risque de dommage significatif peut demander l'ouverture de consultations en vertu de l'article 17.

2. L'État qui demande les consultations fournit une évaluation technique exposant les raisons sur lesquelles est fondée sa conviction. S'il apparaît que l'activité en question est une de celles que vise l'alinéa *a* de l'article premier, ledit État peut réclamer à l'État d'origine une juste part du coût de l'évaluation.

Article 19. — Facteurs d'un juste équilibre des intérêts

Pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article 17, les États concernés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment :

a) Le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum, ou de réparer le dommage;

b) L'importance de l'activité, compte tenu des avantages globaux d'ordre social, économique et technique qui en découlent pour l'État d'origine par rapport au dommage qui peut en résulter pour les États susceptibles d'être affectés;

c) Le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum, ou de rendre l'environnement à sa condition première;

d) La viabilité économique de l'activité, une fois pris en compte le coût de la prévention exigée par les États susceptibles d'être affectés et la possibilité de mener l'activité ailleurs ou par d'autres moyens ou encore de la remplacer par une autre activité;

e) La mesure dans laquelle les États susceptibles d'être affectés sont prêts à participer au coût de la prévention;

f) Les normes de protection appliquées à la même activité ou à des activités comparables par les États susceptibles d'être affectés et celles qui sont appliquées dans la pratique comparable existant au niveau régional ou international.

CHAPITRE III. — INDEMNISATION OU AUTRE RÉPARATION

Article 20. — Non-discrimination

1. Un État sur le territoire duquel s'exerce une activité visée à l'article premier n'opère pas de discrimination fondée sur la nationalité, la résidence ou le lieu du préjudice pour accorder aux personnes victimes d'un dommage transfrontière significatif, conformément à son système juridique, l'accès à des procédures judi-

ciaires ou autres ou le droit de réclamer une indemnité ou une autre forme de réparation.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de tout accord entre les États intéressés qui prévoirait des arrangements spéciaux en vue de la protection des intérêts des personnes victimes d'un dommage transfrontière significatif.

Article 21. — Nature et ampleur de l'indemnisation ou autre réparation

L'État d'origine et l'État affecté procéderont, à la demande de l'une ou l'autre partie, à des négociations sur la nature et l'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation à accorder pour un dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'article premier, eu égard aux facteurs énoncés à l'article 22 et conformément au principe selon lequel la victime du dommage ne doit pas avoir à supporter la totalité du préjudice.

Article 22. — Facteurs à prendre en considération dans les négociations

Dans les négociations visées à l'article 21, les États intéressés tiennent compte notamment des facteurs suivants :

a) Dans le cas d'activités visées à l'alinéa a de l'article premier, la mesure dans laquelle l'État d'origine s'est acquitté de ses obligations de prévention visées au chapitre II;

b) Dans le cas d'activités visées à l'alinéa a de l'article premier, la mesure dans laquelle l'État d'origine a fait preuve de diligence raisonnable pour prévenir le dommage ou le réduire au minimum;

c) La mesure dans laquelle l'État d'origine savait ou avait les moyens de savoir qu'une activité visée à l'article premier s'exerçait ou était sur le point de s'exercer sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle;

d) La mesure dans laquelle l'État d'origine tire profit de l'activité;

e) La mesure dans laquelle l'État affecté a part au profit tiré de l'activité;

f) La mesure dans laquelle l'assistance d'États tiers ou d'organisations internationales est accessible ou a été fournie à l'un ou l'autre État;

g) La mesure dans laquelle une indemnité est raisonnablement accessible ou a été fournie aux personnes lésées, que ce soit à travers une action devant les tribunaux nationaux ou par une autre voie;

h) La mesure dans laquelle le droit de l'État lésé prévoit une indemnisation ou autre réparation pour le même dommage;

i) Les normes de protection appliquées, pour une activité comparable, par l'État affecté et dans la pratique régionale et internationale;

j) La mesure dans laquelle l'État d'origine a pris des dispositions pour aider l'État affecté à réduire le dommage au minimum.

C. — Projets d'articles et commentaires y relatifs

Commentaire général

1) La civilisation actuelle, qui repose sur la science, est marquée par une utilisation de plus en plus intensive, sous des formes très diverses, des ressources de la planète à des fins économiques, industrielles ou scientifiques. Qui plus est, la rareté des ressources naturelles, la nécessité d'une utilisation plus rationnelle des ressour-

ces, la création de ressources de substitution et la capacité de manipuler les organismes et les micro-organismes ont débouché sur des méthodes de production novatrices, dont les conséquences sont parfois imprévisibles. Du fait de l'interdépendance de l'économique et de l'écologique, les activités comportant l'utilisation de ressources, qui se déroulent sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle d'un État, peuvent avoir des effets préjudiciables sur d'autres États ou leurs nationaux. La réalité de l'interdépendance mondiale a été démontrée par des événements qui ont souvent entraîné des dommages s'étendant au-delà de la juridiction territoriale ou du contrôle de l'État où l'activité était menée. La fréquence avec laquelle sont entreprises des activités permises par le droit international, mais qui ont des conséquences transfrontières préjudiciables, ainsi que les progrès de la science et une plus juste appréciation de l'ampleur des dommages que causent ces activités et des effets qu'elles ont sur l'environnement font qu'une certaine réglementation internationale s'impose en la matière.

2) La base juridique sur laquelle peut être fondée une réglementation internationale de ces activités a été définie par la pratique des États et par la jurisprudence, et notamment par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, où la Cour avait observé qu'il y avait des « principes généraux et bien reconnus » de droit international concernant « l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »⁵. Le tribunal saisi de l'affaire de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter)⁶ était parvenu à une conclusion analogue, à savoir que :

Selon les principes du droit international comme selon le droit des États-Unis, aucun État n'a le droit d'utiliser ni de permettre que soit utilisé son territoire d'une façon telle que des émissions de fumées puissent causer des dommages sur le territoire ou au territoire d'un autre État ou aux biens ou aux personnes qui s'y trouvent, quand il s'agit d'un cas grave et que l'existence des dommages a été établie de façon claire et convaincante⁷.

3) Le principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm) corrobore le principe selon lequel « les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale »⁸. Le principe 21 a été réaffirmé par l'Assemblée générale dans ses résolutions 2995 (XXVII), sur la coopération entre les États dans le domaine de l'environnement, 3129 (XXVIII), sur la coopération dans le domaine de l'environnement en matière de ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs

⁵ Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

⁶ Texte original anglais des sentences du 16 avril 1938 et du 11 mars 1941 dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905 et suiv.; extraits dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2^e partie), p. 205 et suiv., doc. A/5409, par. 1049 à 1054.

⁷ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales... (supra note 6)*, p. 1965.

⁸ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), première partie, chap. 1^{er}.

États, et 3281 (XXIX), portant adoption de la Charte des droits et devoirs économiques des États⁹, ainsi que par le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement¹⁰. De plus, le paragraphe 1 de la résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée a précisé encore le principe 21 de la Déclaration de Stockholm en indiquant que « dans l'exploration, l'exploitation et la mise en valeur de leurs ressources naturelles, les États ne doivent pas causer d'effets préjudiciables sensibles dans des zones situées au-delà des limites de leur juridiction nationale ». Ce principe est encore corroboré par les Principes de conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des États en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États¹¹ et dans un certain nombre de recommandations du Conseil de l'OCDE¹². Les projets d'articles suivent le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* (user de son propre bien de manière à ne pas porter préjudice aux biens d'autrui) bien établi en droit international. Comme l'a dit Oppenheim, cette maxime « n'est pas moins applicable aux relations entre États qu'aux relations entre particuliers... c'est l'un des principes généraux de droit... que la Cour permanente est tenue d'appliquer en vertu de l'Article 38 de son Statut »¹³.

4) La jurisprudence et la doctrine, comme les déclarations des organisations internationales et régionales, ainsi que la pratique extrajudiciaire des États assurent une base suffisante aux présents projets d'articles, qui sont destinés à fixer une norme de comportement en ce qui concerne la conduite et l'effet d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, mais qui pourraient avoir des conséquences transfrontières préjudiciables. Ces articles définissent, plus en détail, les obligations spécifiques des États à cet égard. Ils reconnaissent la liberté des États d'utiliser leurs ressources à l'intérieur de leur propre territoire, mais de manière à ne pas causer de dommage significatif à d'autres États.

5) Les présents projets d'articles sont répartis en trois chapitres. Le chapitre premier (art. 1 à 8) délimite le champ d'application de l'ensemble du projet d'articles, définit les diverses expressions employées et énonce les principes généraux applicables aussi bien dans le contexte de la prévention du dommage transfrontière que dans celui de la responsabilité éventuelle de ce dommage. Le chapitre II (art. 9 à 19) est consacré à l'ap-

plication du principe de prévention énoncé à l'article 4 du chapitre premier, y compris les questions de notification, consultation et ainsi de suite. Le chapitre III (art. 20 à 22) traite de l'indemnisation ou autre réparation au titre d'un dommage effectivement causé, y compris l'indemnité susceptible d'être accordée devant les tribunaux nationaux de l'État d'origine ou de découler d'arrangements conclus entre cet État et un ou plusieurs autres États affectés. Ce chapitre est ainsi consacré à l'application du principe général de responsabilité énoncé à l'article 5 du chapitre premier.

CHAPITRE PREMIER. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. — Activités auxquelles s'appliquent les présents articles

Les présents articles s'appliquent :

a) Aux activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif [et

b) Aux autres activités non interdites par le droit international qui ne comportent pas le risque visé à l'alinéa a mais causent néanmoins un dommage transfrontière significatif;]

de par leurs conséquences physiques.

Commentaire

1) L'article premier définit le champ d'application des articles. Il établit une distinction entre deux catégories d'activités non interdites par le droit international : premièrement, celles qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif (al. a); et deuxièmement, celles qui ne comportent pas un tel risque mais causent néanmoins un tel dommage (al. b). Par la suite, les articles visent, en fonction de leur champ d'application particulier, selon qu'il convient, soit les activités mentionnées à l'alinéa a de l'article premier, soit celles mentionnées à l'alinéa b de l'article, soit, dans certains cas, les deux catégories d'activités.

2) L'article premier limite le champ d'application des articles aux activités qui ne sont pas interdites par le droit international et qui comportent un risque de causer, ou causent effectivement un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques. L'alinéa c de l'article 2 limite en outre le champ d'application des articles aux activités qui s'exercent sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle d'un État. Étant donné que les articles sont de caractère général et supplétif, on ne s'est aucunement efforcé, à ce stade, d'indiquer avec précision les activités auxquelles ils s'appliquent. Les membres du Groupe de travail ont approuvé cette décision pour des raisons différentes. Selon certains membres, toute liste d'activités serait probablement très incomplète et devrait aussi être périodiquement modifiée pour tenir compte de l'évolution technologique. De plus — dès lors qu'on omet certaines activités extrêmement dangereuses qui sont la plupart du temps l'objet d'une réglementation particulière, par exemple dans le

⁹ Voir en particulier les articles 2, 30 et 32.

¹⁰ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* [A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III et Vol. III/Corr.1)] (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : *Résolutions adoptées par la Conférence*, résolution 1, annexe I, p. 2 et suiv.

¹¹ PNUE, *Droit de l'environnement. — Lignes directrices et principes*, n° 2, *Ressources naturelles partagées*, Nairobi, 1978.

¹² Voir les recommandations adoptées le 14 novembre 1974 par le Conseil de l'OCDE : C(74)224, sur les principes relatifs à la pollution transfrontière (annexe, sect. B); C(74)220, sur la lutte contre l'eutrophisation des eaux; et C(74)221, sur les stratégies de lutte contre les polluants spécifiques des eaux (OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, Paris, 1986, p. 142, 51 et 52, respectivement).

¹³ L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8^e éd., publié sous la direction de H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green and Co., 1955, vol. I : *Peace*, p. 346 et 347.

domaine nucléaire ou dans le contexte de l'espace extra-atmosphérique —, le risque qui découle d'une activité est essentiellement fonction de l'application particulière qui en est faite ainsi que du contexte spécifique et de la manière dont elle s'exerce. Une liste générale ne saurait capter ces éléments. D'autres membres du Groupe de travail ont été plus réceptifs à l'idée d'une liste d'activités. Ils ont cependant émis l'avis qu'il serait prématuré, à ce stade, de l'établir tant que la forme, le champ d'application et le contenu du projet d'articles n'auraient pas été définitivement arrêtés. De plus, à leur sens, l'établissement d'une telle liste relève davantage de la compétence de spécialistes dans le cadre d'une conférence diplomatique chargée d'envisager l'adoption des articles sous la forme d'une convention.

3) La définition de la portée des activités visées à l'*alinéa a* contient maintenant quatre critères.

4) Le premier critère renvoie au titre du sujet, à savoir que les articles s'appliquent aux « activités qui ne sont pas interdites par le droit international ». Il insiste sur la distinction à faire entre le champ de ce sujet et celui du sujet relatif à la responsabilité des États, qui a trait aux « faits internationalement illicites » (voir *supra* chap. III, par. 65). Voir en outre l'article 8 ci-après et le commentaire y relatif.

5) D'après le deuxième critère, que l'on trouve dans la définition de l'État d'origine à l'*alinéa c* de l'article 2, les activités auxquelles les mesures préventives s'appliquent s'exercent « sur le territoire ou d'une autre façon sous la juridiction ou le contrôle » d'un État. Il fait appel à trois notions : « territoire », « juridiction » et « contrôle ». Bien que la formule « la juridiction ou le contrôle d'un État » soit plus courante si l'on en juge par un certain nombre d'instruments¹⁴, la Commission juge utile de mentionner aussi la notion de « territoire » en vue d'insister sur l'importance du lien territorial, lorsqu'un tel lien existe, entre les activités visées par les présents projets d'articles et un État.

6) Aux fins de ces projets d'articles, le « territoire » s'entend des zones sur lesquelles un État exerce son autorité souveraine. La Commission s'inspire de la pratique antérieure des États, suivant laquelle un État est tenu pour responsable des activités se déroulant dans les limites de son territoire, qui ont des effets extraterritoriaux préjudiciables. Dans l'affaire de l'*Île de Palmas (Mian-gas)*¹⁵, l'arbitre unique Max Huber avait affirmé que la « souveraineté » ne comportait pas que des avantages. La prétention d'un État à l'exclusivité de juridiction sur un certain territoire ou sur certains événements, doublée d'une exigence de reconnaissance de cette juridiction exclusive par tous les autres États, a un corollaire. Elle indique à tous les autres États que l'État souverain tiendra compte des intérêts raisonnables de tous les autres États

quant aux événements intervenant dans les limites de sa juridiction, en réduisant au minimum ou en prévenant les préjudices qui peuvent en découler à leur égard, et qu'il en assumera la responsabilité s'il omet de le faire :

La souveraineté, dans les relations entre États, signifie l'indépendance. L'indépendance, relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre État, les fonctions étatiques. Le développement de l'organisation nationale des États durant les derniers siècles et, comme corollaire, le développement du droit international ont établi le principe de la compétence exclusive de l'État en ce qui concerne son propre territoire, de manière à en faire le point de départ du règlement de la plupart des questions qui touchent aux rapports internationaux¹⁶.

7) L'arbitre Huber poursuivait en soulignant l'obligation dont s'assortit le droit souverain d'un État :

Comme on l'a déjà dit, la souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire les droits des autres États, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix et en temps de guerre, ainsi que les droits que chaque État peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger. L'État ne peut pas remplir ce devoir s'il ne manifeste pas sa souveraineté territoriale d'une manière adéquate aux circonstances. La souveraineté territoriale ne peut se limiter à son aspect négatif, c'est-à-dire au fait d'exclure les activités des autres États; car c'est elle qui sert à répartir entre les nations l'espace sur lequel se déploient les activités humaines, afin de leur assurer en tout lieu le minimum de protection que le droit international doit garantir¹⁷.

8) L'affaire du *Détroit de Corfou* est un autre exemple qui va dans le même sens. En l'espèce, la CIJ a tenu l'Albanie pour responsable, en vertu du droit international, des explosions qui s'étaient produites dans ses eaux et des dommages aux biens et aux personnes que ces explosions avaient provoqués sur les navires britanniques. La Cour, en l'espèce, a invoqué le droit international, par opposition à tout accord spécial aux termes duquel l'Albanie aurait pu être responsable. La Cour a déclaré :

Les obligations qui incombaient aux autorités albanaises consistaient à faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposait ce champ de mines. Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes, et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser sciemment utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États¹⁸.

9) La CIJ n'a pas précisé comment il fallait interpréter le terme « sciemment » s'agissant de la manière dont un État était censé exercer sa juridiction, mais elle a tiré certaines conclusions du fait que l'État exerçait un contrôle exclusif sur son territoire. La Cour a déclaré qu'il serait impossible pour la partie lésée d'établir que l'État avait connaissance de l'activité ou de l'événement qui allait causer des dommages aux autres États, en raison du contrôle territorial exclusif exercé par l'État. La Cour a déclaré :

En revanche, le contrôle territorial exclusif exercé par l'État dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve propres à démontrer cette connaissance. Du fait de

¹⁴ Voir par exemple le principe 21 de la Déclaration de Stockholm (*infra* note 36); la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer; le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (*infra* note 37); et l'article 3 de la Convention sur la diversité biologique.

¹⁵ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 829; trad. française dans *Revue générale de droit international public*, Paris, vol. XLII, 1935, p. 156 et suiv.

¹⁶ *Revue générale...* (*supra* note 15), p. 163.

¹⁷ *Ibid.*, p. 164 et 165.

¹⁸ Voir *supra* note 5.

ce contrôle exclusif, l'État victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciées (*circumstantial evidence*). Ces moyens de preuve indirecte sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale. On doit les considérer comme particulièrement probants quand ils s'appuient sur une série de faits qui s'enchaînent et qui conduisent logiquement à une même conclusion¹⁹.

10) Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, le tribunal s'est référé à l'obligation qui est le corollaire de la souveraineté territoriale. Dans cette affaire, bien que le tribunal eût à appliquer les obligations créées par un traité entre les États-Unis d'Amérique et le dominion du Canada et qu'il eût examiné de nombreuses affaires des États-Unis, il a énoncé un principe général qu'il estimait être compatible avec les principes du droit international. Le tribunal a émis une conclusion (voir *supra* par. 2 du commentaire général, *in fine*), et citant Eagleton, il a déclaré « qu'un État était en tout temps tenu du devoir de protéger les autres États contre des actes dommageables commis par des individus relevant de sa juridiction »²⁰, en notant que les décisions internationales, depuis l'affaire de l'« *Alabama* » (États-Unis d'Amérique c. Grande-Bretagne)²¹, sont fondées sur le même principe général.

11) Dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal arbitral a fait allusion, dans sa sentence, au principe qui interdit à l'État riverain d'amont d'altérer les eaux d'un cours d'eau si cela doit causer un dommage grave aux autres États riverains :

ainsi, en admettant qu'il existe un principe interdisant à l'État d'amont d'altérer les eaux d'un fleuve dans des conditions de nature à nuire gravement à l'État d'aval, un tel principe ne trouve pas son application en l'occurrence, puisqu'il a été admis par le tribunal que le projet français n'altère pas les eaux du Carol²².

12) D'autres formes de la pratique des États appuient également le principe énoncé dans les décisions judiciaires mentionnées plus haut. Par exemple, en 1892, dans un incident de frontière entre la France et la Suisse, le Gouvernement français a décidé de mettre fin aux exercices de tirs militaires qui avaient lieu près de la frontière suisse jusqu'à ce que des mesures aient été prises pour éviter des dommages transfrontières accidentels²³. Également à la suite d'un échange de notes, en 1961, entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique au sujet de deux sociétés américaines, Peyton Packing et Casuco, qui étaient situées à la frontière mexicaine et dont les activités portaient préjudice au Mexique, ces deux sociétés ont pris des mesures importantes pour que leurs opérations cessent de gêner les villes de la frontière mexicaine. Ces mesures comprenaient l'élimination de certaines activités, la modification des horaires de travail et

l'établissement de systèmes d'assainissement²⁴. En 1972, le Canada a invoqué le principe énoncé dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* contre les États-Unis quand un déversement de pétrole à Cherry Point, dans l'État de Washington, a entraîné la pollution de plages de la Colombie britannique²⁵. La pratique des États offre nombre d'autres exemples allant dans le même sens²⁶.

13) Le principe 21 de la Déclaration de Stockholm²⁷ et le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement²⁸ prescrivent des principes analogues à ceux énoncés dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* et dans l'affaire du *Détroit de Corfou*.

14) Le terme « territoire » a été employé à l'article 2 en raison des craintes qui ont été exprimées au sujet de l'incertitude qui pourrait exister, en droit international contemporain, quant à la mesure dans laquelle un État peut exercer une juridiction extraterritoriale en ce qui concerne certaines activités. La Commission estime qu'aux fins des présents projets d'articles, la juridiction territoriale est le critère dominant. En conséquence, lorsqu'une activité s'exerce sur le territoire d'un État, cet État doit s'acquitter des obligations relatives aux mesures préventives. Le « territoire » est donc considéré comme une preuve déterminante de la juridiction. Ainsi, lorsque des juridictions sont en concurrence en ce qui concerne une activité entrant dans le champ d'application des articles, c'est la juridiction reposant sur le ter-

¹⁹ M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), vol. 6, p. 258 et 259.

²⁰ Voir *Annuaire canadien de droit international* (Vancouver), t. XI, 1973, p. 333 et 334. Le principe énoncé dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* a été appliqué également par le tribunal de première instance de Rotterdam (Pays-Bas) dans l'affaire des *Mines domaniales de potasse d'Alsace* (voir J. G. Lammers, *Pollution of International Watercourses*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, p. 196 et suiv., notamment p. 198).

²¹ A. Dukovany, dans l'ex-Tchécoslovaquie, deux réacteurs de conception soviétique, censés fournir 440 MW d'énergie électrique, devaient entrer en service en 1980. En raison de leur proximité de la frontière autrichienne, le Ministère autrichien des affaires étrangères a demandé l'ouverture de pourparlers avec la Tchécoslovaquie au sujet de la sécurité des installations. Le Gouvernement tchécoslovaque a fait droit à cette demande (*Österreichische Zeitschrift für Außenpolitik*, vol. 15, 1975, cité dans G. Handl : « An international legal perspective on the conduct of abnormally dangerous activities in frontier areas: The case of nuclear power plant siting », *Ecology Law Quarterly*, Berkeley [Californie], vol. 7, n° 1, 1978, p. 1). En 1973, le Gouvernement belge a annoncé son intention de construire une raffinerie à Lanaye, près de la frontière avec les Pays-Bas. Le Gouvernement néerlandais a exprimé la préoccupation que lui causait le fait que le projet menaçait non seulement le parc national néerlandais qui était à proximité, mais aussi d'autres pays voisins. Il a déclaré qu'en vertu d'un principe bien établi en Europe, l'État qui envisageait d'entreprendre une activité risquant de causer un dommage aux États voisins devait négocier avec ceux-ci. Le Gouvernement néerlandais paraît s'être référé à une norme de conduite régionale existante ou escomptée. Des préoccupations analogues ont été exprimées par le Parlement belge, qui a demandé au gouvernement comment il entendait résoudre ce problème. Le gouvernement a déclaré que le projet avait été différé et que la question était en cours de négociation avec le Gouvernement néerlandais. Le Gouvernement belge a en outre assuré le Parlement qu'il respectait les principes énoncés dans le Traité instituant l'Union économique Benelux, selon lesquels les parties devaient s'informer mutuellement de celles de leurs activités qui pouvaient avoir des conséquences préjudiciables pour les autres États membres (Chambres législatives de Belgique, session ordinaire 1972-1973, *Questions et réponses*, bulletin n° 31).

²² *Supra* note 8.

²³ *Supra* note 10.

¹⁹ C.I.J. *Recueil 1949* (ibid.), p. 18.

²⁰ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales...* (*supra* note 6), p. 1963; C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, The New York University Press, 1928, p. 80.

²¹ Sentence du 14 septembre 1872, A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Pedone, 1923, t. II.

²² Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281 et suiv.

²³ P. Guggenheim, « La pratique suisse (1956) », *Annuaire suisse de droit international* (Zurich), vol. XIV, 1957, p. 168.

ritoire qui l'emporte. Néanmoins, la Commission n'ignore pas que, dans certaines situations, un État peut devoir, en vertu du droit international, renoncer à sa juridiction au profit d'un autre État à l'intérieur de son territoire. Le meilleur exemple d'une telle situation est celui du passage innocent d'un navire étranger dans la mer territoriale ou les eaux territoriales. Dans de telles situations, si l'activité entraînant un dommage transfrontière significatif est imputable au navire étranger, c'est l'État du pavillon et non l'État du territoire qui doit se conformer aux dispositions des articles.

15) Aux fins des présents projets d'articles, la notion de « territoire » est étroite, et c'est pourquoi on a également employé les notions de « juridiction » et de « contrôle ». L'expression « juridiction d'un État » englobe, outre les activités entreprises à l'intérieur du territoire de cet État, les activités sur lesquelles il est autorisé, par le droit international, à exercer sa compétence et son autorité. La Commission n'ignore pas que les questions impliquant la détermination de la juridiction sont complexes et se situent parfois au cœur d'un différend. L'article premier ne prétend certainement pas résoudre toutes les questions de conflit de juridiction.

16) Parfois, en raison du lieu où l'activité s'exerce, il n'y a aucun lien territorial entre l'État et l'activité, comme c'est le cas pour les activités menées dans l'espace ou en haute mer. L'exemple le plus courant d'une telle situation est la juridiction de l'État du pavillon sur un navire. La Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, la Convention sur la haute mer, la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer, la Convention sur le plateau continental et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer envisagent bon nombre des pouvoirs juridictionnels de l'État du pavillon.

17) Les activités peuvent également s'exercer en des lieux où plusieurs États sont habilités, en droit international, à exercer des juridictions déterminées qui ne sont pas incompatibles. Les domaines les plus courants où il peut y avoir des juridictions fonctionnelles mixtes sont la navigation et la traversée de la mer territoriale, de la zone contiguë et des zones économiques exclusives. En pareils cas, l'État qui est habilité à exercer sa juridiction sur l'activité entrant dans le champ du présent sujet doit, bien entendu, se conformer aux dispositions des présents projets d'articles.

18) En cas de juridictions concurrentes de plusieurs États sur les activités visées par les présents projets d'articles, les États, individuellement, et, le cas échéant, collectivement, se conforment aux dispositions des articles.

19) La fonction de la notion de contrôle, en droit international, est d'assigner certaines conséquences juridiques à un État dont la juridiction sur certaines activités ou événements n'est pas reconnue en droit international; elle s'applique à des situations où un État exerce une juridiction de facto, même lorsqu'il n'a pas de juridiction de jure, à savoir, notamment, les situations d'intervention, d'occupation et d'annexion illégale qui n'ont pas été reconnues en droit international. On peut se référer, à cet égard, à l'avis consultatif de la CIJ dans

l'affaire concernant les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*²⁹. Dans cette affaire, la Cour, après avoir déclaré l'Afrique du Sud responsable d'avoir créé et prolongé une situation que la Cour avait déclarée illégale, et ayant conclu que l'Afrique du Sud était dans l'obligation de retirer son administration de la Namibie, a néanmoins assigné certaines conséquences juridiques au contrôle de facto de celle-ci par l'Afrique du Sud. La Cour a en effet conclu que :

Le fait que l'Afrique du Sud n'a plus aucun titre juridique l'habilitant à administrer le territoire ne la libère pas des obligations et responsabilités que le droit international lui impose envers d'autres États et qui sont liées à l'exercice de ses pouvoirs dans ce territoire. C'est l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'État en raison d'actes concernant d'autres États³⁰.

20) La notion de contrôle peut également servir dans des affaires d'intervention pour assigner certaines obligations à un État qui exerce un contrôle mais non une juridiction. Par « intervention », il faut entendre, en l'occurrence, un contrôle effectif de courte durée exercé par un État sur des événements ou des activités qui relèvent de la juridiction d'un autre État. La Commission est d'avis qu'en pareil cas, si l'État ayant juridiction prouve qu'il a été, dans les faits, privé de l'exercice de sa juridiction sur les activités visées par les présents projets d'articles, l'État ayant contrôle serait tenu de se conformer aux obligations imposées par ces articles.

21) D'après le troisième critère, les activités visées par les présents projets d'articles doivent comporter un « risque de causer un dommage transfrontière significatif ». Cette expression est définie à l'article 2 (voir *infra* commentaire de l'article 2). L'expression « dommage transfrontière » est censée exclure les activités qui ne causent un dommage qu'à l'État sur le territoire duquel elles s'exercent, sans en causer à aucun autre État. Pour l'examen de l'adjectif « significatif », voir le commentaire de l'article 2.

22) Quant à l'élément « risque », il se rapporte par définition à des possibilités futures et, partant, implique quelque élément d'évaluation ou d'appréciation du risque. Le simple fait qu'un dommage résulte éventuellement d'une activité ne signifie pas que l'activité a comporté un risque dès lors qu'aucun observateur dûment informé n'a été ou n'aurait pu être conscient de ce risque au moment où l'activité s'est exercée. Par contre, une activité peut comporter un risque de causer un dommage transfrontière significatif même si ceux qui sont responsables de l'exercice de l'activité ont sous-estimé le risque, voire n'en ont pas été conscients. Il faut par conséquent percevoir objectivement la notion de risque comme dénotant l'appréciation qu'un observateur dûment informé avait faite ou aurait dû faire du dommage pouvant résulter d'une activité.

23) Dans ce contexte, il faut souligner que les présents projets d'articles jouent de façon suivie et ont un effet

²⁹ C.I.J. Recueil 1971, p. 16.

³⁰ Ibid., p. 54, par. 118.

continu : en d'autres termes, sauf dispositions contraires, ils s'appliquent à des activités qui s'exercent au moment considéré. Ainsi, il est possible qu'une activité qui ne comportait initialement aucun risque (au sens indiqué au paragraphe 22 ci-dessus) puisse un jour en comporter un par suite de quelque événement ou évolution. Par exemple, un réservoir parfaitement sûr pourrait devenir dangereux à la suite d'un tremblement de terre, auquel cas le fonctionnement continu du réservoir constituerait une activité comportant un risque. Ou encore, le progrès des connaissances scientifiques pourrait permettre de déceler dans un édifice ou des matériaux un vice propre comportant un risque de défaillance ou d'effondrement, auquel cas les articles pourraient en définitive s'appliquer à l'activité en cause, conformément à leurs dispositions.

24) Selon le quatrième critère, le dommage transfrontière significatif doit avoir été causé par les « conséquences physiques » des activités. La Commission est convenue qu'afin de pouvoir maîtriser le champ d'application du sujet, il faut en exclure le dommage transfrontière qui pourrait être causé par les politiques de l'État dans les domaines monétaire, socio-économique ou assimilés. La Commission estime que le meilleur moyen de limiter le champ d'application des présents projets d'articles consiste à exiger que les activités en question aient des conséquences transfrontières physiques qui, elles-mêmes, se traduisent par un dommage significatif.

25) L'activité doit être reliée à ses effets transfrontières par un lien physique, ce qui suppose une connexion d'un type très particulier — une conséquence qui découle ou peut découler de la nature même de l'activité ou de la situation en question, sous l'influence d'une loi naturelle. Ceci suppose que les activités visées par les présents projets d'articles doivent elles-mêmes avoir une qualité physique, et les conséquences doivent découler de cette qualité, et non d'une décision d'intervention des pouvoirs publics. Ainsi, le stockage d'armements n'a pas pour conséquence obligée que les armes stockées seront utilisées à des fins de belligérance. Mais ce stockage peut être qualifié d'activité qui, en raison des propriétés explosives ou incendiaires des matériaux stockés, comporte un risque intrinsèque de mésaventure catastrophique.

26) En outre, certains membres du Groupe de travail estiment que les projets d'articles devraient, à certains égards, s'appliquer à des activités non interdites par le droit international qui causent, en fait, un dommage transfrontière significatif même si, au moment pertinent, elles ne comportaient pas le risque de causer un tel dommage au sens indiqué plus haut. Tous les projets d'articles ne sont pas, tant s'en faut, susceptibles de s'appliquer aux activités visées à l'*alinéa b* de l'article premier, mais certains d'entre eux pourraient se prêter à une telle application. D'autres membres du Groupe de travail ont mis en doute que l'un quelconque des projets d'articles doive s'appliquer aux situations visées dans cet *alinéa*, encore qu'ils aient admis qu'il s'agissait d'une possibilité que la Commission ne saurait a priori exclure à ce stade de ses travaux. En conséquence, l'*alinéa b* de l'article premier a été mis entre crochets dans le texte, et les renvois ultérieurs aux activités visées dans cet *alinéa* doivent être considérés comme provisoires. En particulier, les gouvernements voudront bien se prononcer sur

le point de savoir quelles activités visées à l'*alinéa b* de l'article premier devraient, le cas échéant, être prises en considération dans le projet d'articles, et à quels égards.

27) Comme dans le cas des activités visées à l'*alinéa a*, le champ des activités visées à l'*alinéa b* est défini par les critères suivants : ces activités ne sont pas « interdites par le droit international »; elles s'exercent « sur le territoire ou d'une autre façon sous la juridiction ou le contrôle » d'un État; et le dommage transfrontière significatif doit nécessairement avoir été causé par les « conséquences physiques » des activités.

Article 2. — Expressions employées

Aux fins des présents articles :

a) L'expression « risque de causer un dommage transfrontière significatif » recouvre une faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs;

b) Le terme « dommage transfrontière » désigne le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine, que les États concernés partagent ou non une frontière commune;

c) Le terme « État d'origine » désigne l'État sur le territoire ou d'une autre façon sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées à l'article premier;

d) Le terme « État affecté » désigne l'État sur le territoire duquel le dommage transfrontière significatif s'est produit ou qui exerce une juridiction ou un contrôle sur tout autre lieu où ce dommage s'est produit.

Commentaire

1) L'*alinéa a* définit l'expression « risque de causer un dommage transfrontière significatif » comme comprenant une faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs. La Commission pense qu'au lieu de définir séparément la notion de risque, puis celle de dommage, il vaut mieux définir l'expression « risque de causer un dommage transfrontière significatif » en raison du lien entre le risque et le dommage et du rapport de ces deux notions avec l'adjectif « significatif ».

2) Aux fins des présents projets d'articles, l'expression « risque de causer un dommage transfrontière significatif » renvoie à l'effet combiné de la probabilité qu'un accident se produise et de l'ampleur de l'impact préjudiciable ainsi causé. Aussi est-ce l'effet combiné du risque et du dommage qui détermine le seuil. La Commission s'est inspirée à cet égard du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières³¹, adopté par la CEE à sa quarante-cinquième ses-

³¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.90.II.E.28.

sion, en 1990. Aux termes de l'alinéa *f* de l'article 1^{er} du Code de conduite, le « risque » désigne l'effet combiné de la probabilité d'un événement non souhaité et de son ampleur ». La Commission est d'avis qu'une définition fondée sur l'effet combiné du risque et du dommage convient mieux aux présents articles et que l'effet combiné devrait atteindre un niveau jugé significatif. Selon le point de vue qui a prévalu à la Commission, les obligations de prévention incombant aux États devraient être non seulement raisonnables, mais aussi suffisamment limitées pour ne pas s'imposer dans le cas de pratiquement n'importe quelle activité, puisque les activités considérées ne sont pas interdites par le droit international. L'idée est d'établir un équilibre entre les intérêts des États concernés.

3) La définition donnée au paragraphe précédent admet tout un éventail de relations entre le risque et le dommage, qui, toutes, atteindraient un niveau significatif. La définition identifie deux pôles autour desquels s'articuleront les activités envisagées au titre des présents projets d'articles. Il y aurait, dans le premier cas, une faible probabilité de causer un dommage désastreux, ce qui est normalement caractéristique des activités extrêmement dangereuses. Il y aurait, dans le deuxième cas, une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs. Seraient comprises les activités qui présentent une forte probabilité de causer des dommages qui, tout en n'étant pas désastreux, n'en sont pas moins significatifs. En seraient par contre exclues les activités qui présentent une très faible probabilité de causer un dommage transfrontière significatif. Le verbe « recouvre » tend à souligner que la définition fournit un éventail englobant les activités visées par les articles.

4) Pour ce qui est du sens du terme « significatif », la Commission sait bien qu'il n'est pas sans ambiguïté et qu'il faut se prononcer dans chaque cas d'espèce. Il implique davantage des considérations d'ordre factuel qu'une prise de position juridique. Il doit être entendu que « significatif » est plus que « détectable », mais sans nécessairement atteindre le niveau de « grave » ou « substantiel ». Le dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel, par exemple, pour la santé de l'homme, l'industrie, les biens, l'environnement ou l'agriculture dans d'autres États. Ces effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs.

5) L'unité écologique de la planète ne correspond pas aux frontières politiques. Lorsqu'ils exercent des activités licites sur leur territoire, les États produisent des effets les uns sur les autres. Tant que ces effets n'atteignent pas le niveau de « significatif », ils sont considérés comme tolérables. Étant donné que les obligations imposées aux États par les présents projets d'articles portent sur des activités qui ne sont pas interdites par le droit international, le seuil de l'intolérance au dommage ne peut être fixé à un niveau moindre que « significatif ».

6) L'idée de seuil est présente dans la sentence rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, où sont employés les mots *serious consequence* (conséquences graves)³².

De même, dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal s'est appuyé sur le concept rendu par « gravement »³³. On a aussi employé les termes « important », « sensible » ou « significatif », ainsi que les termes « grave » ou « substantiel » pour exprimer le seuil dans un certain nombre de conventions³⁴. L'adjectif « sensible » (*significant*) a également été employé dans d'autres instruments juridiques et dans des textes de loi nationaux³⁵.

7) La Commission estime par ailleurs que l'adjectif « significatif », quoique défini par des critères concrets et objectifs, suppose aussi un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté. Il se peut, par exemple, qu'une perte donnée, à un moment donné, ne soit pas considérée comme « significative » parce que, à ce moment précis, les connaissances scientifiques ou l'appréciation portée par l'homme sur une ressource donnée ne sont pas telles qu'une grande valeur est attribuée à ladite ressource. Mais, ultérieurement ce jugement peut changer et le même dommage peut alors être considéré comme « significatif ».

8) L'alinéa *b* définit « le dommage transfrontière » comme le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine, que les États concernés partagent ou non une frontière commune. Cette définition vise, outre le cas type d'une activité conduite à l'intérieur d'un État, qui a des effets préjudiciables sur un autre État, les activités menées sous la juridiction ou le contrôle d'un État, par exemple en haute mer, qui ont des effets sur le territoire d'un autre État ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle, par exemple des effets préjudiciables sur des navires ou des plates-formes d'autres États en haute mer aussi. La définition vise également les activités conduites sur le terri-

³³ *Supra* note 22.

³⁴ Voir, par exemple, la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique (art. 4, par. 2), la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (art. 2, par. 1 et 2) et le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières (art. 1, al. *b*) [*supra* note 31].

³⁵ Voir, par exemple, la résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale (par. 1 et 2), relative à la coopération entre les États dans le domaine de l'environnement; les « Principes relatifs à la pollution transfrontière » (par. 6) [recommandation C(74)224, adoptée le 14 novembre 1974 par le Conseil de l'OCDE (*L'OCDE et l'environnement...* [*supra* note 12], p. 163)]; les Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux (art. X) [Association de droit international, *Report of the Fifty-second Conference*, Helsinki, 1966, Londres, 1967, p. 496; voir aussi *Annuaire...* 1974, vol. II (2^e partie), p. 397, doc. A/CN.4/274]; et le projet de convention sur les utilisations industrielle et agricole des fleuves et des lacs internationaux (art. 5), élaboré par le Comité juridique interaméricain en 1965 [OEA, *Ríos y Lagos Internacionales (Utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4^e éd., rév., 1971, Washington (D.C.), p. 132].

Voir également le Mémoire d'intention entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement du Canada relatif à la pollution atmosphérique transfrontière, et l'Accord de coopération pour le règlement des problèmes d'environnement dans la zone frontalière (art. 7), conclu entre le Mexique et les États-Unis d'Amérique.

Les États-Unis d'Amérique ont aussi utilisé l'adjectif « significatif » dans leur droit interne à propos de questions d'environnement (voir *American Law Institute, Restatement of the Law Third*, article 601, commentaire, p. 111).

³² *Supra* note 6.

toire d'un État qui ont des conséquences préjudiciables, par exemple, sur les navires ou les plates-formes d'un autre État en haute mer. La Commission ne peut pas prévoir toutes les formes possibles dans l'avenir du « dommage transfrontière ». Elle tient cependant à préciser que le but est de pouvoir tracer une ligne de démarcation qui permette de distinguer nettement un État à qui peut être attribuée une activité visée dans les présents projets d'articles d'un État qui a subi des conséquences préjudiciables, et ce, qu'il s'agisse de territoire, de juridiction ou de contrôle.

9) À l'*alinéa c*, l'expression « État d'origine » désigne l'État sur le territoire duquel ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées à l'article premier (voir *supra* le commentaire de l'article premier, par. 4 à 20).

10) À l'*alinéa d*, l'expression « État affecté » désigne l'État sur le territoire duquel le dommage transfrontière significatif s'est produit ou qui exerce une juridiction ou un contrôle sur d'autres lieux où ce dommage s'est produit. Plusieurs États pourraient être des États affectés au regard d'une activité donnée.

Article 3. — La liberté d'action et ses limites

La liberté des États d'exercer ou de permettre que soient exercées des activités sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction ou leur contrôle n'est pas illimitée. Elle est soumise à l'obligation générale de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif ainsi qu'aux obligations spécifiques dont ils peuvent être tenus à cet égard envers d'autres États.

Commentaire

1) Cet article énonce le principe qui est à la base de tout le sujet. Il s'inspire du principe 21 de la Déclaration de Stockholm³⁶ et du principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement³⁷. Ces deux principes affirment le droit souverain des États d'ex-

³⁶ Dont le texte est libellé comme suit :

« Principe 21

« Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale. » (*Supra* note 8.)

³⁷ Dont le texte est libellé comme suit :

« Principe 2

« Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale. » (*Supra* note 10.)

Ce principe est aussi énoncé à l'article 193 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, lequel se lit comme suit :

exploiter leurs propres ressources, conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international.

2) La formulation adoptée confère à l'article 3 une portée plus générale que celle du principe 21 de la Déclaration de Stockholm, puisque le champ d'application de l'article n'est pas limité aux activités liées à l'exploitation de ressources, mais embrasse toutes les activités exercées sur le territoire d'un État ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle. D'autre part, l'article assigne à la liberté d'un État d'exercer ou d'autoriser de telles activités des limites plus spécifiques que le principe 21, puisque ce sont celles qui résultent de l'obligation générale qu'a un État de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif, ainsi que des obligations spécifiques dont il peut être tenu à cet égard envers d'autres États.

3) Les activités auxquelles s'applique l'article 3 sont définies à l'article premier. Dans le présent article, il est question du risque de causer un dommage transfrontière significatif, alors que dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm et le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, il est question de causer des dommages à l'environnement. Dans la pratique, cependant, la première chose à faire pour prévenir un dommage est de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer le dommage.

4) En ce sens, le principe exprimé dans le présent article va plus loin dans la protection des droits et intérêts des États affectés, étant expressément applicable aux activités dangereuses, c'est-à-dire aux activités qui risquent de causer un dommage transfrontière.

5) L'obligation générale de prévenir les dommages transfrontières est bien établie en droit international³⁸, mais l'article 3 met à la charge de l'État d'origine une obligation générale de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière, ce qui signifie que cet État doit veiller à ce que l'exploitant d'une activité visée aux articles 1 et 2 prenne toutes les précautions voulues pour que le dommage transfrontière ne se produise pas, ou que, si cela est impossible en raison de la nature de l'activité, l'État d'origine doit prendre toutes les dispositions nécessaires pour obtenir que l'exploitant prenne les mesures indispensables pour réduire le risque au minimum.

6) L'article 10 du projet de convention élaboré par le Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement va dans le même sens. Il dispose que :

Sans préjudice des principes énoncés aux articles 11 et 12, les États préviennent ou atténuent toute perturbation ou *tout risque important de perturbation** de l'environnement transfrontière qui

« Droit souverain des États d'exploiter leurs ressources naturelles

« Les États ont le droit souverain d'exploiter leurs ressources naturelles selon leur politique en matière d'environnement et conformément à leur obligation de protéger et de préserver le milieu marin. »

³⁸ Cette obligation générale des États a son fondement dans la pratique internationale. Voir *supra* le commentaire général ainsi que le commentaire de l'article premier.

cause un dommage considérable — c'est-à-dire un dommage qui n'est ni mineur ni insignifiant³⁹.

7) Dans le commentaire de cet article, il est indiqué :

Sous réserve de certaines restrictions dont il sera question plus loin, l'article 10 énonce le principe fondamental bien établi régissant les perturbations transfrontières de l'environnement... qui causent, *ou comportent un risque important de causer** un dommage considérable dans une zone relevant de la juridiction nationale d'un autre État ou dans une zone située au-delà des limites de la juridiction nationale⁴⁰.

8) Le commentaire indique en outre que ce principe est une conséquence implicite de l'obligation de ne pas causer de dommage transfrontière :

Il faut noter que le principe formulé ci-dessus n'énonce pas seulement l'obligation pour les États de prévenir ou d'atténuer les perturbations transfrontières de l'environnement qui causent *effectivement* un dommage considérable, mais aussi leur obligation de prévenir ou de réduire les activités qui comportent un *risque important* de causer un tel dommage par-delà leurs frontières. Cette seconde affirmation ne fait qu'*explicitier* ce qu'il faut considérer comme étant déjà compris *implicitement* dans l'obligation de *prévenir* les perturbations environnementales transfrontières causant *effectivement* un dommage considérable, et a pour but d'exclure tout malentendu sur ce point⁴¹.

9) Le fait de rendre explicite ce contenu implicite de l'obligation générale de prévention, mentionnée plus haut, représente déjà un important progrès du droit relatif aux dommages transfrontières, car il permet de fonder clairement toutes les autres obligations de prévention, en particulier celles de notification, d'échange d'information et de consultation, qui ont leur source dans le droit — correspondant à cette obligation générale de prévention — qu'a l'État susceptible d'être affecté de participer au processus général de prévention.

10) L'article 3 comprend deux parties. La première affirme la liberté d'action des États, et la seconde traite des limites de cette liberté. La première partie précise que la liberté des États d'exercer ou de permettre que soient exercées des activités sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction ou leur contrôle n'est pas illimitée. C'est une autre façon de dire que la liberté des États dans ce domaine est limitée. Mais la Commission a jugé préférable d'énoncer le principe sous une forme positive, qui présuppose la liberté d'action des États, plutôt que sous une forme négative, qui aurait mis l'accent sur la limitation de cette liberté.

11) La seconde partie de l'article assigne deux catégories de limites à cette liberté des États. Premièrement, leur liberté est soumise à l'obligation générale de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif. Deuxièmement, elle est soumise à toutes obligations spécifiques dont les

États seraient tenus à cet égard envers d'autres États. Les mots « à cet égard » visent les mesures tendant à prévenir ou à réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif.

12) La première limitation de la liberté des États d'exercer ou de permettre que soient exercées les activités visées à l'article premier est celle qui résulte de l'obligation générale incombant aux États de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif. L'obligation générale spécifiée à l'article 3 doit s'entendre comme une obligation de moyens. L'article n'exige pas d'un État qu'il garantisse l'absence de tout dommage transfrontière, mais qu'il prenne toutes les dispositions voulues pour prévenir un tel dommage ou pour le réduire au minimum. Cette interprétation concorde d'ailleurs avec les obligations spécifiques énoncées dans les divers articles sur la prévention.

13) On trouvera aux paragraphes 4 à 13 du commentaire de l'article 4 des explications concernant le sens et la portée de l'obligation de diligence.

Article 4. — Prévention

Les États prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir ou réduire au minimum le risque d'un dommage transfrontière significatif et, s'il est survenu un tel dommage, pour en réduire les effets au minimum.

Commentaire

1) L'article 4, avec l'article 6, établit le fondement essentiel des articles sur la prévention, qui énoncent les obligations plus spécifiques dont sont tenus les États pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou les réduire au minimum. L'article 4 est une affirmation de principe. Il dispose que les États prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir ou réduire au minimum le risque d'un dommage transfrontière significatif. Le terme « mesures » vise toutes les actions et dispositions spécifiques prescrites dans les articles concernant la prévention des dommages transfrontières ou leur réduction au minimum.

2) En règle générale, l'obligation énoncée à l'article 4 de prévenir le risque ou de le réduire au minimum ne s'applique qu'aux activités qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif, tels que ces termes sont définis à l'article 2. Le plus souvent, dans le cadre de la prévention, un État n'assume pas le risque de conséquences imprévisibles pour d'autres États, que peuvent comporter les activités non interdites par le droit international menées sur son territoire ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle. En revanche, l'obligation de prendre « toutes les mesures appropriées pour prévenir ou réduire au minimum » le risque de dommage ne saurait se limiter aux activités déjà considérées à juste titre comme porteuses de ce risque. Elle recouvre aussi celle de prendre toutes les mesures appropriées pour déceler les activités qui comportent un tel risque, qui est une obligation de caractère continu.

³⁹ *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations*, Londres, Dordrecht, Boston, Graham & Trotman, Martinus Nijhoff, 1987, p. 75.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid., p. 78. Cependant « s'il faut, en principe, empêcher que soient menées les activités qui comportent un risque important de causer un dommage considérable ou les réduire, on peut fort bien concevoir que, dans le cas de certaines activités dangereuses, l'illicéité disparaît quand toutes les mesures de précaution possibles ont été prises pour empêcher la matérialisation du risque et que les avantages découlant de l'activité sont à considérer comme bien supérieurs à ceux qu'on obtiendrait en éliminant le risque, ce qui exigerait de mettre fin à l'activité elle-même. » (Ibid., p. 79.)

3) L'article 4 pose donc le principe de la prévention, qui concerne tous les États, pour les activités visées à l'alinéa *a* de l'article premier. Les modalités selon lesquelles l'État d'origine peut s'acquitter des obligations de prévention découlant de ce principe comprennent, par exemple, les mesures législatives, administratives ou autres nécessaires pour assurer l'exécution des lois, des décisions administratives et des principes d'action adoptés par l'État (voir *infra* l'article 7 et le commentaire y relatif).

4) L'obligation faite aux États de prendre des mesures pour prévenir ou réduire au minimum un risque de dommage transfrontière significatif est une obligation de diligence, par laquelle ils sont tenus d'adopter à cet effet certaines mesures unilatérales. L'obligation imposée par l'article 4 n'est pas une obligation de résultat. C'est le comportement de l'État qui dira s'il s'est acquitté de l'obligation qui lui incombe en vertu des présents projets d'articles.

5) Le fait qu'une obligation de diligence constitue la base normale de la protection de l'environnement contre les dommages peut être inféré d'un certain nombre de conventions internationales⁴² ainsi que des résolutions et rapports de conférences et d'organisations internationales⁴³. L'obligation de diligence a été débattue en 1986 dans un différend entre l'Allemagne et la Suisse concernant la pollution du Rhin par l'entreprise Sandoz; le Gouvernement suisse a reconnu sa responsabilité pour n'avoir pas fait preuve de la diligence voulue afin de prévenir l'accident en imposant une réglementation adéquate à ses entreprises pharmaceutiques⁴⁴.

6) Dans l'affaire de l'« *Alabama* » (États-Unis *c.* Grande-Bretagne), le tribunal arbitral avait examiné deux définitions différentes de la diligence raisonnable, soumises par les parties. Les États-Unis définissaient celle-ci comme :

Une diligence proportionnée à l'importance du sujet et à la dignité et à la force du pouvoir qui l'exerce; une diligence qui doit, par l'emploi d'une active vigilance, et par tous les moyens au pouvoir du neutre, à toutes les phases de l'affaire, empêcher la violation de son territoire; une diligence qui doit, de toute manière, détourner ceux qui en auraient le dessein de commettre des actes de guerre sur le sol d'un neutre contre sa volonté, [...]⁴⁵.

⁴² Voir par exemple l'article 194 (par. 1) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer; les articles I, II et VII (par. 2) de la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets; l'article 2 de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone; l'article 7 (par. 5) de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique; l'article 2 (par. 1) de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière; et l'article 2 (par. 1) de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux.

⁴³ Voir le paragraphe 21 de la Charte mondiale de la nature (résolution 37/7 de l'Assemblée générale, annexe), et le principe VI du projet de principes, à l'intention des États, relatifs à la modification des conditions atmosphériques, qui a été établi par l'OMS et le PNUE (*Digest of United States Practice in International Law 1978*, Marian Lloyd Nash, Office of the Legal Adviser, Department of State, 1980, p. 1205).

⁴⁴ Voir le *New York Times* des 11, 12 et 13 novembre 1986, p. A 1, A 8 et A 3, respectivement. Voir aussi A. C. Kiss, « Tchernobâle », ou la pollution accidentelle du Rhin par les produits chimiques », *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. 33, 1987, p. 719 à 727.

⁴⁵ Affaire de l'« *Alabama* »... (*supra* note 21), p. 814 et 815.

7) La Grande-Bretagne avait défini la diligence raisonnable comme le « soin que les gouvernements emploient ordinairement dans leurs affaires intérieures »⁴⁶. Le tribunal s'était, semble-t-il, laissé convaincre par la définition plus large du critère de la diligence raisonnable présentée par les États-Unis et s'était déclaré préoccupé par la norme « nationale » présentée par la Grande-Bretagne. Il avait dit que la thèse britannique paraissait aussi « restreindre les devoirs internationaux d'un gouvernement neutre à l'exercice des pouvoirs limités que lui confère le droit interne. Il ne [voyait] pas que le neutre [devait] amender sa loi interne, quand il est démontré que les pouvoirs conférés par cette loi sont insuffisants pour l'accomplissement de ses obligations internationales »⁴⁷.

8) L'étendue et le niveau de l'obligation de diligence ont aussi été développés par lord Atkin dans l'affaire *Donoghue c. Stevenson* :

La règle suivant laquelle il faut aimer son voisin devient, en droit, il est défendu de porter préjudice à son voisin; et la question du juriste, « qui est mon voisin ? » reçoit une réponse restreinte. Chacun est tenu de prendre raisonnablement soin d'éviter les actes ou omissions dont il peut raisonnablement prévoir qu'ils seraient susceptibles de porter préjudice à son voisin. Qui, en droit, est alors mon voisin ? Il semble que la réponse soit : les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon fait que ce sont elles que je devrais raisonnablement envisager comme étant ainsi touchées lorsque je songe aux actes et omissions qui sont mis en question⁴⁸.

9) Dans le cadre des présents projets d'articles, la diligence raisonnable se manifeste par des efforts raisonnables de la part d'un État pour s'informer des éléments de fait et de droit dont on peut prévoir qu'ils seront liés à une ligne de conduite envisagée, et pour prendre en temps utile les mesures appropriées en vue de les régler. Ainsi, les États ont l'obligation de prendre des mesures unilatérales pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif que peuvent comporter des activités entrant dans le champ d'application de l'article premier. Ces mesures comprennent, en premier lieu, la définition de principes d'action destinés à prévenir ou à réduire au minimum le dommage transfrontière et, en second lieu, leur mise en application. Ces principes d'action trouvent leur expression dans la législation et les règlements administratifs, et ils sont mis en œuvre par divers mécanismes d'exécution.

10) La Commission estime que la norme de diligence raisonnable par rapport à laquelle la conduite d'un État doit être examinée est celle qui est généralement considérée comme appropriée et proportionnée au degré de risque de dommage transfrontière dans le cas dont il s'agit. Par exemple, les activités qui peuvent être considérées comme comportant un risque très élevé exigent que l'État élabore des principes d'action avec beaucoup plus de soin et mette beaucoup plus de vigueur pour les appliquer. Des questions telles que l'envergure des opérations, leur emplacement, les conditions climatiques particulières, les matériaux employés pour l'activité et le point de savoir si les conclusions tirées de l'application de ces facteurs dans un cas donné sont raisonnables sont au nombre des éléments à prendre en considération pour

⁴⁶ *Ibid.*, p. 803.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Royaume-Uni, *The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council* (Londres), 1932, p. 580.

déterminer quelle est la diligence raisonnable dans chaque cas. La Commission estime également que ce qui peut être considéré comme une norme raisonnable de soin ou de diligence raisonnable peut changer avec le temps. Une procédure, une norme ou une règle qui peut être considérée comme appropriée et raisonnable à un certain moment pourra ne pas l'être à un autre moment dans l'avenir. Par conséquent, l'obligation de diligence aux fins d'assurer la sécurité oblige un État à suivre les changements technologiques et les progrès scientifiques.

11) La Commission prend note du principe 11 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, qui se lit comme suit :

Les États doivent promulguer des mesures législatives efficaces en matière d'environnement. Les normes écologiques et les objectifs et priorités pour la gestion de l'environnement devraient être adaptés à la situation en matière d'environnement et de développement à laquelle ils s'appliquent. Les normes appliquées par certains pays peuvent ne pas convenir à d'autres pays, en particulier à des pays en développement, et leur imposer un coût économique et social injustifié⁴⁹.

12) On trouve une formulation analogue dans le principe 23 de la Déclaration de Stockholm. Toutefois, ce principe précise que ces normes internes sont « sans préjudice des critères qui pourront être retenus par la communauté internationale »⁵⁰. La Commission est d'avis que le niveau de développement économique des États est un des facteurs à prendre en considération pour déterminer si un État s'est acquitté de son obligation de diligence. Mais le niveau de développement économique d'un État ne peut être invoqué pour exonérer un État de l'obligation que lui imposent les présents projets d'articles.

13) La première obligation de l'État est de s'efforcer d'élaborer des principes d'action et de les mettre en œuvre en vue de prévenir tout dommage transfrontière significatif. Si cela n'est pas possible, l'État doit alors s'efforcer de réduire au minimum le dommage. De l'avis de la Commission, les mots « réduire au minimum » doivent s'entendre, dans ce contexte, comme signifiant que le but visé est de réduire jusqu'au point le plus bas la possibilité de dommage.

Article 5. — Responsabilité

Conformément aux présents articles, une responsabilité découle d'un dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'article premier et donne lieu à indemnisation ou à une autre forme de réparation.

Commentaire

1) Les présents projets d'articles visent des activités qui ne sont pas interdites par le droit international, soit en elles-mêmes, soit pour ce qui est de leurs effets. Cela étant, il est absolument — par définition en quelque sorte — hors de doute que la survenance d'un dommage transfrontière significatif soulèverait une question de res-

ponsabilité des États, responsabilité dont relèvent les actes qui, à un égard ou à un autre, sont interdits par le droit international, c'est-à-dire des faits illicites. Voir aussi l'article 8 et le commentaire y relatif.

2) D'autre part, lorsqu'un État exerce des activités qui sont susceptibles de causer et qui causent effectivement des dommages transfrontières significatifs — même si elles-mêmes ou leurs effets ne sont pas illicites —, la question de l'indemnisation du dommage se pose, et c'est avant tout cet élément qu'englobe le terme « responsabilité ». En dehors du domaine de la responsabilité des États, il ne s'agit pas d'une question de réparation (au sens de l'article 42 du projet d'articles sur la responsabilité des États [voir *supra* chap. III, sect. D]). Mais l'indemnisation ou une autre forme de réparation (un changement, par exemple, dans l'exploitation de l'activité, destiné à éviter ou à réduire au minimum les dommages dans l'avenir) devrait en principe être disponible. Sinon, les États seraient en mesure de faire partiellement retomber les coûts de leurs activités, sans indemnité, sur des tierces parties qui ne tirent aucun profit de ces activités, qui n'ont aucune emprise sur leur survenance éventuelle, mais qui subissent le dommage transfrontière significatif. C'est pourquoi l'article 5 pose un principe de base, à savoir que l'obligation de fournir une indemnité ou d'assurer une autre réparation peut naître d'un dommage transfrontière significatif causé par des activités auxquelles s'applique l'article premier. Ce principe fondamental est toutefois tempéré par la formule « conformément aux présents articles ». L'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation à laquelle l'application des présents projets d'articles peut donner lieu est indiquée au chapitre III (Indemnisation ou autre réparation) — sans préjudice, bien entendu, de toute obligation d'indemnisation ou autre réparation qui pourrait exister indépendamment des présents projets d'articles, en vertu, par exemple, d'une convention à laquelle les États intéressés seraient parties.

3) Il est à noter que, dans sa formulation actuelle, le principe posé par l'article 5 s'applique tant aux activités comportant un risque (art. 1^{er}, al. a) qu'à celles qui causent un dommage alors même que le risque n'en avait pas été préalablement perçu (art. 1^{er}, al. b). Il est vrai que la base de la responsabilité, exposée au paragraphe précédent, vaut plus nettement pour les activités visées par l'alinéa a de l'article premier que pour celles de l'alinéa b du même article. Cela dit, même quand une activité ne comportait pas, au moment où elle a été exercée, de risque de causer un dommage transfrontière significatif, au sens de l'article 2, la possibilité d'une indemnisation ou autre réparation n'est pas à exclure. Limiter la responsabilité au seul cas de présence d'un risque reviendrait, *a contrario*, à dire qu'il faut laisser les États tiers supporter toutes les pertes que pourraient entraîner par ailleurs les activités (non interdites par le droit international) des États d'origine, si sévères qu'aient été ces pertes ou quelles qu'aient été les autres circonstances. Comme règle d'application générale, la responsabilité sans faute pour toutes les pertes entraînées par les activités licites menées sur le territoire d'un État ou sous sa juridiction ou son contrôle serait difficile, sinon impossible, à poser. Bien entendu, une telle règle pourrait trouver sa place dans une convention, mais cela n'indique pas nécessairement que la règle du droit inter-

⁴⁹ Voir *supra* note 10.

⁵⁰ Voir *supra* note 8.

national général serait séparée de la convention. Ce que l'on peut dire, en tout état de cause, c'est que, en cas de survenance d'un dommage transfrontière significatif, quand bien même il résulterait d'une activité licite et quand bien même le risque n'en aurait pas été perçu avant sa survenance, la question de l'indemnisation ou autre réparation n'est pas pour autant à exclure. Il n'y a pas de règle, en pareille circonstance, qui exige que l'État tiers affecté supporte le préjudice. Partant, le principe énoncé à l'article 5 peut à bon droit s'appliquer à toutes les activités visées par l'article premier, considérant que les articles du chapitre III (Indemnisation ou autre réparation) sont formulés avec beaucoup de souplesse et n'imposent pas d'obligations catégoriques. Cette position est cependant provisoire, pour les raisons exposées au paragraphe 26 du commentaire de l'article premier.

4) Le principe posé par l'article 5 n'est pas nouveau pour la Commission. À sa quarantième session, en 1988, elle avait déclaré ce qui suit :

Les membres de la Commission se sont accordés à reconnaître que les principes identifiés par le Rapporteur spécial au paragraphe 86 de son quatrième rapport (A/CN.4/413) étaient pertinents et acceptables dans leurs grandes lignes. Ces principes étaient les suivants :

« a) Les articles doivent garantir la liberté d'action de chaque État sur son territoire dans les limites compatibles avec les droits et intérêts des autres États;

« b) La protection desdits droits et intérêts exige l'adoption de mesures de prévention (et des mesures de réparation en cas de dommage);

« c) Dans la mesure où cela serait compatible avec les deux principes précédents, la victime innocente ne doit pas supporter exclusivement la charge du dommage qu'elle a subi⁵¹.»

5) Le principe de la responsabilité et de la réparation est le corollaire et le complément nécessaires de l'article 4, qui oblige les États à prévenir ou à réduire au minimum le risque créé par des activités qui ne sont pas interdites par le droit international. L'article 5, quant à lui, établit l'obligation de réparer chaque fois que survient un dommage transfrontière significatif. Il exclut donc un régime qui permettrait que soient menées des activités dangereuses pour d'autres États sans qu'il y ait aucune forme de réparation en cas de dommage.

6) Le principe de la responsabilité est sans préjudice des questions de savoir : a) quelle est l'entité responsable, tenue de réparer; b) quelles seront les formes et l'étendue de la réparation; c) quel est le dommage qui donne lieu à réparation; et d) quel est le fondement de la responsabilité.

7) Le chapitre III (Indemnisation ou autre réparation) des présents projets d'articles prévoit diverses solutions à ces problèmes, qui peuvent être réglés selon la loi et par les tribunaux de l'État d'origine suivant le principe de la non-discrimination (voir *infra* l'article 20 et le commentaire y relatif), ou par voie de négociations entre l'État d'origine et l'État ou les États affectés suivant certains critères généraux définis dans ce chapitre (voir *in-*

fra les articles 21 et 22 et les commentaires s'y rapportant).

8) En fait, la pratique internationale connaît plusieurs moyens de réparer le dommage transfrontière causé par une activité comportant des risques pour les personnes ou les biens, ou pour l'environnement. L'un d'eux consiste à poser une responsabilité objective de l'État, comme c'est le cas dans la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, seul exemple, jusqu'ici, de traité multilatéral prévoyant une telle responsabilité. Un autre moyen consiste à mettre la responsabilité à la charge de l'exploitant, en laissant l'État en dehors de l'affaire, comme c'est le cas dans la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement. Un autre encore consiste à attribuer à l'État une certaine responsabilité subsidiaire, pour le montant de l'indemnité qui n'est pas assumé par l'exploitant, les exemples étant ici la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires.

9) Dans d'autres contextes, l'État pourrait n'être responsable qu'en cas de violation de l'obligation de diligence raisonnable, de la même manière qu'à l'article 7 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation⁵², encore qu'une telle règle impose sans doute une obligation dans le cadre de la responsabilité des États (et sorte par conséquent du champ d'application des présents projets d'articles).

10) En faisant figurer l'article 5 dans l'ensemble des principes fondamentaux régissant le sujet, la Commission prend dûment acte du principe 22 de la Déclaration de Stockholm⁵³ et du principe 13 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁵⁴, qui encouragent les États à coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages environnementaux que les activités menées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle causent à des régions situées au-delà des limites de leur juridiction nationale. Ces principes manifestent à l'évidence les aspirations et les préférences de la communauté internationale.

11) Il convient de noter que c'est l'expression « indemnisation ou [...] autre forme de réparation » qui est retenue ici. L'indemnisation, c'est-à-dire le versement d'une somme d'argent, peut difficilement se faire dans certaines situations où, pour réparer le dommage causé à l'environnement, la meilleure solution est la remise en état. Celle-ci, qui vise à rétablir le *statu quo ante*, peut être assimilée à une forme de *restitutio naturalis*. Par ailleurs, en matière de dommage écologique, l'introduction, dans un écosystème endommagé, de certains éléments équivalant à ceux qui ont été diminués ou détruits n'est pas une indemnisation pécuniaire, bien qu'elle puisse être considérée comme une forme de répa-

⁵² *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 108.

⁵³ Voir *supra* note 8.

⁵⁴ Voir *supra* note 10.

⁵¹ *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 19, par. 82.

ration. Cette solution est envisagée dans certains instruments⁵⁵.

12) La pratique des États en matière de traités a souvent consisté à identifier soit une activité soit des substances particulières ayant des conséquences transfrontières préjudiciables, et à établir un régime de responsabilité pour le dommage transfrontière correspondant. Ces traités visent au premier chef les activités faisant intervenir le transport d'hydrocarbures, la pollution par le pétrole et l'énergie ou les matières nucléaires⁵⁶. Certaines conventions traitent de la question de la responsabilité résultant d'activités autres que celles faisant intervenir les hydrocarbures ou l'énergie ou les matières nucléaires⁵⁷. De nombreux autres traités mentionnent la question de la responsabilité, sans autre précision quant aux règles de fond ou de procédure régissant cette responsabilité. Ces traités reconnaissent la pertinence du principe de la responsabilité pour l'application du traité considéré, sans nécessairement le définir avec précision⁵⁸. D'autres traités envisagent l'élaboration, par les parties, d'un nouvel instrument portant sur les questions de responsabilité posées par leur application⁵⁹.

13) La notion de responsabilité a aussi connu un développement limité dans la pratique des États. Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, par exemple, ladite fonderie avait été autorisée à poursuivre ses activités, mais

⁵⁵ Voir, par exemple, l'article 2 (par. 8) de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement.

⁵⁶ Voir, en particulier, la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, et les Protocoles de 1976 et 1984 modifiant la Convention; la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin; la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire; la Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires; la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires; la Convention relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime de matières nucléaires; et la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure.

⁵⁷ Voir la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux et la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement.

⁵⁸ Voir, dans ce contexte, la Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution, la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, la Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution, la Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique, la Convention relative à la protection de la mer Noire contre la pollution, la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, et la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux.

⁵⁹ Voir, par exemple, la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, qui fait de l'élaboration de règles sur la responsabilité une condition préalable à la prospection et à l'exploitation des ressources minérales de l'Antarctique. La Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination stipule, en son article 12, que les États parties élaborent un protocole sur la responsabilité et l'indemnisation. La Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux en Afrique et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets produits en Afrique prévoit aussi que les États parties à la Convention élaborent un protocole sur la responsabilité et l'indemnisation.

le tribunal avait établi un régime permanent qui prévoyait, sous certaines conditions, la réparation des dommages causés aux intérêts des États-Unis d'Amérique par des émissions de fumée, même si les activités de la fonderie étaient parfaitement conformes au régime permanent défini dans la sentence :

Le tribunal est d'avis que le régime prescrit éliminera probablement les causes du présent litige et, comme il a déjà été dit, permettra probablement de prévenir la survenance, à l'avenir, de tout dommage matériel dans l'État de Washington.

*Cependant, vu que le résultat souhaité et escompté du régime ou des mesures de contrôle que, en vertu de la présente sentence, la fonderie doit adopter et maintenir, peut ne pas se matérialiser**, et vu que, dans sa réponse à la question n° 2, le tribunal a ordonné à la fonderie de s'abstenir de causer des dommages à l'avenir, soit parce que la fonderie ne s'est pas conformée aux réglementations prescrites dans la présente sentence, soit *en dépit de l'application du régime**, il sera versé une indemnisation au titre de ce dommage, mais uniquement si les deux gouvernements adoptent des dispositions concernant le règlement des demandes d'indemnisation*...⁶⁰.

14) En revanche, dans la sentence rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal arbitral, en réponse à l'allégation de l'Espagne, selon laquelle les projets français entraîneraient un risque anormal pour les intérêts espagnols, a déclaré de manière générale qu'une responsabilité ne serait engagée que si toutes les précautions possibles pour se prémunir contre la survenance de dommages n'étaient pas prises⁶¹. Le tribunal a brièvement abordé la question des activités dangereuses, en indiquant qu'il n'avait pas « été affirmé clairement que les ouvrages prévus [par la France] entraîneraient un risque anormal dans les relations de voisinage ou dans l'utilisation des eaux ». Ce passage peut être interprété comme signifiant que le tribunal était d'avis que des activités anormalement dangereuses constituent un problème spécial et que, si l'Espagne avait établi que le projet français entraînerait pour elle un risque anormal de dommages transfrontières, la décision du tribunal aurait pu être différente.

15) Dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la CIJ a dûment exposé les allégations de l'Australie, à savoir :

que les explosions nucléaires en atmosphère réalisées par la France dans le Pacifique ont provoqué des retombées radioactives sur une

⁶⁰ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales...* (supra note 6), p. 1980.

⁶¹ Le tribunal a affirmé :

« La question a été effleurée dans le Contre-Mémoire espagnol (p. 86), qui a souligné « l'extraordinaire complexité » des procédés de contrôle, leur caractère « très onéreux » et les « risques d'avaries ou de négligence, dans le maniement de la vanne et d'obstruction dans le tunnel ». Mais il n'a jamais été allégué que les ouvrages envisagés présentent d'autres caractères ou entraînent d'autres risques que les ouvrages du même genre qui sont aujourd'hui répandus dans le monde entier. Il n'a pas été affirmé clairement que les ouvrages prévus entraîneraient un risque anormal dans les relations de voisinage ou dans l'utilisation des eaux. Comme on l'a vu plus haut, les garanties techniques de restitution des eaux sont aussi satisfaisantes que possible. Si, malgré les précautions prises, la restitution des eaux souffrait d'un accident, celui-ci n'aurait qu'un caractère occasionnel et, selon les deux Parties, ne constituerait pas une violation de l'article 9. » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales...* [supra note 22], p. 303, par. 6 de la sentence.)

grande partie du territoire australien et ailleurs dans l'hémisphère sud, ont suscité des concentrations mesurables de radioéléments dans les produits alimentaires et chez l'homme et ont augmenté la dose d'irradiation des habitants de cet hémisphère, notamment en Australie; que tout dépôt de substances radioactives en territoire australien constitue un danger virtuel pour l'Australie et ses habitants et que tout dommage qu'il pourrait causer serait irréparable; que les expériences nucléaires françaises dans l'atmosphère sont une source d'inquiétude et d'anxiété pour les Australiens; que les conséquences que les essais nucléaires français pourraient avoir en ce qui concerne les ressources de la mer et l'environnement seraient ineffaçables et qu'aucun versement d'indemnité ne pourrait remettre les choses en état; et que rien ne saurait changer le fait qu'une entrave aurait été apportée par la France aux droits de l'Australie et de ses habitants à bénéficier de la liberté de mouvement en haute mer et dans l'espace aérien surjacent⁶².

16) Dans son opinion dissidente, le juge Ignacio-Pinto, tout en exprimant l'avis que la Cour n'était pas compétente pour connaître de l'affaire, a indiqué que :

adopter la thèse de la demande de l'Australie nous amènerait à une nouvelle conception en droit international, qui consisterait à interdire aux États l'exercice dans le cadre de leur souveraineté territoriale de toute activité créatrice de risque; mais cela aboutirait à l'octroi du droit à tout État d'intervenir à titre préventif dans les affaires nationales des autres États⁶³.

17) Il a ajouté :

Dans l'état actuel du droit international, « l'appréhension » d'un État ou « l'angoisse », « le risque de radiations atomiques » ne suffisent pas, à mon avis, pour constituer la justification d'un droit supérieur qui s'impose à tous les États et limite leur souveraineté en matière d'essais nucléaires dans l'atmosphère.

Ceux qui sont d'une opinion opposée font peut-être figure de proue ou d'avant-garde dans un système de développement progressif du droit international, mais leur désir ne saurait être pris en considération pour modifier l'état actuel du droit⁶⁴.

18) Il y a eu un certain nombre d'incidents à la suite desquels des États, sans admettre la moindre responsabilité, ont versé une indemnité aux victimes d'un dommage transfrontière significatif. Dans ce contexte, il convient de rappeler les cas suivants.

19) La série d'essais nucléaires à laquelle les États-Unis d'Amérique avaient procédé le 1^{er} mars 1954 dans l'atoll d'Eniwetok provoqua des dommages dépassant de très loin la zone de danger, en atteignant des pêcheurs japonais en haute mer et en contaminant une grande partie de l'atmosphère et une quantité considérable de poissons, d'où une grave désorganisation du marché du poisson au Japon. Le Japon exigea une réparation. Dans une note du 4 janvier 1955, le Gouvernement des États-Unis, évitant la moindre référence à une responsabilité juridique, acceptait de verser des indemnités au Japon pour les dommages causés par les essais⁶⁵.

⁶² *Essais nucléaires (Australie c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 99 et suiv., notamment p. 104. La Cour ne s'est pas prononcée sur le fond de l'affaire.

⁶³ *Ibid.*, p. 132.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Le Gouvernement des États-Unis s'exprimait dans les termes suivants :

« Le Gouvernement des États-Unis a déclaré clairement qu'il est disposé à verser des indemnités en tant qu'expression supplémentaire de préoccupation et de regret au sujet des dommages causés.

« ... Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique offre au Gouvernement japonais, *ex gratia* et sans considération de la question de la responsabilité juridique, la somme de deux millions de dollars

20) Dans le cas des dommages subis en 1954 par les habitants des îles Marshall, qui étaient alors un territoire sous tutelle administré par les États-Unis, ceux-ci ont accepté de payer une indemnisation. Il était indiqué dans le rapport du Committee on Interior and Insular Affairs du Sénat des États-Unis que, par suite d'un déplacement imprévu du vent, sous l'effet de la déflagration d'une bombe atomique, les quatre-vingt-deux habitants de l'atoll de Rongelap avaient été soumis à de fortes retombées radioactives. Décrivant les préjudices corporels et les dommages matériels subis par les habitants et l'importante assistance médicale immédiatement fournie par les États-Unis, le rapport notait en conclusion : « Toutefois, on ne peut pas dire que les mesures de réparation prises jusqu'à présent soient totalement adéquates... »⁶⁶. Le rapport révélait que, en février 1960, une plainte avait été déposée contre les États-Unis devant la Haute Cour du territoire sous tutelle en vue d'obtenir un montant de 8 500 000 dollars à titre de réparation des dommages matériels, du mal des rayons, des brûlures, des souffrances corporelles, du préjudice moral, de la rupture de la vie communautaire et des dépenses médicales. L'affaire avait été classée, la Cour s'étant déclarée incompétente. Toutefois, le rapport indiquait que la proposition de loi n° H.R. 1988, déposée à la Chambre des représentants (tendant à payer une indemnisation), était « ... nécessaire pour permettre aux États-Unis de rendre justice à ces personnes »⁶⁷. Le 22 août 1964, le président Johnson promulguait une loi aux termes de laquelle les États-Unis assumaient « la responsabilité humanitaire d'indemniser les habitants de l'atoll de Rongelap, dans le territoire sous tutelle des îles du Pacifique, pour avoir été exposés aux rayonnements produits par l'explosion thermonucléaire déclenchée dans l'atoll de Bikini, dans les îles Marshall, le 1^{er} mars 1954 », et autorisait le paiement de 950 000 dollars à répartir également entre les habitants touchés de Rongelap⁶⁸. Selon un autre rapport, le gouvernement du président Reagan aurait été prêt, en juin 1982, à verser un montant de 100 millions de dollars au Gouvernement des îles Marshall en règlement de toutes les réclamations adressées aux États-Unis par les habitants des îles, dont la santé et les biens avaient été affectés par les essais d'armes nucléaires effectués par les États-Unis dans le Pacifique entre 1946 et 1963⁶⁹.

21) En 1948, une fabrique de munitions située à Arcisate, localité italienne proche de la frontière suisse, avait explosé, causant des dommages plus ou moins graves dans plusieurs communes suisses. Le Gouvernement

à titre de réparation des préjudices ou dommages causés par suite des essais nucléaires menés dans les îles Marshall en 1954.

« ...

« Il est entendu pour le Gouvernement des États-Unis d'Amérique que le Gouvernement japonais, par son acceptation de la somme offerte de deux millions de dollars, l'accepte à titre de règlement intégral de toutes réclamations pouvant être présentées aux États-Unis d'Amérique ou à ses agents, ressortissants ou institutions judiciaires... à raison de toutes pertes ou tous dommages découlant desdits essais nucléaires. »

(*The Department of State Bulletin* [Washington, D.C.], vol. XXXII, n° 812, 17 janvier 1955, p. 90 et 91.)

⁶⁶ M. M. Whiteman, *op. cit.* (*supra* note 24), vol. 4, p. 567.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *The International Herald Tribune*, 15 juin 1982, p. 5.

suisse, en demandant au Gouvernement italien réparation des dommages subis, invoqua le principe de bon voisinage et soutint que l'Italie était responsable, car elle avait toléré l'existence d'une fabrique d'explosifs, avec les risques que cela comportait, au voisinage immédiat d'une frontière internationale⁷⁰.

22) En 1971, le pétrolier libérien *Juliana* s'est échoué et brisé en deux au large de Niigata, sur la côte ouest de l'île japonaise de Honshu. La cargaison de pétrole s'est répandue sur le rivage, endommageant gravement les pêcheries locales. Le Gouvernement libérien (État du pavillon) a offert à titre de réparation une somme de 200 millions de yen aux pêcheurs, qui l'ont acceptée⁷¹. Dans cette affaire, le Gouvernement libérien a accepté les demandes de dommages-intérêts pour fait d'un particulier. Il semble qu'aucun fait illicite de la part du Libéria n'ait été allégué au niveau diplomatique.

23) À la suite du déversement accidentel de 45 000 litres de pétrole brut dans la mer, survenu à Cherry Point, dans l'État de Washington, et de la pollution consécutive des plages canadiennes, le Gouvernement canadien adressa au Département d'État des États-Unis d'Amérique une note dans laquelle il exprimait sa profonde inquiétude devant cet incident lourd de conséquences et indiquait qu'il « souhait[ait] obtenir la ferme assurance que ceux qui [étaient] juridiquement responsables réparer[ai]ent tous les dommages et rembourser[ai]ent le coût des opérations de nettoyage »⁷². Le Secrétaire d'État canadien aux affaires étrangères, exposant au Parlement canadien les conséquences juridiques de cet incident, déclara ce qui suit :

Nous tenons particulièrement à assurer l'observation du principe établi dans la sentence arbitrale de 1938 relative à l'affaire de la *Fonderie de Trail*, entre le Canada et les États-Unis. Selon ce principe, un pays ne peut admettre que son territoire soit utilisé d'une façon qui puisse causer des préjudices au territoire d'un autre État, et il est pécuniairement responsable de tout dommage ainsi causé. Le Canada a accepté cette responsabilité dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, et nous escomptons que le même principe sera appliqué dans la présente affaire. En fait, ce principe a déjà été accepté par un nombre considérable d'États et il faut espérer qu'il sera adopté par la Conférence de Stockholm en tant que règle fondamentale du droit international de l'environnement⁷³.

24) Le Canada, invoquant le précédent de l'affaire de la *Fonderie de Trail*, a soutenu que les États-Unis étaient responsables des dommages transfrontières causés par des actes accomplis dans les limites de leur juridiction territoriale, indépendamment de la question de savoir si les États-Unis étaient ou non fautifs. Le règlement final du différend n'a pas fait intervenir le principe juridique invoqué par le Canada; la société privée responsable de la pollution a offert de payer le coût des opérations de nettoyage.

25) En 1973, un cas grave de contamination est survenu dans le canton suisse de Bâle-Ville du fait de la fabrication d'insecticides par une usine française de produits

chimiques, de l'autre côté de la frontière. Cette contamination a causé des dommages à l'agriculture et à l'environnement dans ce canton, et rendu impropre à la consommation une production d'environ 10 000 litres de lait par mois⁷⁴. Apparemment, le Gouvernement suisse est intervenu et a négocié avec les autorités françaises pour qu'il soit mis un terme à cette pollution et pour obtenir l'indemnisation des dommages.

26) Dans les négociations entre les États-Unis d'Amérique et le Canada au sujet d'un projet de prospection pétrolière dans la mer de Beaufort, près de la frontière avec l'Alaska, le Gouvernement canadien s'est engagé à garantir l'indemnisation de tout dommage qui pourrait être causé aux États-Unis du fait des activités de la société privée qui devait être chargée de la prospection⁷⁵. Bien que la société privée dût, avant la mise en œuvre du projet, fournir un cautionnement couvrant l'indemnisation des victimes potentielles aux États-Unis, le Gouvernement canadien a assumé, à titre subsidiaire, la responsabilité de la réparation pécuniaire des dommages transfrontières au cas où ce cautionnement se révélerait insuffisant⁷⁶.

27) À l'occasion de la construction d'une route au Mexique, à proximité de la frontière des États-Unis d'Amérique, le Gouvernement américain, estimant qu'en dépit des modifications techniques apportées à sa demande au plan de construction, la route n'offrait pas de garanties de sécurité suffisantes pour les biens situés sur le territoire américain, a réservé ses droits au cas où des dommages résulteraient de la construction de cette route. Dans la note qu'il avait adressée le 29 juillet 1959 au Ministre mexicain des affaires étrangères, l'ambassadeur des États-Unis à Mexico concluait comme suit :

Compte tenu de ce qui précède, j'ai reçu pour instruction de réserver tous les droits que les États-Unis peuvent avoir en vertu du droit international au cas où la construction de la route entraînerait des dommages aux États-Unis⁷⁷.

28) Dans l'affaire du *Canal de Rose Street*, tant les États-Unis d'Amérique que le Mexique se sont réservé le droit d'invoquer la responsabilité de l'État dont les travaux de construction pourraient causer des dommages dans le territoire de l'autre État⁷⁸.

29) Dans la correspondance échangée entre le Canada et les États-Unis d'Amérique au sujet des essais nucléaires souterrains américains menés à Amchitka dans le cadre du plan Cannikin, le Canada a réservé ses droits à indemnisation en cas de dommages⁷⁹.

30) La pratique conventionnelle indique une nette tendance à imposer aux exploitants d'activités ou à leurs assureurs une responsabilité sans faute (*sine delicto*) pour

⁷⁴ L. Cafilisch, « La pratique suisse en matière de droit international public, 1973 », *Annuaire suisse de droit international* (Zurich), vol. XXX, 1974, p. 147. Les faits entourant cette affaire et les négociations diplomatiques qui ont suivi sont difficiles à déterminer.

⁷⁵ *International Canada*, Toronto, vol. 7, n° 3, 1976, p. 84 et 85.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Whiteman, *op. cit.* (supra note 24), p. 262.

⁷⁸ Ibid., p. 264 et 265.

⁷⁹ *International Canada*, Toronto, vol. 2, 1971, p. 97 et 185.

⁷⁰ P. Guggenheim, *op. cit.* (supra note 23), p. 169.

⁷¹ *The Times* (Londres), 1^{er} octobre 1974; *Revue générale de droit international public* (Paris), t. 80, juillet-septembre 1975, p. 842.

⁷² *Annuaire canadien de droit international* (Vancouver), t. XI, 1973, p. 333 et 334.

⁷³ Ibid., p. 334.

les dommages extraterritoriaux⁸⁰. C'est la pratique courante dans les traités portant principalement sur des activités commerciales. Certaines conventions réglementant des activités exercées le plus souvent par des exploitants privés imposent certaines obligations à l'État pour faire respecter par les exploitants les règles ainsi fixées. Si l'État manque à ces obligations, il est tenu de réparer les dommages causés par l'exploitant, soit pour leur totalité, soit pour la partie non couverte par l'exploitant⁸¹.

31) En revanche, la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux impute à l'État de lancement une responsabilité inconditionnelle pour les dommages transfrontières. Cette convention est en quelque sorte unique parce que, à l'époque où elle a été conclue, on prévoyait que les activités qu'elle visait à réglementer seraient, en raison de leur nature, menées uniquement par des États. Autre singularité, elle laisse le choix à la partie lésée d'engager une action en indemnisation devant les tribunaux nationaux ou de présenter directement une réclamation à l'État par la voie diplomatique.

32) Il faut noter que la tendance à réclamer une indemnisation est d'ordre pragmatique, au lieu d'être fondée sur une théorie cohérente de la responsabilité. La responsabilité des exploitants privés, de leurs assureurs, et éventuellement des États, revêt des formes nombreuses. Néanmoins, on peut légitimement induire de la pratique assez variée, évoquée plus haut, la reconnaissance — *de lege ferenda*, il est vrai, dans quelques cas — d'un principe suivant lequel la survenance d'un dommage transfrontière significatif résultant d'activités telles que celles visées à l'article premier devrait entraîner une responsabilité, nonobstant le fait que ces activités ne sont pas interdites en droit international et ne sont donc pas soumises aux obligations de cessation ou de *restitutio in integrum*. Par contre, ce principe ne saurait, en l'état actuel de la pratique internationale, être affirmé sans nuance, d'où la nécessité de s'en rapporter à la mise en œuvre du principe général à travers les dispositions prévues ailleurs dans les présents projets d'articles.

⁸⁰ Voir, par exemple, en matière de pollution par les hydrocarbures, la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et le Protocole de 1984 modifiant la Convention; la Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; et la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin. Dans le domaine de l'énergie et des matières nucléaires, la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire; la Convention complémentaire à la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire; la Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires; la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires; et la Convention relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime de matières nucléaires. En ce qui concerne les autres activités, la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux; et la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement.

⁸¹ Voir, par exemple, l'article III de la Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires, et l'article 8 de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique.

Article 6. — Coopération

Les États intéressés coopèrent de bonne foi et au besoin cherchent à obtenir l'assistance d'une organisation internationale pour prévenir ou réduire au minimum le risque d'un dommage transfrontière significatif et, s'il est survenu un tel dommage, pour en réduire les effets au minimum, tant dans les États affectés que dans les États d'origine.

Commentaire

1) Le principe de la coopération entre les États est essentiel tant pour définir que pour mettre en œuvre des moyens efficaces de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif. Cette coopération entre les États est requise à tous les stades de la planification et de la mise en œuvre. Dans le principe 24 de la Déclaration de Stockholm⁸² et le principe 7 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁸³, il est reconnu que la coopération est indispensable pour pouvoir planifier efficacement des mesures de protection de l'environnement. Des formes de coopération plus spécifiques sont prévues dans le chapitre II (Prévention) du présent projet d'articles, et en particulier dans les articles 13 à 18. Ces articles prévoient la participation de l'État affecté, qui est indispensable pour renforcer l'efficacité de toute action préventive. L'État affecté peut savoir mieux que quiconque quels sont les aspects de l'activité considérée qui risquent d'être le plus dommageables pour lui ou quelles sont les zones de son territoire proches de la frontière qui risquent d'être le plus affectées par les effets transfrontières de l'activité, par exemple un écosystème particulièrement vulnérable.

2) L'article 6 fait obligation aux États intéressés de coopérer de bonne foi. Le paragraphe 2 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies prévoit que tous les États Membres « doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte ». La Convention de Vienne sur le droit des traités et la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités affirment toutes deux, dans leur préambule, que le principe de la bonne foi est universellement reconnu. En outre, l'article 26 et le paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités reconnaissent la place essentielle que ce principe occupe dans l'économie des traités. La décision de la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires* touche au champ d'application du principe de la bonne foi. Dans cette affaire, la Cour a déclaré que « [l']un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi »⁸⁴. Il découle de ce dictum de la Cour que le principe de la bonne foi vaut aussi pour les actes unilaté-

⁸² Voir *supra* note 8.

⁸³ Voir *supra* note 10.

⁸⁴ Affaire des *Essais nucléaires*... (*supra* note 62), p. 253 et 268.

raux⁸⁵. En fait, c'est toute la structure des relations internationales⁸⁶ qui est empreinte de ce principe.

3) Le tribunal arbitral établi en 1985 pour trancher le différend entre le Canada et la France sur le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent, par le chalutier français *La Bretagne*, a estimé que le principe de la bonne foi était parmi les éléments qui assuraient une garantie suffisante contre tout risque d'exercice abusif de ses droits par une partie⁸⁷.

4) Les mots « Les États intéressés » désignent l'État d'origine et l'État ou les États affectés. Si d'autres États sont en mesure de contribuer à la réalisation des objectifs visés par les présents projets d'articles, ils sont encouragés à coopérer, mais n'ont aucune obligation juridique de le faire.

5) L'article 6 prévoit que les États cherchent au besoin à obtenir l'assistance d'une organisation internationale pour s'acquitter de leurs obligations de prévention énoncées dans les présents projets d'articles. Cela signifie que les États ne doivent le faire que lorsqu'ils le jugent nécessaire. Les mots « au besoin » visent à tenir compte d'un certain nombre des possibilités, décrites ci-après.

6) Premièrement, l'assistance des organisations internationales peut ne pas être appropriée ou nécessaire chaque fois qu'il s'agit de prévenir ou de réduire au minimum un dommage transfrontière. Il peut se trouver, par exemple, que l'État d'origine ou l'État affecté soient eux-mêmes avancés sur le plan technologique et possèdent autant ou même plus de capacités techniques que les organisations internationales de prévenir un dommage transfrontière significatif ou de le réduire au minimum. En pareil cas, il n'y a évidemment aucune obligation de rechercher l'assistance des organisations internationales.

7) Deuxièmement, les termes « organisation internationale » renvoient aux organisations qui sont compétentes et en mesure de fournir une assistance dans ces domaines. Même s'il y a de plus en plus d'organisations internationales, on ne peut pas présumer qu'il y en aura nécessairement une ayant les capacités voulues pour intervenir dans un cas particulier.

8) Troisièmement, même s'il existe des organisations internationales compétentes, leur constitution peut les empêcher de répondre à de telles demandes des États : certaines organisations peuvent, par exemple, être tenues de (ou autorisées à) ne répondre qu'aux demandes d'assistance de leurs États membres ou être soumises à d'autres contraintes. À l'évidence, l'article 6 ne vise pas à créer une quelconque obligation pour les organisations internationales de répondre aux demandes d'assistance qui leur sont adressées au titre des dispositions de l'article.

⁸⁵ Voir M. Virally, « Review essay: Good faith in public international law », *American Journal of International Law*, vol. 77, n° 1, janvier 1983, p. 130.

⁸⁶ Voir R. Rosenstock, « The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations: A Survey », *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], vol. 65, n° 5, octobre 1971, p. 734.

⁸⁷ Sentence du 17 juillet 1986 (Canada c. France), *Revue générale de droit international public*, t. 90, 1986/3, p. 713.

9) Quatrièmement, des demandes d'assistance peuvent être adressées aux organisations internationales par un ou plusieurs États intéressés. En vertu du principe de la coopération, il est préférable que ces demandes soient faites par tous les États intéressés. Toutefois, le fait qu'ils ne cherchent pas tous à obtenir l'assistance nécessaire ne lève pas l'obligation faite à chaque État de la demander. Bien entendu, la réponse et le type de concours apportés par une organisation internationale dans les cas où elle aura été sollicitée par un seul État dépendront de la nature de la demande, du type d'assistance qu'elle comporte, du lieu où l'organisation internationale devra la fournir, et ainsi de suite.

10) Dans la dernière partie de l'article 6, il est question de « réduire les effets au minimum, tant dans les États affectés que dans les États d'origine ». Cette disposition anticipe ainsi les situations dans lesquelles, à la suite d'un accident, il se produit, outre le dommage transfrontière significatif, un dommage massif dans l'État d'origine lui-même. Il s'agit d'exprimer l'idée que, de bien des façons, le dommage significatif risque fort de nuire à tous les États intéressés, en frappant l'État d'origine aussi bien que les autres États. Le dommage transfrontière devrait, dans toute la mesure possible, être considéré comme un problème exigeant des efforts communs et une coopération mutuelle pour en réduire les conséquences négatives au minimum. Cela ne veut évidemment pas dire qu'il s'agisse d'imposer une quelconque charge financière à l'État affecté pour réduire le dommage au minimum ou mener une opération de nettoyage dans l'État d'origine.

Article 7. — Mise en œuvre

Les États prennent les mesures législatives, administratives et autres nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions des présents articles.

Commentaire

1) L'article 7 affirme ce qui pourrait être considéré comme une évidence, à savoir qu'en devenant parties aux présents projets d'articles, les États se trouveraient tenus de prendre les mesures de mise en œuvre nécessaires, qu'elles soient de nature législative, administrative ou autre. Il a été incorporé à la fois pour souligner le caractère continu des articles, qui exigent que des mesures soient prises de temps à autre pour prévenir ou réduire au minimum les dommages transfrontières résultant d'activités auxquelles ils s'appliquent, et pour prévoir, dans certaines circonstances, la responsabilité des dommages transfrontières significatifs qui surviendraient néanmoins⁸⁸.

⁸⁸ Le libellé du présent article est calqué sur le début du paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, qui se lit comme suit :

« Chaque Partie prend les mesures juridiques, administratives ou autres, nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions de la pré-

(Suite de la note page suivante.)

2) Dire que les États sont tenus de prendre les mesures nécessaires ne signifie pas qu'ils doivent obligatoirement se mêler eux-mêmes des problèmes d'exploitation concernant les activités auxquelles s'applique l'article premier. Lorsque ces activités sont exercées par des particuliers ou des entreprises, la seule obligation faite à l'État est d'instituer le cadre réglementaire approprié et de l'appliquer conformément aux présents projets d'articles. Cette application, dans la situation considérée, relèvera ensuite de l'administration courante ou, en cas de différend, des tribunaux judiciaires ou arbitraux, qui s'appuieront sur le principe de non-discrimination énoncé à l'article 21 (Nature et ampleur de l'indemnisation ou autre réparation).

Article 8. — Relation avec d'autres règles du droit international

Le fait que les présents articles ne s'appliquent pas à un dommage transfrontière découlant d'un acte ou d'une omission illicite d'un État est sans préjudice de l'existence ou de l'application de toute autre règle du droit international se rapportant à cet acte ou à cette omission.

Commentaire

1) Il a déjà été souligné que les présents projets d'articles ne s'appliquent qu'aux activités qui ne sont pas frappées d'interdiction par le droit international, que cette interdiction vise l'exercice même de l'activité ou ses effets. Les articles ne jouent qu'à titre subsidiaire. Ils ne s'appliquent que dans les situations qui ne sont pas régies par une règle ou un régime internationaux plus spécifiques.

2) Ainsi, l'article 8 vise à préciser avec toute la clarté possible que les présents projets d'articles sont sans préjudice de l'existence, de l'application ou de l'effet de toute autre règle du droit international se rapportant à un acte ou une omission auxquels, à défaut — c'est-à-dire en l'absence de cette règle —, ils pourraient être jugés applicables. Il s'ensuit qu'il ne faut rien induire du fait qu'une activité entre apparemment dans leur champ d'application quant à l'existence ou l'inexistence de toute autre règle du droit international, y compris toute autre règle primaire jouant dans le domaine du droit de la responsabilité des États en ce qui concerne l'activité considérée ou ses effets transfrontières, réels ou potentiels. La mention, dans l'article 8, de « toute autre règle du droit international » s'entend aussi bien des règles conventionnelles que de celles du droit international coutumier. Elle est également censée viser tant les règles d'application particulière — que ce soit à une région déterminée ou à une activité spécifiée — que les règles de portée universelle ou générale. Cela ne fait que souligner encore le caractère secondaire des présents projets d'articles.

CHAPITRE II. — PRÉVENTION

Article 9. — Autorisation préalable

Les États veillent à ce que les activités visées à l'alinéa a de l'article premier ne soient pas exercées sur leur territoire ou à un autre titre sous leur juridiction ou leur contrôle sans leur autorisation préalable. Cette autorisation est également requise dans le cas où il est envisagé d'introduire dans une activité une modification substantielle qui risque de la transformer en une activité du type visé à l'alinéa a de l'article premier.

Commentaire

1) Cet article impose aux États l'obligation de veiller à ce que des activités qui risquent de causer un dommage transfrontière significatif ne soient pas entreprises sur leur territoire ou à un autre titre sous leur juridiction ou leur contrôle sans leur autorisation préalable. Le terme « autorisation » désigne l'octroi, par les autorités gouvernementales, de la permission de mener une activité visée par les présents projets d'articles. Les États sont libres de choisir la forme de cette autorisation. L'article 9 sert d'introduction au chapitre II, qui se rapporte à la mise en œuvre du principe de prévention énoncé à l'article 4.

2) La Commission considère que le fait qu'une autorisation soit exigée oblige un État à vérifier si des activités comportant un risque éventuel de causer un dommage transfrontière significatif sont exercées sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle, et que l'État doit prendre les mesures indiquées dans les projets d'articles. L'article 9 exige que l'État assume un rôle responsable et actif en réglementant les activités exercées sur son territoire ou sous sa juridiction ou son contrôle, qui sont susceptibles de causer un dommage transfrontière significatif. La Commission note, à cet égard, que, dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, le tribunal arbitral a jugé que le Canada avait « le devoir [...] de veiller à ce que [le comportement de la Fonderie de Trail] soit conforme à l'obligation qui incombait au dominion en vertu du droit international tel qu'il était interprété en l'espèce ». Le tribunal a déclaré que, en particulier, « la Fonderie de Trail sera tenue de s'abstenir de causer tout dommage par des émanations dans l'État de Washington »⁸⁹. De l'avis de la Commission, l'article 9 est compatible avec cette exigence.

3) Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la CIJ a jugé que tout État avait l'obligation « de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »⁹⁰. La Commission considère que l'obligation d'autorisation préalable crée la présomption que les activités visées par les présents projets d'articles ont lieu sur le territoire d'un État ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle, au su de cet État.

(Suite de la note 88.)

sente Convention, y compris, en ce qui concerne les activités proposées [...] qui sont susceptibles d'avoir un impact transfrontière préjudiciable important, l'établissement d'une procédure d'évaluation de l'impact sur l'environnement permettant la participation du public et la constitution du dossier d'évaluation [...].

⁸⁹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales...* (voir *supra* note 6), p. 1966.

⁹⁰ Voir *supra* note 5.

4) Les mots « sur leur territoire ou à un autre titre sous leur juridiction ou leur contrôle » ont été repris de l'article 2. L'expression « activités visées à l'alinéa a de l'article premier » rappelle toutes les conditions que prévoit ledit article pour qu'une activité entre dans le champ d'application du projet d'articles.

5) La deuxième phrase de l'article 9 vise les cas dans lesquels il est envisagé d'introduire dans une activité ne présentant pas de danger une modification importante, susceptible de la transformer en une activité qui risque de causer un dommage transfrontière significatif. L'introduction d'une telle modification exigerait aussi l'autorisation de l'État. Il est évident que l'autorisation préalable de l'État est également requise lorsqu'il est envisagé d'introduire un changement important dans une activité qui entre déjà dans le champ d'application de l'alinéa a de l'article premier, et que ce changement pourrait accroître le risque lié à cette activité ou modifier la nature ou l'étendue de ce risque.

Article 10. — Évaluation du risque

Avant de prendre la décision d'autoriser une activité visée à l'alinéa a de l'article premier, un État veille à ce qu'il soit procédé à l'évaluation du risque que comporte cette activité. Cette évaluation porte notamment sur les éventuels effets de l'activité en question sur les personnes ou les biens ainsi que sur l'environnement des autres États.

Commentaire

1) Aux termes de l'article 10, avant d'autoriser des exploitants à entreprendre des activités visées à l'alinéa a de l'article premier, un État doit veiller à ce qu'il soit procédé à l'évaluation du risque que comporte l'activité de causer un dommage transfrontière significatif. Cette évaluation permet à l'État de déterminer l'étendue et la nature du risque que présente une activité et, par conséquent, le type de mesures préventives qu'il doit prendre. La Commission estime que, dans la mesure où les projets d'articles sont destinés à s'appliquer sur le plan mondial, ils ne peuvent pas être trop détaillés et doivent contenir uniquement ce qui est nécessaire à la clarté du texte.

2) Bien que l'évaluation des effets dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* ne se rapporte peut-être pas directement à la responsabilité pour risque, elle a néanmoins fait ressortir la nécessité d'une évaluation des conséquences d'une activité comportant un risque important. Dans cette affaire, le tribunal a indiqué que l'étude effectuée par des spécialistes connus, à la réputation bien établie, était « probablement l'étude la plus approfondie jamais faite sur une région soumise à une pollution atmosphérique causée par de la fumée industrielle »⁹¹.

3) L'obligation énoncée à l'article 10 est compatible avec le principe 17 de la Déclaration de Rio sur l'en-

vironnement et le développement, qui prévoit aussi une étude d'impact des activités qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement. Ce principe se lit comme suit :

Une étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente⁹².

L'obligation d'évaluer les effets nocifs de certaines activités est énoncée sous différentes formes dans de nombreux accords internationaux⁹³. L'exemple le plus notable est la Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique, qui est entièrement consacrée à la procédure à suivre pour effectuer une étude d'impact et au contenu d'une telle étude.

4) Le soin de trancher la question de savoir qui doit procéder à l'évaluation est laissé aux États. Cette évaluation est normalement effectuée par des agents qui observent certains principes directeurs établis par les États. Il appartiendrait aux États eux-mêmes de régler ces questions dans leur législation interne ou des instruments internationaux applicables. Il est toutefois présumé qu'un État désignera une autorité, gouvernementale ou non, qui sera chargée d'apprécier l'évaluation au nom du gouvernement, et que celui-ci acceptera d'assumer la responsabilité des conclusions auxquelles cette autorité sera parvenue.

5) L'article 10 ne précise pas quel devrait être le contenu de l'évaluation du risque. À l'évidence, l'évaluation du risque que comporte une activité ne peut être valablement effectuée que si cette évaluation établit une relation entre le risque et le dommage éventuel que celui-ci pourrait entraîner. La plupart des conventions et des instruments juridiques internationaux existants ne précisent pas quel doit être le contenu de l'évaluation. Il est cependant des exceptions comme la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte

⁹² Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement... (supra note 10), p. 5.

⁹³ Voir, par exemple, les articles 205 et 206 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer; l'article 4 de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique; l'article 8 du Protocole au Traité de l'Antarctique concernant la protection de l'environnement; les alinéas a et b du paragraphe 1 de la Convention sur la diversité biologique; l'article 14 de l'Accord de l'ANASE sur la conservation de la nature et des ressources naturelles; la Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement de la région du Pacifique Sud; l'article XI de la Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution; et la Convention régionale concernant la conservation de l'environnement de la mer Rouge et du golfe d'Aden. Dans certains traités, l'obligation d'effectuer une étude d'impact est implicite. Par exemple, les deux traités multilatéraux concernant les systèmes de communication exigent que leurs signataires utilisent leurs systèmes de communication de manière à éviter des interférences avec ceux des autres États parties. Le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention radiotélégraphique internationale exige que les parties à la Convention exploitent leurs stations de manière à ne pas troubler les communications radio-électriques des autres gouvernements contractants et des particuliers autorisés par ces gouvernements. La Convention internationale concernant l'emploi de la radiodiffusion dans l'intérêt de la paix interdit toute émission qui serait de nature à inciter la population d'un autre État à agir d'une manière contraire à l'ordre intérieur ou à la sécurité de cet État.

⁹¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales...* (voir supra note 6), p. 1973.

transfrontière, qui prévoit de façon détaillée le contenu d'une telle évaluation⁹⁴. Dans sa résolution 37/217 sur la coopération internationale dans le domaine de l'environnement, l'Assemblée générale a pris acte, notamment, de la conclusion n° 8 de l'étude sur les aspects juridiques intéressant l'environnement relatifs à l'exploitation minière et au forage en mer dans les limites de la juridiction nationale, présentée par le Groupe de travail d'experts du droit de l'environnement, qui prévoit également de façon détaillée le contenu de l'évaluation pour l'exploitation minière et le forage en mer⁹⁵.

6) Dans leur majorité les membres de la Commission sont d'avis de laisser à la législation interne de l'État qui procède à l'évaluation le soin de déterminer quel devrait être, plus précisément, le contenu de celle-ci. Une telle évaluation devrait porter, au moins, sur les effets dommageables éventuels que l'activité en cause pourrait avoir sur les personnes ou les biens ainsi que sur l'environnement d'autres États. Cette exigence, qui est formulée dans la seconde phrase de l'article 10, est censée éclaircir plus avant la référence faite, dans la première phrase, à l'évaluation du « risque que comporte cette activité » de causer un dommage transfrontière significatif. La Commission estime que ces éclaircissements supplémentaires s'imposent pour la simple raison que l'État d'origine sera tenu de communiquer l'évaluation du risque aux États qui pourraient pâtir du dommage causé par cette activité. Pour que ces États puissent évaluer le risque auquel ils pourraient être exposés, il leur faut savoir quels effets dommageables éventuels cette activité pourrait avoir sur eux et connaître aussi les probabilités qu'un dommage soit causé.

7) L'évaluation doit porter aussi sur les effets que l'activité pourrait avoir non seulement sur les personnes

⁹⁴ L'article 4 de la Convention prévoit que l'évaluation de l'impact sur l'environnement d'un État partie doit contenir, au moins, les renseignements visés à l'appendice II de la Convention. L'appendice II énumère les neuf rubriques suivantes :

« Contenu du dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement »

« Renseignements minimums devant figurer dans le dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement, en vertu de l'article 4 :

- « a) Description de l'activité proposée et de son objet;
- « b) Description, s'il y a lieu, des solutions de remplacement (par exemple en ce qui concerne le lieu d'implantation ou la technologie) qui peuvent être raisonnablement envisagées, sans omettre l'option « zéro »;
- « c) Description de l'environnement sur lequel l'activité proposée et les solutions de remplacement sont susceptibles d'avoir un impact important;
- « d) Description de l'impact que l'activité proposée et les solutions de remplacement peuvent avoir sur l'environnement et estimation de son importance;
- « e) Description des mesures correctives visant à réduire autant que possible l'impact préjudiciable sur l'environnement;
- « f) Indication précise des méthodes de prévision et des hypothèses de base retenues ainsi que des données environnementales pertinentes utilisées;
- « g) Inventaire des lacunes dans les connaissances et des incertitudes constatées en rassemblant les données requises;
- « h) S'il y a lieu, aperçu des programmes de surveillance et de gestion et des plans éventuels pour l'analyse à posteriori;
- « i) Résumé non technique avec, au besoin, une présentation visuelle (cartes, graphiques, etc.). »

⁹⁵ Voir doc. UNEP/GC.9/5/Add.5, annexe III.

et les biens, mais aussi sur l'environnement d'autres États. La Commission est convaincue de la nécessité de protéger l'environnement, ainsi que de l'importance que cette protection revêt, indépendamment de tout dommage susceptible d'être causé à tels ou tels êtres humains ou biens.

8) L'article 10 ne fait pas obligation aux États d'exiger une évaluation du risque pour toute activité qui est entreprise sur leur territoire ou à un autre titre sous leur juridiction ou leur contrôle. Les activités qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif présentent un certain nombre de caractéristiques générales, identifiables et susceptibles de fournir aux États quelque indication qui leur permettra de déterminer quelles activités pourraient relever des dispositions des présents projets d'articles. Par exemple, le type de source d'énergie utilisé pour la fabrication, et l'emplacement de l'activité et sa proximité de la zone frontière sont, parmi d'autres, autant d'éléments susceptibles de fournir des indications sur le point de savoir si cette activité pourrait relever du champ d'application des projets d'articles. Il y a des substances qui sont énumérées dans certaines conventions comme étant dangereuses ou à risque, et le seul fait qu'elles soient utilisées dans le cadre d'une activité quelconque peut être une indication que ces activités pourraient causer un dommage transfrontière significatif⁹⁶. Il y a aussi certaines conventions qui énumèrent les activités présumées dommageables et qui pourraient indiquer que ces activités sont susceptibles de relever du champ d'application des présents projets d'articles⁹⁷.

Article 11. — Activités non autorisées*

Si un État, ayant souscrit aux obligations énoncées dans les présents articles, constate qu'une activité vi-

* Précédemment, l'article du texte français était intitulé « Activités préexistantes ».

⁹⁶ Par exemple, la Convention pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique prévoit, en son article 4, l'obligation, pour les parties, d'éliminer ou de limiter la pollution de l'environnement par certaines substances, et la liste de ces substances figure dans l'annexe à la Convention. De même, la Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique offre, dans l'annexe I, une liste de substances dangereuses et, dans l'annexe II, une liste de substances et de matières nuisibles, dont les dépôts sont soit interdits, soit strictement limités. Voir également le Protocole à la Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution, relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique; et la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique.

⁹⁷ Voir, par exemple, l'appendice I de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, où un certain nombre d'activités telles que celles des raffineries de pétrole, des centrales thermiques, ou des installations destinées à la production ou à l'enrichissement de combustibles nucléaires sont identifiées comme pouvant être dangereuses pour l'environnement et exiger une évaluation de l'impact sur l'environnement en vertu de la Convention; et l'annexe II de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, où des activités telles que celles d'installations ou de sites destinés à l'élimination totale ou partielle de déchets solides, liquides ou gazeux par incinération au sol ou en mer, et d'installations ou de sites destinés à la dégradation thermique de déchets solides, gazeux ou liquides au moyen d'une alimentation réduite en oxygène ont été identifiées comme étant des activités dangereuses. L'annexe I de cette convention contient aussi une liste des substances dangereuses.

sée à l'alinéa *a* de l'article premier est déjà exercée sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle sans l'autorisation requise par l'article 9, il ordonne aux responsables de l'exécution de ladite activité de solliciter ladite autorisation. En attendant l'autorisation, l'État peut autoriser la poursuite de l'activité en question à ses propres risques.

Commentaire

1) L'article 11 est censé s'appliquer aux activités relevant du champ d'application de l'alinéa *a* de l'article premier, qui étaient menées dans un État avant que celui-ci ne souscrive aux obligations énoncées dans les présents projets d'articles. Le membre de phrase « ayant souscrit aux obligations énoncées dans les présents articles » est sans préjudice de la forme définitive que revêtiront les projets d'articles.

2) Conformément à l'article 11, lorsqu'un État « constate » qu'une activité de ce type est menée sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle au moment où il assume les obligations énoncées dans les présents projets d'articles, il doit « ordonner » aux responsables de l'exécution de l'activité de solliciter l'autorisation requise. Les mots « ladite autorisation » s'entendent de l'autorisation requise en vertu du droit interne de l'État aux fins de l'exécution des obligations découlant des présents projets d'articles.

3) La Commission sait bien qu'il serait peut-être déraisonnable de demander aux États, quand ils souscrivent aux obligations qu'imposent les présents projets d'articles, d'appliquer immédiatement ces derniers aux activités existantes. Exiger une application immédiate pourrait avoir pour effet de mettre un État en situation d'infraction à l'article 11 au moment où il souscrit aux obligations énoncées dans le projet d'articles. De plus, il se pourrait qu'au moment où il souscrit auxdites obligations, un État ne connaisse pas l'existence de toutes les activités du type visé qui sont exercées sur son territoire ou sous sa juridiction ou son contrôle. C'est pourquoi l'article prévoit que, lorsqu'un État « constate » l'existence d'une activité de ce type, il doit se conformer aux obligations prévues. Le mot « constater », tel qu'il est employé dans l'article, ne devrait cependant pas être interprété de manière à autoriser les États à attendre simplement que ces informations soient portées à leur connaissance par d'autres États ou des entités privées. Le mot « constater » devrait être entendu dans le contexte de l'obligation de diligence, en vertu de laquelle les États doivent déployer de bonne foi des efforts raisonnables pour recenser les activités de ce type.

4) Il faudra peut-être un certain temps à l'exploitant de l'activité pour s'acquitter des obligations concernant l'autorisation à obtenir. La Commission considère que le choix entre l'interruption de l'activité en attendant l'autorisation ou la poursuite de l'activité pendant que l'exploitant sollicite l'autorisation devrait être laissé à l'État d'origine. Si cet État choisit d'autoriser la poursuite de l'activité, il le fait à ses propres risques. La Commission pense que, en l'absence d'éléments, dans l'article, indiquant les conséquences possibles de ce

choix, l'État d'origine ne sera pas incité à exécuter les obligations imposées par les présents projets d'articles, ni à le faire rapidement. Par conséquent, l'expression « à ses propres risques » répond à l'intention : *a*) d'établir un lien, au cas où un dommage serait causé, avec les négociations sur la nature et l'ampleur de l'indemnisation ou autre forme de réparation, prévues au chapitre III (Indemnisation ou autre réparation); et *b*) de laisser ouverte la possibilité d'appliquer toute règle de droit international sur la responsabilité (*responsibility*) dans les circonstances envisagées.

5) Certains membres de la Commission se sont déclarés partisans de la suppression des mots « à ses propres risques ». À leur avis, cette expression laissait supposer que l'État d'origine pouvait être tenu pour responsable de tout dommage causé par les activités visées avant que l'autorisation ne soit accordée. Les réserves émises par ces membres s'appliquaient aussi à l'emploi de cette expression au paragraphe 3 de l'article 17 (Consultations sur les mesures préventives). En revanche, d'autres membres de la Commission se sont déclarés favorables au maintien de l'expression. Ils ont estimé qu'elle ne sous-entendait pas que l'État d'origine était responsable de tout dommage causé : elle ne faisait que maintenir ouverte cette éventualité, qui pourrait donner lieu aux négociations prévues au chapitre III. Ils ont estimé également que la suppression de cette expression modifierait l'équilibre délicat établi par l'article entre les intérêts de l'État d'origine et ceux des États susceptibles d'être affectés.

6) On présume que, s'il refuse l'autorisation, l'État d'origine mettra fin à l'activité. S'il ne le fait pas, on présumera que l'activité est exercée au su de cet État et avec son assentiment et, si un dommage survient, la situation constituera l'un des facteurs qui, aux termes de l'article 22 (Facteurs à prendre en considération dans les négociations), et notamment de son alinéa *a*, sont à prendre en considération dans les négociations sur une indemnisation ou autre forme de réparation.

Article 12. — Non-déplacement du risque

Lorsqu'ils prennent des mesures pour prévenir ou réduire au minimum un risque de dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'alinéa *a* de l'article premier, les États veillent à ne pas simplement déplacer, directement ou indirectement, ce risque ni à le transformer en un risque d'un autre type.

Commentaire

1) Cet article énonce le principe général de non-déplacement du risque. Il exige que, lorsqu'ils prennent des mesures pour prévenir ou réduire au minimum un risque de causer un dommage transfrontière significatif, les États veillent à ne pas « simplement » déplacer, directement ou indirectement, ce risque, ou le transformer en un risque d'un autre type. L'article s'inspire de la nouvelle tendance qui s'est fait jour dans le droit de l'environnement et qu'a entérinée d'abord la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, selon laquelle il

convient d'élaborer une politique d'ensemble pour la protection de l'environnement⁹⁸. Le principe 13 des Principes généraux pour évaluer et combattre la pollution des mers, suggérés par le Groupe de travail intergouvernemental sur la pollution des mers et approuvés par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, dispose :

Il y a lieu de veiller à ce que les mesures prises pour prévenir la pollution des mers et lutter contre cette pollution (en particulier les interdictions directes et les limites expresses de rejet) ne se traduisent pas tout simplement par un transfert des dommages ou des risques d'une partie de l'environnement à une autre⁹⁹.

2) Ce principe a été incorporé dans l'article 195 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui dispose :

Lorsqu'ils prennent des mesures pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, les États agissent de manière à ne pas déplacer, directement ou indirectement, le préjudice ou les risques d'une zone dans une autre et à ne pas remplacer un type de pollution par un autre.

Le paragraphe 2 de la section II du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières énonce également un principe analogue :

En prenant des mesures pour contrôler et réglementer les activités et les matières dangereuses, prévenir et maîtriser la pollution accidentelle, et atténuer les effets des dommages causés par une pollution accidentelle, les pays devraient tout faire pour ne pas transférer directement ou indirectement des dommages ou des risques d'un type d'environnement à un autre et ne pas transformer un type de pollution en un autre type¹⁰⁰.

3) La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement décourage les États, dans son principe 14, de transférer dans d'autres États des activités et des substances dangereuses pour l'environnement et la santé de l'homme. Même s'il vise essentiellement un problème différent, ce principe paraît plus limité que le principe 13 des Principes généraux pour évaluer et combattre la pollution des mers, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières mentionnés *supra* aux paragraphes 1 et 2. Le principe 14 se lit comme suit :

Les États devraient concorder efficacement leurs efforts pour décourager ou prévenir les déplacements et les transferts dans d'autres États de toutes activités et substances qui provoquent une grave détérioration de l'environnement ou dont on a constaté qu'elles étaient nocives pour la santé de l'homme¹⁰¹.

4) Le membre de phrase « à ne pas simplement déplacer, directement ou indirectement, ce risque ni à le transformer » vise à exclure les mesures qui sont censées prévenir ou réduire au minimum le risque, mais qui, en fait, ne font que le déplacer en le transférant à un autre stade ou à une autre activité sans le réduire de manière significative (voir le principe 13 des Principes généraux pour évaluer et combattre la pollution des mers, cité *supra* au paragraphe 1). La Commission n'ignore pas que, dans le contexte de ce sujet, le choix d'une activité, le lieu où elle doit se dérouler et le recours à des mesures visant à

prévenir ou à réduire le risque de dommage transfrontière sont, en général, des questions qui doivent être résolues par un processus de recherche d'un équilibre équitable des intérêts des parties concernées. C'est évidemment dans ce contexte que doit être comprise l'obligation qu'impose l'article 12. Toutefois, la Commission est d'avis que, dans le processus de recherche d'un équilibre équitable des intérêts, les parties doivent tenir compte du principe général énoncé dans cet article.

5) Le terme « déplacer » vise un mouvement physique d'un endroit à un autre. Le mot « transformer » est employé à l'article 195 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et se réfère à la qualité ou à la nature du risque. Les mots « directement ou indirectement » sont également employés dans l'article 195 de la Convention, et visent à imposer aux États un degré de soin beaucoup plus élevé dans l'exécution des obligations que leur impose l'article 12.

Article 13. — Notification et information

1. Si l'évaluation prévue à l'article 10 fait apparaître un risque de dommage transfrontière significatif, l'État d'origine en informe sans retard les États susceptibles d'être affectés et leur communique les informations techniques et autres informations pertinentes disponibles sur lesquelles l'évaluation est fondée, en leur fixant un délai de réponse raisonnable.

2. Si l'État d'origine apprend ultérieurement que d'autres États sont susceptibles d'être affectés, il les en informe sans retard.

Commentaire

1. L'article 13 envisage les cas où l'évaluation à laquelle un État procède en application de l'article 10 indique que l'activité envisagée comporte effectivement un risque de causer un dommage transfrontière significatif. Cet article définit, avec les articles 14, 15, 17 et 18, une série de procédures essentielles pour équilibrer les intérêts de tous les États concernés en leur donnant une possibilité raisonnable de déterminer comment entreprendre l'activité, tout en prenant des mesures raisonnables et satisfaisantes pour prévenir le dommage transfrontière ou le réduire au minimum.

2) L'article 13 oblige l'État d'origine à adresser une notification aux États susceptibles d'être affectés par l'activité envisagée. Il s'agit, en l'occurrence, des activités projetées tant par l'État lui-même que par des entités privées. L'obligation de notifier est un élément indispensable de tout système visant à prévenir le dommage transfrontière ou à le réduire au minimum.

3) L'obligation d'informer les autres États des risques de dommage significatif auquel ils sont exposés est consacrée dans l'arrêt rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, dans lequel la CIJ a jugé que l'obligation d'avertir était fondée sur « des considérations élémentaires d'humanité »¹⁰². Ce principe est reconnu dans le con-

⁹⁸ Voir *supra* note 8.

⁹⁹ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement... (ibid.), annexe III.

¹⁰⁰ Voir *supra* note 31.

¹⁰¹ Voir *supra* note 10.

¹⁰² Voir *supra* note 5.

texte de l'utilisation des cours d'eau internationaux et il est, dans ce même contexte, consacré par un certain nombre d'accords internationaux, de décisions de tribunaux internationaux, de déclarations et de résolutions adoptées par des organisations, conférences et réunions intergouvernementales et d'études établies par des organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales¹⁰³.

4) L'utilisation des cours d'eau internationaux mise à part, le principe de notification a été reconnu en ce qui concerne d'autres activités ayant des effets transfrontières, par exemple, à l'article 3 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, qui prévoit un système de notification élaboré, et aux articles 3 et 10 de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels. Dans le principe 19 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, il est précisé que la notification doit être faite suffisamment à l'avance :

Les États doivent prévenir suffisamment à l'avance les États susceptibles d'être affectés et leur communiquer toutes informations pertinentes sur les activités qui peuvent avoir des effets transfrontières sérieusement nocifs sur l'environnement et mener des consultations avec ces États rapidement et de bonne foi¹⁰⁴.

5) La procédure de notification a été établie par un certain nombre de résolutions de l'OCDE. Par exemple, en ce qui concerne certaines substances chimiques, la résolution C(71)73 de l'OCDE, en date du 18 mai 1971, dispose que tout État membre doit recevoir notification préalable des mesures envisagées par un autre État membre en ce qui concerne les substances ayant une incidence sur l'homme ou son environnement, dans les cas où ces mesures peuvent avoir des effets importants sur l'économie et le commerce d'autres États¹⁰⁵. La recommandation C(74)224 de l'OCDE, en date du 14 novembre 1974, contenant les « Principes relatifs à la pollution transfrontière », exige, dans son « Principe d'information et de consultation », une notification et des consultations avant le début de toute activité susceptible de créer un risque sensible de pollution transfrontière¹⁰⁶.

6) Le principe de notification est bien établi en cas d'urgence écologique. Le principe 18 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement¹⁰⁷, l'article 198 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, l'article 2 de la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire, l'alinéa *d* du paragraphe 1 et le paragraphe 3 de l'article 14 de la Convention sur la diversité biologique, et l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention internationale sur la préparation, la lutte et la coopération en ma-

tière de pollution par les hydrocarbures exigent tous une notification.

7) Si l'évaluation fait apparaître un risque de dommage transfrontière significatif, l'État qui projette d'entreprendre l'activité en question est tenu, en application du *paragraphe 1* de l'article 13, d'en informer les États susceptibles d'être affectés. Cette notification est accompagnée des informations techniques disponibles sur lesquelles l'évaluation est fondée. S'il est question des informations techniques et autres informations pertinentes « disponibles », c'est pour indiquer que l'obligation de l'État d'origine se limite à la communication des informations techniques et autres qui ont été réunies en ce qui concerne l'activité. Ces informations sont généralement obtenues à l'occasion de l'évaluation effectuée en application de l'article 10. Le *paragraphe 1* part du principe que les informations techniques résultant de l'évaluation comprennent non seulement ce qu'on pourrait appeler les données brutes, à savoir les fiches techniques, statistiques, etc., mais aussi l'analyse des informations utilisée par l'État d'origine lui-même pour évaluer le risque de dommage transfrontière.

8) Les États sont libres de décider comment informer les États susceptibles d'être affectés. En règle générale, ils se mettront directement en rapport avec ceux-ci par la voie diplomatique. En l'absence de relations diplomatiques, ils pourront les informer par l'intermédiaire d'un État tiers.

9) Le *paragraphe 2* vise les cas où l'État d'origine, malgré tous ses efforts et sa diligence, ne peut identifier, avant d'autoriser l'activité, tous les États susceptibles d'être affectés, et n'en est informé qu'après que l'activité a commencé. En application de ce paragraphe, dans un tel cas, l'État d'origine doit procéder à la notification sans retard. La raison d'être de l'expression « sans retard » est d'obliger l'État d'origine à procéder à la notification dès que l'information parvient à sa connaissance et qu'il a eu la possibilité, dans un délai raisonnable, de déterminer que certains autres États sont susceptibles d'être affectés par l'activité.

Article 14. — Échange d'informations

Pendant le déroulement de l'activité, les États intéressés échangent en temps voulu toutes informations utiles pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif.

Commentaire

1) L'article 14 traite des mesures à prendre après qu'une activité a été entreprise. Le but de toutes ces mesures est le même que dans les articles précédents, à savoir prévenir ou réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif.

2) L'article 14 exige de l'État d'origine et des États susceptibles d'être affectés qu'ils échangent des informations concernant l'activité, après le lancement de celle-ci. De l'avis de la Commission, l'action de prévenir et de réduire au minimum le risque de dommage trans-

¹⁰³ Pour des traités prévoyant une notification préalable et un échange d'informations en ce qui concerne les cours d'eau, voir le commentaire de l'article 12 (Notification des mesures projetées pouvant avoir des effets négatifs) du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation [Annuaire... 1994, vol. II (2^e partie), p. 117 et suiv.].

¹⁰⁴ Voir *supra* note 10.

¹⁰⁵ L'OCDE et l'environnement... (*supra* note 12), p. 105, annexe, par. 4.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 167, sect. E.

¹⁰⁷ Voir *supra* note 10.

frontière en se fondant sur la notion de diligence raisonnable n'est pas une action ponctuelle et définitive; elle exige des efforts continus. Il en résulte que l'obligation de diligence ne prend pas fin après l'octroi de l'autorisation pour l'activité considérée et la mise en route de celle-ci; elle continue d'exister sur le plan du contrôle de la mise en œuvre de l'activité aussi longtemps que celle-ci se poursuit.

3) Les informations qui doivent être échangées, en vertu de l'article 14, sont toutes celles qui seraient utiles, dans le cas d'espèce, aux fins de la prévention du risque de dommage significatif. Normalement, c'est l'État d'origine qui a connaissance de ces informations, mais, lorsque l'État qui est susceptible d'être affecté dispose d'informations pouvant être utiles aux fins de la prévention, il doit les communiquer à l'État d'origine.

4) La prescription relative à l'échange d'informations est assez courante dans les conventions destinées à prévenir ou réduire les dommages écologiques et transfrontières. Ces conventions prévoient divers modes de collecte et d'échange d'informations, soit que l'échange ait lieu entre les parties, soit que les informations soient communiquées à une organisation internationale qui les met à la disposition des autres États¹⁰⁸. Dans le contexte des présents projets d'articles, où les activités risquent fort de ne concerner que quelques États, l'échange d'informations s'effectue directement entre les États intéressés. Lorsque les informations sont susceptibles d'affecter un grand nombre d'États, les informations pertinentes peuvent être échangées par d'autres moyens, par l'entremise d'organisations internationales compétentes, par exemple.

5) L'article 14 exige que ces informations soient échangées en temps voulu, ce qui signifie que, lorsque l'État a connaissance de ces informations, il doit en informer rapidement les autres États afin que les États intéressés aient le temps de se consulter sur les mesures préventives appropriées ou que les États susceptibles d'être affectés aient le temps de prendre les mesures qui s'imposent.

6) L'article 14 ne contient aucune prescription quant à la fréquence des échanges d'informations. L'obligation posée par l'article 14 ne joue qu'à partir du moment où les États disposent d'une information pertinente pour la prévention ou la réduction au minimum du dommage transfrontière.

¹⁰⁸ Par exemple, dans l'article 10 de la Convention pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique, l'article 4 de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et l'article 200 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, il est question de recherches individuelles ou collectives par les États parties touchant la prévention ou la réduction de la pollution et de la transmission de l'information ainsi obtenue, directement entre États ou par l'entremise d'une organisation internationale compétente. La Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance prévoit des travaux de recherche et l'échange d'informations concernant l'impact des activités entreprises par les États parties à la Convention. On peut trouver aussi des exemples dans d'autres instruments, notamment le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières (sect. VI, par. 1, al. b, iii) [*supra* note 31], la Convention sur la diversité biologique (art. 17), et la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (art. 13).

Article 15. — Information du public

Les États, dans la mesure du possible et par les moyens appropriés, tiennent leur public susceptible d'être affecté par une activité visée à l'alinéa a de l'article premier informé de ladite activité, du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter, et ils s'informent eux-mêmes de son opinion.

Commentaire

1) L'article 15 exige des États qu'ils informent leur public, dans la mesure du possible et par les moyens appropriés, du risque que comporte une activité sujette à autorisation et du dommage qui pourrait en résulter, et qu'ils s'informent eux-mêmes de son opinion sur la question. Cet article exige donc des États deux choses : a) qu'ils informent leur public de l'activité considérée, du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter, et b) qu'ils s'informent eux-mêmes de l'opinion du public. Il est évident que l'information du public vise à permettre à ses membres de s'informer eux-mêmes, et ensuite à l'État de s'informer de l'opinion du public. Omettre cette deuxième étape serait aller à l'encontre du but de l'article.

2) Les informations à fournir au public sont des informations sur l'activité elle-même ainsi que sur la nature et l'ampleur du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter. Ces informations se trouvent dans les documents qui accompagnent la notification effectuée conformément à l'article 13 ou dans l'évaluation à laquelle l'État susceptible d'être affecté peut procéder conformément à l'article 18.

3) L'article 15 s'inspire des nouvelles tendances qui se font jour en droit international en général et dans le droit de l'environnement en particulier, et qui visent à associer aux processus de prise de décisions les individus dont la vie, la santé, les biens et l'environnement sont susceptibles d'être affectés, en leur donnant la possibilité de faire connaître leur point de vue et de se faire entendre de ceux qui statuent en dernier ressort.

4) Le principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement prévoit la participation du public aux processus de prise de décisions dans les termes suivants :

La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décisions. Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré¹⁰⁹.

5) Un certain nombre d'autres accords internationaux récents traitant de questions d'environnement prévoient que les États doivent informer le public et lui donner la possibilité de participer aux processus de prise de déci-

¹⁰⁹ Voir *supra* note 10.

sions. Les paragraphes 1 et 2 de l'article VII du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières sont intéressants à cet égard :

1. Pour promouvoir une prise de décisions en connaissance de cause par les autorités centrales, régionales ou locales dans les délibérations relatives à une pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, les pays devraient faciliter la participation du public qui pourrait subir un préjudice aux auditions et enquêtes préliminaires et la présentation d'objections concernant les décisions proposées, ainsi que le recours et la représentation dans les instances administratives et judiciaires.

2. Les pays dans lesquels se produit un incident devraient prendre toutes les mesures appropriées pour fournir aux personnes physiques et morales exposées à un risque important de pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières des renseignements suffisants pour leur permettre d'exercer les droits qui leur sont accordés en droit interne conformément aux objectifs du présent Code¹¹⁰.

L'article 16 de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, le paragraphe 8 de l'article 3 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, l'article 17 de la Convention pour la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique et l'article 6 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques prévoient tous que le public doit être tenu informé.

6) Les modalités de participation aux processus de prise de décisions sont nombreuses. Examiner les données et les informations sur la base desquelles les décisions seront prises et pouvoir confirmer ou contester l'exactitude des faits, l'analyse et les considérations de politique, que ce soit en saisissant les tribunaux administratifs ou d'autres juridictions ou par le biais de groupements de citoyens intéressés, est un moyen de participer à la prise des décisions. De l'avis de la Commission, ce mode de participation contribue aux efforts déployés pour prévenir les dommages transfrontières et à l'environnement.

7) L'obligation énoncée à l'article 15 est circonscrite par le membre de phrase « dans la mesure du possible et par les moyens appropriés ». Les mots « dans la mesure du possible », qui ont ici une connotation plus normative que factuelle, visent à ce que soient prises en considération les éventuelles contraintes constitutionnelles et autres auxquelles les pays sont sujets — certains pays peuvent ne pas connaître la pratique du débat public, par exemple. Les termes « par les moyens appropriés » visent à laisser aux États le soin de choisir les moyens par lesquels l'information peut être diffusée, en fonction des exigences de leur droit interne et de leur politique en ce qui concerne, par exemple, la question de savoir si cette information devrait être fournie par les médias, des organisations non gouvernementales, des organismes gouvernementaux, les autorités locales, etc.

8) L'article 15 limite l'obligation de chaque État à l'information de son propre public. Les termes « Les États... tiennent leur public » ne font pas obligation aux États d'informer le public d'un autre État. Ainsi, l'État susceptible d'être affecté, après avoir reçu la notification

et les informations qui lui ont été adressées par l'État d'origine, doit, dans la mesure du possible et par les moyens appropriés, informer la partie de son propre public susceptible d'être affectée avant de répondre à la notification.

Article 16. — Sécurité nationale et secrets industriels

L'État d'origine n'est pas tenu de communiquer des données et informations qui sont vitales pour sa sécurité nationale ou pour la protection de ses secrets industriels, mais il coopère de bonne foi avec les autres États intéressés pour fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

Commentaire

1) L'article 16 a pour objet d'assortir d'une exception limitée l'obligation qu'ont les États de fournir des informations en application des articles 13, 14 et 15. De l'avis de la Commission, les États ne devraient pas être tenus de divulguer des informations qui sont vitales pour leur sécurité nationale ou qui sont réputées être des secrets industriels. Ce type de disposition n'est pas rare dans les instruments qui imposent l'échange d'informations. C'est ainsi que l'article 31 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation¹¹¹ prévoit, lui aussi, une exception analogue à l'obligation de divulguer les informations.

2) L'article 16 vise, outre la sécurité nationale, les secrets industriels. Dans le cadre des présents projets d'articles, il est fort probable que certaines des activités relevant du champ d'application de l'article premier mettent en jeu des techniques de pointe faisant intervenir certains types d'informations qui sont protégées même par le droit interne. Normalement, le droit interne des États détermine les informations réputées constituer un secret industriel et prévoit leur protection. Ce type de clause de sauvegarde n'est pas exceptionnel dans les instruments juridiques traitant de l'échange d'informations liées aux activités industrielles. Par exemple, l'article 8 de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et le paragraphe 8 de l'article 2 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière prévoient une protection analogue pour les secrets industriels et commerciaux.

3) L'article 16 reconnaît la nécessité d'établir un équilibre entre les intérêts légitimes de l'État d'origine et ceux des États susceptibles d'être affectés. Il impose donc à l'État d'origine qui ne communique pas les informations en arguant de la sécurité nationale ou du secret industriel l'obligation de coopérer de bonne foi avec les autres États pour fournir autant d'informations que les circonstances le permettent. Les mots « autant d'informations » visent, notamment, la description générale du risque et le type et l'ampleur du dommage auquel un État peut être exposé. Les mots « les circonstances » ren-

¹¹⁰ Voir *supra* note 31.

¹¹¹ Voir *supra* chap. VII, note 257.

voient aux conditions mises en avant pour ne pas communiquer l'information. L'article repose sur la coopération de bonne foi des parties.

Article 17. — Consultations sur les mesures préventives

1. Les États intéressés engagent, à la demande de l'un quelconque d'entre eux et sans retard, des consultations en vue de parvenir à des solutions acceptables concernant les mesures à adopter pour prévenir ou réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif et ils coopèrent à l'application de ces mesures.

2. Les États recherchent des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 19.

3. Si les consultations visées au paragraphe 1 ne permettent pas d'aboutir à une solution concertée, l'État d'origine tient néanmoins compte des intérêts des États susceptibles d'être affectés et peut poursuivre l'activité à ses propres risques, sans préjudice du droit qu'a tout État refusant son accord de se prévaloir des droits qui peuvent lui être reconnus en vertu des présents articles ou à un autre titre.

Commentaire

1) L'article 17 impose aux États concernés, c'est-à-dire l'État d'origine et les États susceptibles d'être affectés, l'obligation d'engager des consultations en vue de convenir des mesures à prendre pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif. Selon le moment où l'article 17 est invoqué, les consultations peuvent avoir lieu avant l'autorisation et le démarrage de l'activité, ou au cours de l'exécution de l'activité.

2) La Commission a essayé de maintenir dans cet article un équilibre entre deux considérations également importantes. Premièrement, l'article vise les activités qui ne sont pas interdites par le droit international et qui, généralement, revêtent une importance pour le développement économique de l'État d'origine. Mais, deuxièmement, il serait injuste à l'égard d'autres États de permettre que ces activités soient conduites sans qu'ils soient consultés et sans que les mesures préventives appropriées soient prises. C'est pourquoi l'article ne prévoit ni une simple formalité que l'État d'origine doit accomplir sans vraiment avoir l'intention de parvenir à une solution acceptable pour les autres États, ni un droit de veto au bénéfice des États susceptibles d'être affectés. Pour maintenir un équilibre, l'article s'appuie sur les modalités et la finalité des consultations engagées par les parties. Les parties doivent engager des consultations de bonne foi et doivent tenir compte des intérêts légitimes de chacune d'elles. Les parties se consultent pour arriver à une solution acceptable concernant les mesures à adopter pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif.

3) De l'avis de la Commission, le principe de bonne foi fait partie intégrante de toute obligation de conduire

des consultations et des négociations. Dans la sentence qu'il a rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux*¹¹², le Tribunal a souligné que les consultations et les négociations entre les deux États doivent être sincères, doivent être conformes aux règles de la bonne foi et ne doivent pas se réduire à de simples formalités, et que les règles de la raison et de la bonne foi sont applicables aux droits et devoirs procéduraux relatifs au partage de l'utilisation des cours d'eau internationaux.

4) S'agissant de ce point particulier de la bonne foi, la Commission s'appuie aussi sur l'arrêt que la CIJ a rendu dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* (Royaume-Uni c. Islande). La Cour a dit ce qui suit : « [La] tâche [des parties] sera de conduire leurs négociations dans un esprit tel que chacune doive, de bonne foi, tenir raisonnablement compte des droits de l'autre »¹¹³. La Commission juge aussi intéressante en l'espèce la décision rendue par la CIJ dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), à propos de la manière dont les négociations devraient être conduites. Dans ces affaires, la Cour a dit que :

a) les parties sont tenues d'engager une négociation en vue de réaliser un accord et non pas simplement de procéder à une négociation formelle comme une sorte de condition préalable à l'application automatique d'une certaine méthode de délimitation faute d'accord; les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification¹¹⁴.

Même si, dans cet arrêt, la Cour parle de « négociation », la Commission considère que l'obligation de bonne foi requise des parties vaut aussi bien dans le cas des consultations que dans celui des négociations.

5) En vertu du *paragraphe 1* de l'article 17, les États intéressés engagent des consultations à la demande de l'un quelconque d'entre eux, c'est-à-dire soit l'État d'origine, soit l'un quelconque des États susceptibles d'être affectés. Les parties engagent des consultations « sans retard ». Cette expression vise à éviter les situations où un État, après avoir été invité à engager des consultations, trouverait des excuses déraisonnables à des fins dilatoires.

6) Le but des consultations pour les parties est, d'une part, de trouver des solutions acceptables concernant les mesures à adopter afin de prévenir ou de réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif, et, d'autre part, de coopérer à l'application de ces mesures. Les termes « solutions acceptables », concernant l'adoption de mesures préventives, renvoient aux mesures qui sont acceptées par les parties dans le cadre des directives énoncées au paragraphe 2. De façon générale, le consentement des parties aux mesures préventives s'exprimera par la voie d'un accord sous une forme ou une autre.

7) Les parties devraient de toute évidence chercher d'abord à déterminer quelles sont les mesures qui peu-

¹¹² Voir *supra* note 22.

¹¹³ *Fond, C.I.J. Recueil 1974*, p. 33, par. 78.

¹¹⁴ *Arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3 et, en particulier, p. 47, par. 85.

vent éviter tout risque de dommage transfrontière significatif ou, si cela n'est pas possible, qui réduisent au minimum le risque d'un tel dommage. Cela fait, les parties sont tenues, en vertu de la disposition finale du paragraphe 1, de coopérer à leur application. Cette exigence, là encore, s'explique par l'idée que l'obligation de diligence, au cœur des dispositions tendant à prévenir ou réduire au minimum le dommage transfrontière significatif, est de caractère permanent et s'applique à chacune des étapes liées à la conduite de l'activité.

8) L'article 17 peut être invoqué chaque fois que la question se pose de savoir s'il convient de prendre des mesures préventives. Cette question peut naturellement découler de la mise en œuvre de l'article 13, parce que l'État d'origine a notifié à d'autres États qu'une activité qu'il se propose d'entreprendre risque de causer un dommage transfrontière significatif, de l'échange d'informations en vertu de l'article 14 ou encore de l'application de l'article 18 sur les droits de l'État susceptible d'être affecté.

9) L'article 17 a un vaste champ d'application. Il doit s'appliquer à toutes les questions liées aux mesures préventives. Ainsi, lorsque les parties procèdent à la notification prévue à l'article 13 ou échantent des informations au titre de l'article 14 et que ces communications comportent des ambiguïtés, des consultations peuvent être demandées simplement pour faire la lumière sur les points qui manquent de clarté.

10) Le *paragraphe 2* donne des orientations aux États quand ils se consultent sur les mesures préventives. Les parties rechercheront des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 19 (Facteurs d'un juste équilibre des intérêts). Ni le *paragraphe 2* de l'article 17, ni l'article 19 n'empêchent les parties de prendre en considération d'autres facteurs qu'ils jugent pertinents pour parvenir à un juste équilibre des intérêts.

11) Le *paragraphe 3* traite de la possibilité que, en dépit des efforts des parties, celles-ci ne parviennent pas à un accord sur des mesures préventives acceptables. Comme il est expliqué au *paragraphe 3* ci-dessus, l'article 17 établit un équilibre entre deux considérations, dont l'une consiste à refuser le droit de veto aux États susceptibles d'être affectés. La Commission rappelle, à ce sujet, la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux*, où le tribunal a fait observer que, dans certaines situations, il se pouvait que la partie susceptible d'être affectée en arrive, en violation du principe de la bonne foi, à paralyser d'authentiques efforts de négociation¹¹⁵. Pour tenir compte de cette possibilité, l'article prévoit que l'État d'origine est autorisé à aller de l'avant dans l'exercice de l'activité considérée, faute de quoi les États susceptibles d'être affectés se trouveraient en fait dotés d'un droit de veto. L'État d'origine, tout en étant autorisé à lancer l'activité envisagée, demeure tenu de prendre en considération les intérêts des États susceptibles d'être affectés. Du fait des consultations, il connaît les préoccupations de ces derniers et se trouve même dans une meilleure position pour les prendre sérieuse-

ment en considération dans la conduite de l'activité en cause. De plus, l'État d'origine mène cette activité « à ses propres risques ». Cette expression est également utilisée dans l'article 11 (Activités non autorisées). Les explications données au *paragraphe 4* du commentaire de l'article 11 à propos de cette expression sont également valables ici.

12) La dernière partie du *paragraphe 3* protège également les intérêts des États susceptibles d'être affectés en leur permettant de faire valoir tous droits qui leur seraient reconnus en vertu des présents projets d'articles ou « à un autre titre ». Cette expression est censée avoir une large portée et englober tous droits dont lesdits États pourraient se prévaloir en vertu d'une règle quelconque du droit international, des principes généraux du droit, du droit interne, etc.

Article 18. — Droits de l'État susceptible d'être affecté

1. Lorsqu'un État n'a pas donné notification d'une activité menée sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle, tout autre État qui a des raisons sérieuses de croire que cette activité crée pour lui un risque de dommage significatif peut demander l'ouverture de consultations en vertu de l'article 17.

2. L'État qui demande les consultations fournit une évaluation technique exposant les raisons sur lesquelles est fondée sa conviction. S'il apparaît que l'activité en question est une de celles que vise l'alinéa a de l'article premier, ledit État peut réclamer à l'État d'origine une juste part du coût de l'évaluation.

Commentaire

1) Cet article vise le cas où un État, bien que n'ayant pas reçu de notification d'une activité conformément à l'article 13, apprend qu'une activité est menée dans un autre État, soit par l'État lui-même, soit par une entité privée, et estime que l'activité en question comporte le risque de causer un dommage significatif.

2) L'article 18 vise à protéger les droits et les intérêts légitimes des États qui ont des raisons de penser qu'ils sont susceptibles d'être affectés par une activité. L'article 18 leur permet de demander des consultations et impose à l'État d'origine l'obligation corollaire d'accéder à cette demande. En l'absence de l'article 18, les États susceptibles d'être affectés ne pourraient contraindre l'État d'origine à engager des consultations. Des dispositions du même ordre ont été incluses dans d'autres instruments juridiques. L'article 18 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation¹¹⁶ et le *paragraphe 7* de l'article 3 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière envisagent également une procédure par laquelle un État susceptible d'être affecté par une activité peut engager des consultations avec l'État d'origine.

¹¹⁵ Voir *supra* note 22.

¹¹⁶ Voir *supra* chap. VII, note 257.

3) Le paragraphe 1 permet à un État, qui a des raisons sérieuses de croire qu'une activité menée sur le territoire ou à un autre titre sous la juridiction ou le contrôle d'un autre État comporte le risque de causer un dommage significatif, de demander des consultations au titre de l'article 17. Les termes « raisons sérieuses » visent à empêcher d'autres États de créer des difficultés inutiles à l'État d'origine en demandant des consultations sur la base de simples soupçons ou conjectures. De toute évidence, l'État qui prétend avoir été exposé à un risque significatif de dommage transfrontière sera mieux en mesure de faire valoir ses droits s'il peut montrer qu'il a déjà subi un préjudice du fait de l'activité considérée.

4) Une fois les consultations engagées, soit les États intéressés conviennent que l'activité est une de celles que vise l'alinéa *a* de l'article premier, et que l'État d'origine doit en conséquence prendre des mesures de prévention, soit ils ne parviennent pas à s'entendre et l'État d'origine continue à estimer que l'activité n'entre pas dans le champ d'application de l'alinéa *a* de l'article premier. Dans le premier cas, les parties doivent mener leurs consultations conformément à l'article 17 et trouver des solutions acceptables fondées sur un juste équilibre des intérêts. Dans le second cas — celui d'un désaccord quant à la nature même de l'activité —, le paragraphe ne prévoit rien.

5) Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux cas où l'État d'origine en est encore au stade d'un projet d'activité, car on suppose qu'il peut encore donner notification aux États susceptibles d'être affectés. Toutefois, s'il n'effectue pas cette notification, les États susceptibles d'être affectés peuvent demander des consultations dès le début de l'activité. Une consultation peut aussi être demandée aux tout premiers stades de l'activité, par exemple à celui de la construction.

6) La première phrase du paragraphe 2 vise à établir un juste équilibre entre les intérêts de l'État d'origine qui a fait l'objet d'une demande de consultations, et ceux de l'État qui estime qu'il a été affecté ou qu'il est susceptible de l'être, en demandant à ce dernier de fournir les raisons qui justifient sa conviction, étayées par des documents et sa propre évaluation technique du risque allégué. L'État qui demande des consultations doit, comme il est indiqué plus haut, avoir des « raisons sérieuses » de croire qu'il existe un risque propre à lui causer un préjudice. Étant donné que cet État n'a reçu aucune information de l'État d'origine concernant l'activité et que, en conséquence, il ne peut avoir accès à toutes les données techniques pertinentes, il n'est pas nécessaire que les pièces justificatives et l'évaluation qui lui sont demandées soient complètes, mais elles doivent être suffisantes pour fonder raisonnablement ses affirmations. Il faut interpréter l'expression « raisons sérieuses » dans ce contexte.

7) La deuxième phrase du paragraphe 2 traite des conséquences financières, dans le cas où il s'avère que l'activité en question est une de celles que vise l'alinéa *a* de l'article premier. Il peut alors être demandé à l'État d'origine de payer une part équitable du coût de l'évaluation technique. La Commission est d'avis qu'un tel partage du coût de l'évaluation est raisonnable pour les motifs suivants : *a*) l'État d'origine aurait dû, en tout état de cause, procéder à une telle évaluation en applica-

tion de l'article 10; *b*) il serait injuste de prévoir que le coût de l'évaluation est à la charge de l'État qui risque d'être lésé par une activité menée dans un autre État et dont il ne retire aucun avantage; *c*) on risquerait, en dispensant l'État d'origine de contribuer aux frais de l'évaluation entreprise par l'État susceptible d'être affecté, de l'encourager à ne pas procéder à l'évaluation des effets de l'activité à laquelle il est lui-même tenu en application de l'article 10, et à en éluder le coût en laissant le soin aux États susceptibles d'être affectés de procéder à l'évaluation.

8) La Commission, toutefois, envisage aussi la situation dans laquelle l'État d'origine s'est abstenu de faire la notification requise en toute innocence. L'État d'origine peut avoir cru honnêtement que l'activité ne comportait aucun risque de dommage transfrontière significatif. C'est la raison pour laquelle l'État susceptible d'être affecté peut réclamer à l'État d'origine « une juste part du coût de l'évaluation ». Cela signifie que si, après discussion, il apparaît que l'évaluation ne permet pas de conclure à l'existence d'un risque de dommage significatif, l'affaire est close et la question du partage des frais ne se pose même plus. Mais si, au contraire, un risque est mis en évidence, il est alors raisonnable de demander à l'État d'origine de supporter une part équitable du coût de l'évaluation. Cela peut ne pas représenter l'intégralité du coût car l'État susceptible d'être affecté aurait de toute façon dû entreprendre une évaluation de son côté. La part mise à la charge de l'État d'origine serait uniquement la part des frais résultant directement du fait qu'il n'a pas effectué la notification prévue à l'article 13 ni fourni d'informations techniques.

Article 19. — Facteurs d'un juste équilibre des intérêts

Pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article 17, les États concernés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment :

a) Le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum, ou de réparer le dommage;

b) L'importance de l'activité, compte tenu des avantages globaux d'ordre social, économique et technique qui en découlent pour l'État d'origine par rapport au dommage qui peut en résulter pour les États susceptibles d'être affectés;

c) Le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum, ou de rendre l'environnement à sa condition première;

d) La viabilité économique de l'activité, une fois pris en compte le coût de la prévention exigée par les États susceptibles d'être affectés et la possibilité de mener l'activité ailleurs ou par d'autres moyens ou encore de la remplacer par une autre activité;

e) La mesure dans laquelle les États susceptibles d'être affectés sont prêts à participer au coût de la prévention;

f) Les normes de protection appliquées à la même activité ou à des activités comparables par les États susceptibles d'être affectés et celles qui sont appliquées dans la pratique comparable existant au niveau régional ou international.

Commentaire

1) Le but de cet article est de guider les États qui ont engagé des consultations pour essayer de parvenir à un juste équilibre des intérêts. À cette fin, il faut établir les faits et peser soigneusement tous les facteurs et circonstances pertinents.

2) La clause principale de l'article dispose que « pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article 17, les États concernés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents ». Et l'article de dresser une liste non exhaustive de ces facteurs et circonstances. La grande diversité des types d'activités visés par les présents projets d'articles, et les différentes situations et circonstances dans lesquelles celles-ci seront exercées rendent impossible l'établissement d'une liste exhaustive de facteurs pertinents dans tous les cas d'espèce. Certains des facteurs seront peut-être pertinents dans un cas donné alors que d'autres ne le seront pas et que d'autres facteurs encore, non mentionnés dans la liste, pourront se révéler pertinents. Aucune priorité ni aucun poids n'est attribué aux facteurs et circonstances énumérés, car certains d'entre eux peuvent être plus importants dans certains cas, et d'autres mériter de se voir attribuer un poids plus grand dans d'autres cas. D'une manière générale, les facteurs et circonstances indiqués permettront aux parties de comparer les coûts et avantages qui pourraient être en jeu dans un cas donné.

3) L'*alinéa a* établit une comparaison entre le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum, et les possibilités de réparer le dommage. Par exemple, le degré de risque d'un dommage pourrait être élevé, mais il pourrait exister des mesures susceptibles de prévenir ou de réduire ce risque, ou des possibilités de réparer le dommage. Les comparaisons en la matière valent aussi bien sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif.

4) L'*alinéa b* compare l'importance de l'activité, du point de vue des avantages sociaux, économiques et techniques qui en découlent pour l'État d'origine, et le dommage qui peut en résulter pour les États susceptibles d'être affectés. La Commission rappelle, dans ce contexte, la décision qui a été adoptée dans l'affaire de la *Donauversinkung*, où le tribunal a déclaré :

Les intérêts des États en cause doivent être évalués équitablement les uns par rapport aux autres. Il faut prendre en considération non seulement le préjudice absolu causé à l'État voisin mais aussi le rapport entre l'avantage acquis par l'un et le préjudice causé à l'autre¹¹⁷.

¹¹⁷ *Streitsache des Landes Württemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden, betreffend die Donauversinkung*, Staatsgerichtshof allemand, 18 juin 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Berlin, vol. 116, appendice, p. 18 et suiv. Voir aussi *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1927,

5) L'*alinéa c* établit, de la même manière que l'*alinéa a*, une comparaison entre le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum, et les possibilités de rendre l'environnement à sa condition première. La Commission souligne l'importance particulière que revêt la protection de l'environnement. De l'avis de la Commission, le principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement est pertinent au regard de cet *alinéa* lorsqu'il déclare :

En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement¹¹⁸.

6) La Commission est consciente du fait que la notion de dommage transfrontière, telle qu'elle est employée à l'*alinéa a*, pourrait être interprétée de façon large et englober le dommage causé à l'environnement. La Commission établit toutefois, aux fins de cet article, une distinction entre, d'une part, le dommage causé à une certaine partie de l'environnement, qui pourrait se traduire par une perte de valeur pour les individus et se prêter à une évaluation par des moyens économiques classiques, et, d'autre part, le dommage causé à l'environnement qui ne se prêterait pas à une telle évaluation. Le premier dommage est censé être pris en considération à l'*alinéa a* et le deuxième, dans le présent *alinéa*.

7) L'*alinéa d* introduit un certain nombre de facteurs qu'il faut comparer et dont il faut tenir compte. Il faut comparer la viabilité économique de l'activité au coût de la prévention exigée par les États susceptibles d'être affectés. Le coût des mesures préventives ne doit pas être élevé au point de rendre l'activité non viable du point de vue économique. La viabilité économique de l'activité doit également être évaluée du point de vue de la possibilité de l'exercer en un autre lieu, ou par d'autres moyens, ou de lui substituer une autre activité. Le membre de phrase « mener l'activité... par d'autres moyens » entend tenir compte, par exemple, d'une situation dans laquelle un certain type de substance chimique employé dans le cadre de l'activité, et source éventuelle d'un dommage transfrontière, pourrait être remplacé par une autre substance chimique, ou dans laquelle l'outillage d'installations industrielles ou d'une usine pourrait être remplacé par un matériel différent. Le membre de phrase « remplacer [l'activité] par une autre activité » est censé tenir compte de la possibilité d'atteindre les mêmes résultats ou des résultats comparables par le moyen d'une autre activité ne comportant aucun risque, ou un risque bien moindre de dommage transfrontière.

8) L'*alinéa e* dispose que l'un des éléments qui déterminent le choix des mesures préventives est la volonté des États susceptibles d'être affectés de participer au

and 1928, textes réunis par A. McNair et H. Lauterpacht, Londres, Longmans, 1931, vol. 4, p. 131. Voir également *Kansas c. Colorado* (1907), *United States Reports*, 1921, vol. 206, p. 100, et *Washington c. Oregon* (1936), *ibid.*, 1936, vol. 297, p. 517, ainsi que Association de droit international, *Report of the Sixty-second Conference*, Seoul, 1986, Londres, 1987, p. 275 à 278.

¹¹⁸ Voir *supra* note 10.

coût de la prévention. Par exemple, si les États susceptibles d'être affectés sont disposés à contribuer aux frais encourus au titre des mesures préventives, on peut normalement s'attendre, compte tenu d'autres facteurs, à ce que l'État d'origine adopte des mesures préventives plus coûteuses mais plus efficaces.

9) L'*alinéa f* compare la norme de prévention dont l'application est exigée de l'État d'origine à la norme qui est appliquée à la même activité ou à une activité comparable dans l'État susceptible d'être affecté. La raison d'être de cette disposition est que, d'une manière générale, il pourrait être déraisonnable d'exiger que l'État d'origine se conforme à une norme de prévention beaucoup plus rigoureuse que les normes en vigueur dans les États susceptibles d'être affectés. Mais ce facteur n'est pas déterminant en lui-même. Des situations peuvent se présenter dans lesquelles l'État d'origine sera appelé à appliquer à l'activité des normes de prévention plus strictes que celles des États susceptibles d'être affectés, par exemple si l'État d'origine est un État hautement développé appliquant une réglementation de l'environnement édictée dans le cadre de sa législation interne. Cette réglementation sera sans doute plus rigoureuse que celle qu'appliquerait un État d'origine qui, vu son niveau de développement, n'aurait, en matière de normes de prévention, qu'une réglementation très restreinte (suffisant d'ailleurs à ses besoins), si tant est qu'il en ait une. Compte tenu d'autres facteurs, l'État d'origine pourrait avoir à appliquer ses propres normes de prévention, plus strictes que celles des États susceptibles d'être affectés.

10) Les États devraient également tenir compte des normes de prévention appliquées aux mêmes activités ou à des activités comparables dans d'autres régions ou, s'il en existe, des normes internationales de prévention applicables à des activités similaires. Cette observation s'applique tout particulièrement lorsque, par exemple, les États concernés ne disposent d'aucune norme de prévention pour ces activités, ou lorsqu'ils tiennent à améliorer leurs normes existantes.

CHAPITRE III. — INDEMNISATION OU AUTRE RÉPARATION

Commentaire général

1) Comme il est expliqué dans le commentaire de l'article 5, les articles consacrés au présent sujet ne suivent pas le principe de la responsabilité « objective » ou « absolue » telle qu'elle est couramment dénommée. Ils reconnaissent que si ces notions sont familières et ont pris consistance dans le droit interne de nombreux États et par rapport à certaines activités en droit international, elles n'ont pas encore été pleinement développées en droit international s'agissant d'un groupe d'activités plus important, telles que celles visées par l'article premier¹¹⁹.

¹¹⁹ Pour le développement de la notion de responsabilité objective ou absolue née des délits et quasi-délits en droit interne et également en droit international, voir l'étude établie par le Secrétariat, intitulée « Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » (A/CN.4/471, 1995, par. 16 à 100).

Comme en droit interne, le principe de la justice et de l'équité ainsi que d'autres règles d'intérêt social veulent que quiconque a subi un dommage causé par les activités d'autrui soit indemnisé (voir également le commentaire de l'article 5). Ainsi, le chapitre III prévoit deux procédures permettant aux parties lésées de demander réparation : celles-ci peuvent faire valoir leurs droits soit devant les tribunaux de l'État d'origine, soit par la voie de négociations entre l'État d'origine et l'État ou les États affectés. Ces deux procédures sont naturellement sans préjudice de tout autre arrangement dont les parties pourraient avoir convenu ou de l'exercice de la compétence des tribunaux des États où le préjudice s'est produit. Cette compétence peut découler des principes applicables du droit international privé : si tel est le cas, elle n'est pas touchée par les présents projets d'articles.

2) Si une réparation est demandée devant les tribunaux de l'État d'origine, la démarche obéit au droit applicable de cet État. Par contre, lorsqu'elle est demandée par voie de négociations, l'article 22 (Facteurs à prendre en considération dans les négociations) énonce un certain nombre de facteurs qui devraient guider les parties pour leur permettre de parvenir à un règlement amiable.

3) La détermination de la nature et de l'ampleur de l'indemnisation dépend de toute évidence d'une constatation initiale, établissant qu'il s'est produit un dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'article premier. Cette constatation factuelle sera effectuée par les tribunaux nationaux lorsqu'ils seront saisis par les parties lésées ou par les États eux-mêmes lorsque les négociations ont été retenues comme moyen d'obtenir réparation.

4) Il ressort de l'examen de la pratique des États que, dans les cas où une indemnisation a été versée pour un dommage transfrontière significatif découlant des types d'activités visés à l'article premier, l'indemnisation a pris différentes formes, qu'il s'agisse du versement d'une somme forfaitaire à l'État lésé pour lui permettre de régler les réclamations individuelles (normalement en appliquant le droit interne) ou du versement direct aux requérants individuels. Les formes d'indemnisation les plus courantes dans les relations entre États sont, dans l'ensemble, similaires à celles qui existent en droit interne. De fait, certaines conventions prévoient que la législation nationale régit la question de l'indemnisation. Lorsque les dommages sont d'ordre pécuniaire, les États ont généralement fait leur possible pour sélectionner des devises facilement convertibles¹²⁰.

5) L'article 7 (Mise en œuvre), qui exige des États qu'ils prennent des mesures législatives, administratives et autres pour mettre en œuvre les dispositions des présents projets d'articles, devrait être interprété, par rapport au chapitre III, comme comportant l'obligation d'accorder aux États victimes de dommages transfrontières, causés par des activités conduites sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction ou leur contrôle, des droits à réparation quant au fond et quant à la procédure.

¹²⁰ *Ibid.*, par. 272 à 280.

Article 20. — *Non-discrimination*

1. Un État sur le territoire duquel s'exerce une activité visée à l'article premier n'opère pas de discrimination fondée sur la nationalité, la résidence ou le lieu du préjudice pour accorder aux personnes victimes d'un dommage transfrontière significatif, conformément à son système juridique, l'accès à des procédures judiciaires ou autres ou le droit de réclamer une indemnité ou une autre forme de réparation.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de tout accord entre les États intéressés qui prévoirait des arrangements spéciaux en vue de la protection des intérêts des personnes victimes d'un dommage transfrontière significatif.

Commentaire

1) Cet article énonce un principe fondamental selon lequel l'État d'origine doit accorder l'accès à ses procédures judiciaires et autres, sans discrimination fondée sur la nationalité, la résidence ou le lieu du préjudice.

2) Le paragraphe 1 contient deux éléments fondamentaux, à savoir la non-discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence, et la non-discrimination fondée sur le lieu du dommage. Cette règle oblige les États à s'assurer que toute personne, quels que soient sa nationalité ou son lieu de résidence, qui a subi un dommage transfrontière significatif à cause d'activités visées à l'article premier, reçoit, quel que soit le lieu où le dommage s'est produit ou pourrait se produire, le même traitement que celui accordé par l'État d'origine à ses nationaux en cas de dommage survenu sur son propre territoire. Cette obligation n'est pas censée porter atteinte à la pratique existant dans certains États, qui veut que les non-résidents ou les étrangers déposent une caution pour pouvoir accéder au système judiciaire de façon à couvrir les frais de justice et autres. Une telle pratique n'est pas « discriminatoire » au sens de cet article; elle est prise en considération dans l'expression « conformément à son système juridique ».

3) Le paragraphe 1 prévoit par ailleurs que l'État d'origine ne peut pas exercer de discrimination en fonction du lieu où le dommage s'est produit. En d'autres termes, s'il a été causé un dommage significatif dans un État du fait d'une activité visée à l'article premier et menée dans un autre État, ce dernier ne peut pas empêcher qu'une action soit ouverte au motif que le dommage s'est produit en dehors de sa juridiction.

4) Aux termes du paragraphe 2, il s'agit d'une règle supplétive. En conséquence, les États intéressés peuvent convenir des meilleurs moyens d'accorder réparation aux personnes qui ont subi un dommage significatif, par exemple par la voie d'un accord bilatéral. Le chapitre II (Prévention) encourage les États intéressés à convenir d'un régime spécial applicable aux activités qui comportent un risque de dommage transfrontière significatif. Dans de tels arrangements, les États peuvent aussi prévoir des moyens de protéger les intérêts des personnes intéressées en cas de dommage transfrontière significatif.

Le membre de phrase « en vue de la protection des intérêts des personnes victimes » a pour objet de bien préciser que ce paragraphe n'est pas censé donner à entendre que les États peuvent décider par accord mutuel de pratiquer une discrimination pour ce qui est d'accorder accès à leurs procédures judiciaires ou autres ou un droit d'indemnisation. Le but de l'accord interétatique devrait toujours être de protéger les intérêts des victimes du dommage.

5) On peut trouver des précédents à l'obligation énoncée à l'article 20 dans des accords internationaux et des recommandations d'organisations internationales. Ainsi, la Convention relative à la protection de l'environnement conclue entre le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède le 19 février 1974 prévoit ce qui suit en son article 3 :

Toute personne lésée ou pouvant être lésée par une nuisance causée par des activités nuisibles à l'environnement effectuées dans un autre État contractant aura le droit de saisir le tribunal ou l'autorité administrative compétents de cet État pour qu'ils statuent sur la 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'État 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'État où lesdites activités sont effectuées¹²¹.

Le Conseil de l'OCDE a adopté une recommandation sur la mise en œuvre d'un régime d'égalité d'accès et de non-discrimination en matière de pollution transfrontière, dont l'alinéa a du paragraphe 4 se lit comme suit :

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 équivalant à celui dont bénéficient dans le pays d'origine, en cas de pollution interne et dans des circonstances similaires, des personnes de condition ou de statut équivalent¹²².

¹²¹ On peut trouver des dispositions similaires au paragraphe 6 de l'article 2 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière; 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'Équipe spéciale sur la responsabilité et l'obligation de réparer en cas de pollution des eaux transfrontières (doc. ENVWA/R.45, annexe); 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 informelle d'experts du droit de l'environnement, tenue du 25 février au 1^{er} mars 1991 (doc. ENVWA/R.38, annexe I).

¹²² OCDE, doc. C(77)28 (Final), annexe (*L'OCDE et l'environnement...* [supra note 12], p. 171). Le principe 14 des Principes de conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des États en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États, adoptés par la décision 6/14 du Conseil d'administration du PNUE, le 19 mai 1978 (supra note 11), va dans le même sens. On trouvera une analyse du principe de l'égalité d'accès dans S. Van Hoogstraten, P. Dupuy et H. Smets, « L'égalité d'accès : pollution transfrontière », *Environmental Policy and Law*, vol. 2, n° 2, juin 1976, p. 77.

Article 21. — Nature et ampleur de l'indemnisation ou autre réparation

L'État d'origine et l'État affecté procéderont, à la demande de l'une ou l'autre partie, à des négociations sur la nature et l'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation à accorder pour un dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'article premier, eu égard aux facteurs énoncés à l'article 22 et conformément au principe selon lequel la victime du dommage ne doit pas avoir à supporter la totalité du préjudice.

Commentaire

1) Tandis que l'article 20 garantit l'accès aux tribunaux de l'État d'origine, l'article 21 prévoit une autre procédure permettant de déterminer la nature et l'ampleur de l'indemnisation : les négociations entre l'État lésé et l'État d'origine. Il ne faut pas déduire de cet article que cette procédure est nécessairement à préférer au recours aux tribunaux nationaux. Il reconnaît simplement qu'il peut y avoir des circonstances où il s'avère que les négociations sont le seul moyen d'obtenir une indemnisation ou réparation, ou que, compte tenu des circonstances, elles constituent le moyen le plus approprié sur le plan diplomatique. Par exemple, dans un incident particulier de dommage transfrontière, l'État affecté lui-même, outre ses nationaux ou résidents, peut avoir subi un dommage significatif et les États intéressés peuvent alors préférer régler la question par voie de négociations. Il peut aussi arriver qu'il soit impossible, y compris sur le plan pratique, aux nationaux ou aux résidents lésés de l'État lésé de déposer plainte auprès des tribunaux de l'État d'origine, soit en raison du nombre important de personnes lésées, d'obstacles de procédure ou de la distance qui sépare l'État d'origine de l'État lésé, soit parce que les personnes lésées ne disposent pas des ressources nécessaires pour faire valoir leurs droits devant les tribunaux de l'État d'origine, soit encore parce que le droit de l'État d'origine ne prévoit aucune voie de recours.

2) L'article 20 a pour objet, cependant, de permettre aux personnes lésées d'engager des actions devant les tribunaux de l'État d'origine, étant entendu que tant que l'affaire est en instance, elles ne peuvent pas demander l'ouverture de négociations. De la même manière, si les États intéressés décident de régler l'affaire par la voie de négociations, le dépôt de plaintes auprès des tribunaux de l'État d'origine devrait être reporté en attendant l'issue des négociations. Il va de soi que ces négociations devraient offrir une réparation effective aux particuliers lésés. L'article 21 n'est pas censé s'appliquer aux négociations où, en raison d'autres accords bilatéraux, les États privent, par consentement mutuel, les parties lésées d'une réparation effective.

3) L'article 21 énonce deux critères servant à déterminer la nature et l'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation, à savoir : premièrement, une série de facteurs énumérés à l'article 22 (Facteurs à prendre en considération dans les négociations), et deuxièmement, les principes qui veulent que toute personne qui se livre à une activité de la nature visée à l'alinéa *a* de l'article premier

assume le risque de conséquences préjudiciables au même titre qu'elle tire profit de l'entreprise et, s'agissant des activités visées à l'alinéa *b* de l'article premier, que « la victime du dommage ne [doive] pas avoir à supporter la totalité du préjudice ». Le deuxième critère repose sur le principe humanitaire fondamental selon lequel les individus qui ont subi un dommage ou un préjudice du fait des activités d'autrui doivent se voir accorder réparation. Cette notion trouve son pendant dans les principes modernes des droits de l'homme.

4) Le principe selon lequel la victime du dommage ne doit pas avoir à supporter la totalité du préjudice suppose que l'indemnisation ou autre réparation peut ne pas être toujours intégrale. Il peut arriver que la victime d'un dommage transfrontière significatif ait à supporter une partie du préjudice. Les critères énoncés à l'article 22 doivent guider les parties aux négociations lorsqu'elles traitent de cette question.

5) Les termes « nature et ampleur de l'indemnisation ou autre réparation » visent à indiquer que la réparation d'un dommage transfrontière peut prendre d'autres formes qu'une indemnisation. Dans la pratique des États, outre l'indemnisation pécuniaire, l'indemnisation s'est parfois traduite par la suppression du danger ou par la *restitutio in integrum*. Dans certains cas, la réparation d'un dommage transfrontière significatif peut consister dans la remise en état de l'environnement. C'est ce qui s'est passé, par exemple, à Palomares (Espagne) en 1966, lorsque des bombes à ogive nucléaire sont tombées sur le territoire espagnol et à proximité des côtes d'Espagne à la suite d'une collision entre un bombardier nucléaire des États-Unis d'Amérique et un avion de ravitaillement. Les États-Unis ont éliminé les causes du danger en Espagne en récupérant les bombes et en retirant les terres espagnoles contaminées pour les ensevelir dans leur propre sol¹²³. Une opération de nettoyage ne constitue pas une restitution, mais l'intention et la politique qui la sous-tendent peuvent en faire une réparation.

6) Les négociations peuvent être déclenchées à la demande soit de l'État d'origine, soit de l'État affecté. L'article 21, cependant, ne vise pas à empêcher les négociations entre l'État d'origine et les particuliers lésés ni celles entre les parties lésées et l'exploitant de l'activité qui a causé le dommage transfrontière significatif.

7) C'est en vertu d'un principe général du droit que les négociations doivent se dérouler « de bonne foi ». Voir *supra* les paragraphes 2 et 3 du commentaire de l'article 6.

8) Certains membres du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ont estimé que les particuliers lésés devraient avoir le choix de la procédure à suivre. À

¹²³ *The New York Times*, 12 avril 1966, p. 28. De même, après les essais nucléaires auxquels il avait été procédé dans les îles Marshall, les États-Unis auraient consacré près de 110 millions de dollars au nettoyage de plusieurs des îles de l'atoll d'Eniwetok pour les rendre de nouveau habitables (voir *The International Herald Tribune*, 15 juin 1982, p. 5).

leur avis, dans certains cas, les négociations peuvent ne pas fournir une réparation aussi satisfaisante que celle que les tribunaux de l'État d'origine auraient pu offrir, attendu qu'un certain nombre de considérations bilatérales d'un autre ordre peuvent peser sur le point de vue, en l'espèce, des deux États parties aux négociations.

Article 22. — Facteurs à prendre en considération dans les négociations

Dans les négociations visées à l'article 21, les États intéressés tiennent compte notamment des facteurs suivants :

a) Dans le cas d'activités visées à l'alinéa a de l'article premier, la mesure dans laquelle l'État d'origine s'est acquitté de ses obligations de prévention visées au chapitre II;

b) Dans le cas d'activités visées à l'alinéa a de l'article premier, la mesure dans laquelle l'État d'origine a fait preuve de diligence raisonnable pour prévenir le dommage ou le réduire au minimum;

c) La mesure dans laquelle l'État d'origine savait ou avait les moyens de savoir qu'une activité visée à l'article premier s'exerçait ou était sur le point de s'exercer sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle;

d) La mesure dans laquelle l'État d'origine tire profit de l'activité;

e) La mesure dans laquelle l'État affecté a part au profit tiré de l'activité;

f) La mesure dans laquelle l'assistance d'États tiers ou d'organisations internationales est accessible ou a été fournie à l'un ou l'autre État;

g) La mesure dans laquelle une indemnité est raisonnablement accessible ou a été fournie aux personnes lésées, que ce soit à travers une action devant les tribunaux nationaux ou par une autre voie;

h) La mesure dans laquelle le droit de l'État lésé prévoit une indemnisation ou autre réparation pour le même dommage;

i) Les normes de protection appliquées, pour une activité comparable, par l'État affecté et dans la pratique régionale et internationale;

j) La mesure dans laquelle l'État d'origine a pris des dispositions pour aider l'État affecté à réduire le dommage au minimum.

Commentaire

1) Le présent article vise à fournir aux États des éléments pour les guider dans leurs négociations sur la nature et l'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation. Pour parvenir à un résultat juste et équitable, il faut peser tous les facteurs et circonstances qui entrent en jeu. Le mot « notamment » sert à indiquer que l'article 22 ne prétend pas offrir une liste exhaustive de ces facteurs.

2) L'*alinéa a* a fait le lien entre, d'une part, le chapitre II (Prévention) dans sa relation avec le problème de la responsabilité donnant lieu à indemnisation et, d'autre part, la nature et l'ampleur de cette indemnisation ou autre réparation. Il établit clairement que si les obligations de prévention prévues au chapitre II pour les activités comportant un risque de causer un dommage transfrontière significatif ne sont pas conçues comme des obligations que l'on pourrait qualifier de dures — en ce sens que leur inexécution ne mettrait pas en jeu la responsabilité des États —, elles influenceront cependant certainement sur l'étendue de la responsabilité donnant lieu à indemnisation et sur le montant de l'indemnité ou l'ampleur d'une autre réparation. Le manque flagrant de soin et de souci de la sécurité et de l'intérêt des autres États est contraire au principe des relations de bon voisinage. Le fait d'exposer d'autres États à un risque serait un élément important pour se faire une idée sur la question de savoir qui devrait assumer la responsabilité donnant lieu à indemnisation, et jusqu'à quel point. S'il devenait manifeste que, dans le cas où l'État d'origine aurait respecté les normes prescrites pour les mesures de prévention prévues au chapitre II, le dommage transfrontière significatif ne se serait pas produit, ou, tout au moins, n'aurait pas revêtu la même ampleur, cette constatation pourrait modifier l'étendue de la responsabilité et le montant de l'indemnité, et on pourrait bien sûr conclure que l'État d'origine devrait aussi fournir une indemnité. Si, en revanche, l'inexécution, par l'État d'origine, des mesures préventives se révèle n'avoir eu aucun effet sur la survenance du dommage transfrontière ou sur son ampleur, ce facteur ne jouera sans doute pas. Cette situation est analogue à celle que prévoit l'*alinéa c* du paragraphe 2 de l'article 45 du projet d'articles sur la responsabilité des États, suivant lequel, pour que la réparation soit intégrale, l'État lésé peut être en droit d'obtenir satisfaction de l'État auteur du fait illicite, y compris, « en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte » (voir *supra* chap. III, sect. D).

3) Aux termes de l'*alinéa b*, il est tenu compte de la mesure dans laquelle l'État d'origine a fait preuve de diligence raisonnable pour prévenir le dommage ou le réduire au minimum. Ce facteur est encore un autre élément permettant d'établir la bonne foi de l'État d'origine, s'il s'est conduit en bon voisin et a fait preuve de diligence raisonnable en manifestant du souci pour les intérêts des autres États qui ont subi les conséquences négatives du dommage transfrontière. Il joue davantage lorsque l'État d'origine a pris de telles mesures supplémentaires, après s'être déjà conformé aux mesures préventives prévues au chapitre II.

4) L'*alinéa c* énonce un élément d'information qui compte beaucoup — le fait que l'État d'origine savait ou avait les moyens de savoir qu'une activité visée à l'article premier s'exerçait sur son territoire et qu'il n'a pourtant pris aucune mesure. Ce facteur intervient, à l'évidence, lorsque l'État d'origine n'a pas respecté les dispositions du chapitre II concernant les mesures préventives à prendre et qu'il invoque, pour sa défense, l'ignorance où il était de cette activité.

5) Certes, un État ne peut prendre les mesures de prévention prescrites que s'il est au fait des activités menées sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle. Il n'est pas censé en prendre pour une activité exercée clandestinement sur son territoire, dont il n'a aucun moyen d'être informé, malgré toutes les mesures raisonnables qu'il a pu prendre pour faire preuve de la diligence voulue.

6) Ce facteur est emprunté au dictum de la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, suivant lequel l'Albanie était tenue de notifier l'existence de mines dans ses eaux territoriales, non seulement en vertu de la Convention de La Haye relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact (Convention VIII de La Haye de 1907), mais aussi en vertu de « certains principes généraux bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, [...] et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser sciemment utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »¹²⁴. Si l'État d'origine ne prouve pas qu'il n'avait pas connaissance de l'activité ou qu'il n'avait aucun moyen de savoir qu'elle était exercée sur son territoire, ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle, la preuve est ainsi établie qu'il n'a pas manifesté la diligence raisonnable exigée aux alinéas *a* et *b*¹²⁵.

7) L'*alinéa d* et l'*alinéa e* indiquent dans quelle mesure l'État d'origine et l'État affecté sont censés partager entre eux la charge de l'indemnisation ou autre réparation selon le profit que chacun tire de l'activité génératrice du dommage transfrontière.

8) L'*alinéa e* renvoie à l'un des éléments qui justifient la responsabilité donnant lieu à indemnisation en cas de dommage transfrontière significatif, à savoir que les États ne doivent pas déplacer le coût de leur progrès et de leur développement en exposant d'autres États aux risques que comportent des activités dont ils sont seuls à tirer directement profit. Si l'État affecté profite, lui aussi, de l'activité qui a causé le dommage transfrontière significatif, et compte tenu d'autres facteurs, dont ceux, en particulier, qui font intervenir la diligence raisonnable, il peut s'attendre à devoir partager aussi certains des coûts. Ce facteur n'est pas censé influencer négativement sur l'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation due aux particuliers lésés.

9) L'*alinéa f* fait entrer en jeu deux éléments : l'assistance accessible à l'État d'origine auprès soit d'un État tiers, soit d'une organisation internationale; et l'assistance accessible à l'État affecté auprès d'un État tiers ou d'une organisation internationale. Si, dans le premier cas, l'État d'origine s'est vu offrir par un État tiers une assistance pour prévenir ou réduire au minimum un dommage transfrontière significatif ou pouvait disposer d'une telle assistance par l'intermédiaire d'une organisation internationale et que, par simple négligence

ou par absence de souci des intérêts de l'État affecté, il n'a pas tiré parti de ces possibilités, cela indique qu'il n'a pas fait preuve de diligence raisonnable. Dans le second cas, l'État affecté est, lui aussi, censé faire preuve de vigilance pour réduire au minimum le dommage découlant pour lui d'une activité, même lorsqu'elle est menée en dehors de son territoire. Par conséquent, lorsque des possibilités d'atténuer les dommages sont accessibles à l'État affecté du fait d'une offre d'un État tiers ou par l'intermédiaire d'une organisation internationale et que l'État affecté ne les met pas à profit, lui non plus ne satisfait pas aux normes de diligence. Si, en revanche, l'État affecté reçoit une telle assistance, l'étendue de cette aide pourrait intervenir dans la détermination de l'étendue et du montant de l'indemnisation ou autre forme de réparation.

10) L'*alinéa g* tient compte de deux possibilités : d'une part, il se peut que des négociations aient lieu avant que les particuliers lésés ne demandent réparation devant les tribunaux de l'État d'origine ou à l'exploitant dont l'activité a causé le dommage transfrontière; d'autre part, de telles négociations peuvent aussi avoir lieu dans le cours ou à l'issue de l'action en justice. Dans un cas comme dans l'autre, ce facteur est à prendre en considération pour déterminer si les parties lésées se sont vu ou se verront accorder une juste indemnisation ou autre réparation.

11) L'*alinéa h* vise l'un des éléments à retenir pour établir la validité des attentes des parties intéressées concernant l'indemnisation ou autre réparation du dommage transfrontière. La mesure dans laquelle le droit de l'État affecté prévoit l'indemnisation pour certains types précis de dommages doit être prise en considération pour apprécier la validité des attentes en la matière pour un dommage particulier. Du fait qu'une personne lésée dans l'État affecté n'aurait eu aucune possibilité d'agir en justice dans le cadre du droit de cet État, on ne saurait conclure que l'État affecté considère ce dommage comme non indemnisable. Une analyse contextuelle de ce droit s'impose pour déterminer si d'autres procédures — administratives — assurent un équivalent fonctionnel. L'essentiel, c'est que le dommage doit donner lieu à indemnisation. Il ne doit pas se traduire par des avantages inespérés. D'autre part, le droit de l'État affecté peut aussi prévoir une indemnisation pour une catégorie de dommages beaucoup plus vaste ou à un niveau nettement plus élevé que le droit de l'État d'origine. Ces questions de comparaison doivent être prises en considération dans les négociations entre les États.

12) L'*alinéa i* concerne aussi les attentes partagées des parties intéressées dans le cas d'un dommage transfrontière significatif, ainsi que leur comportement au regard des principes de diligence raisonnable et de bon voisinage. Si, malgré les mesures préventives visées au chapitre II, la norme de protection appliquée par l'État lésé dans la conduite des mêmes activités ou d'activités analogues est très sensiblement inférieure à celle que l'État d'origine a appliquée en ce qui concerne l'activité qui a causé le dommage transfrontière, l'État affecté ne sera pas convaincant s'il se plaint que l'État d'origine n'a pas satisfait à la norme appropriée de diligence raisonnable. De même, si l'État d'origine peut démontrer que ses

¹²⁴ Voir *supra* note 5.

¹²⁵ Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la CIJ a constaté que l'Albanie n'avait rien fait pour tenter de prévenir le désastre et l'a donc tenue responsable, selon le droit international, des explosions et des dommages et pertes humaines.

normes de protection sont comparables à celles qui s'appliquent au niveau régional ou international, il sera mieux armé pour se défendre contre les accusations de manquement à l'obligation de diligence raisonnable.

13) L'*alinéa j* est utile pour déterminer dans quelle mesure l'État d'origine a agi avec une diligence raisonnable et en bon voisin. Dans certaines circonstances, l'État d'origine pourrait se trouver en meilleure position pour aider l'État affecté à atténuer le dommage transfrontière du fait qu'il en connaît la source et la cause. Pareille as-

sistance devrait donc être encouragée, puisque l'objectif primordial est de prévenir les dommages ou de les réduire au minimum¹²⁶.

¹²⁶ En 1972, par exemple, le *World Bond*, navire-citerne immatriculé sous pavillon libérien, avait répandu quelque 45 000 litres de brut dans la mer en déchargeant à la raffinerie de l'Atlantic Richfield Corporation à Cherry Point, dans l'État de Washington. Le pétrole avait gagné les eaux canadiennes et souillé près de 10 km de plage en Colombie britannique. Tant la raffinerie que les autorités des deux côtés de la frontière avaient agi sans retard pour contenir et limiter le dommage, ce qui avait permis de réduire au minimum les dégâts causés aux eaux et aux rivages canadiens (voir *supra* note 72).

ANNEXE II

RAPPORT SUR LE PROGRAMME DE TRAVAIL À LONG TERME

1. Au cours des cinquante années ou presque de son existence, la Commission a entrepris et mené à bien l'étude de nombreux sujets dans divers domaines du droit international public (voir ci-après le plan général). Mais si l'on considère l'œuvre accomplie par rapport à l'ensemble du droit international, et même par rapport à la liste des matières proposées à un moment ou un autre comme pouvant éventuellement se prêter à la codification et au développement progressif du droit international par la Commission (*ibid.*), on se rend compte que beaucoup reste à faire.

2. Le présent rapport ne prétend pas donner un aperçu complet des sujets possibles (en particulier, les suggestions pour les sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir reflètent des propositions faites à différents moments par certains de ses membres). En fait, certains sujets proposés font déjà l'objet d'études par d'autres organismes. Le rapport, dans son ensemble, vise à :

a) Classifier quelques domaines très généraux du droit international public principalement régis par les règles du droit international coutumier;

b) Énumérer, sous chacun de ces titres très généraux, diverses matières qui ont déjà, à un moment ou un autre, été proposées par la Commission ou par tels ou tels de ses membres comme sujets possibles pour la CDI (les dates auxquelles les propositions initiales ont été formulées sont indiquées plus loin entre crochets);

c) Ajouter quelques autres sujets possibles dont la Commission n'entend pas affirmer catégoriquement qu'ils se prêteraient à des travaux dans l'avenir;

d) Indiquer les sujets dont l'étude a déjà été menée à bien en tout ou en partie; et

e) Exposer, dans leurs grandes lignes, les principaux problèmes juridiques soulevés par trois des sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir et qui, selon elle, se prêtent à la codification et au développement progressif; ces sujets sont les suivants :

i) Protection diplomatique (additif 1);

ii) Propriété et protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale (additif 2); et

iii) Actes unilatéraux des États (additif 3).

3. Le plan général exposé ci-après illustre une approche générale qui, de l'avis de la Commission, permettrait de réserver, dans un examen global des principaux domaines

du droit international public général, une place à un certain nombre de sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir. La Commission se rend parfaitement compte que certains sujets mentionnés relèvent du champ d'action d'autres organismes; s'ils ont été mentionnés, c'est pour donner une idée de l'étendue du droit international. La Commission n'entend pas empiéter sur la compétence des institutions concernées.

4. Si cette approche paraît intéressante à la CDI et à la Sixième Commission, la première pourrait peut-être, à sa prochaine session, étudier plus avant la possibilité d'ajouter d'autres sujets à ceux proposés ci-après dans les additifs 1 à 3.

PLAN GÉNÉRAL¹

I. — Les sources du droit international

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien

a) Droit des traités :

i) Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969;

ii) Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, 1986;

iii) Projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée, 1978².

2. Sujets à l'étude à la Commission
Réserves aux traités.

3. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir

a) Droit des traités :

Processus d'établissement des traités multilatéraux [1979];

b) Droit des actes unilatéraux [1971] :

i) Actes unilatéraux des États (voir ci-après additif 3, schéma général);

¹ Cette liste est purement indicative; ni les formulations ni la teneur n'engageront la Commission dans ses entreprises futures.

² Voir *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 19 et suiv.

- ii) Droit applicable aux résolutions des organisations internationales;
- iii) Contrôle de la validité des résolutions des organisations internationales;
- c) Droit international coutumier :
 - i) Formation des règles coutumières;
 - ii) Effets juridiques des règles coutumières;
- d) *Jus cogens* (et notions connexes) [1992];
- e) Instruments non obligatoires.

II. — Les sujets du droit international

1. Sujets abordés mais abandonnés
 - i) Droits et devoirs fondamentaux des États [1949];
 - ii) « Succession » de gouvernements [1949].
2. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir
 - a) Sujets du droit international [1949];
 - b) La qualité d'État :
 - i) Situation des États en droit international [1971];
 - ii) Critères de reconnaissance [1949];
 - iii) Indépendance et souveraineté des États [1962];
 - c) Gouvernement :
 - i) Reconnaissance des gouvernements [1949];
 - ii) Gouvernements représentatifs.

III. — Succession d'États et autres personnes morales

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien :
 - a) Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, 1978;
 - b) Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, 1983.
2. Sujets à l'étude à la Commission

La nationalité en relation avec la succession d'États.
3. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir
 - a) Succession d'États en ce qui concerne la qualité de membre des organisations internationales et les obligations envers elles;
 - b) « Droits acquis » au regard de la succession d'États;
 - c) Succession d'organisations internationales.

IV. — Juridiction — Immunité de juridiction des États

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien

Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, 1991³.
2. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir
 - a) Immunités d'exécution;
 - b) Compétence extraterritoriale :
 - i) Reconnaissance des actes des États étrangers [1949];
 - ii) Juridiction à l'égard des États étrangers [1949];
 - iii) Juridiction pénale en matière d'infractions commises en dehors du territoire national [1949];
 - iv) Application extraterritoriale de la législation nationale [1992];
 - c) Compétence territoriale :

Domaine territorial des États [1949];
 - d) Compétences relatives aux services publics.

V. — Droit des organisations internationales

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien

Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, 1975.
2. Sujets abordés mais dont l'étude n'a pas été poursuivie

Statut, privilèges et immunités des organisations internationales, de leurs fonctionnaires, experts, etc.
3. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir
 - a) Principes généraux du droit de la fonction publique internationale;
 - b) Personnalité morale internationale des organisations internationales;
 - c) Compétences des organisations internationales :
 - i) Pouvoirs implicites;
 - ii) Compétence personnelle;
 - iii) Compétence territoriale.

³ Voir *supra* chap. VI, note 252, al. b.

VI. — Situation de l'individu dans le droit international

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien

Convention sur la réduction des cas d'apatridie, 1961.
2. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir
 - a) Droit international relatif aux individus [1971] :

L'individu dans le droit international;
 - b) Traitement des étrangers [1949] :
 - i) Droit de refuge politique [1949];
 - ii) Extradition [1949];
 - c) Droit relatif aux migrations internationales [1992];
 - d) Droits de l'homme et défense de la démocratie [1962].

VII. — Droit pénal international

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien
 - a) Projet de statut d'une cour criminelle internationale, 1994⁴;
 - b) Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, 1996 (voir *supra* chapitre II, par. 50).
2. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir
 - a) Le principe *aut dedere aut iudicare*;
 - b) Les crimes internationaux autres que ceux mentionnés dans le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

VIII. — Droit des espaces internationaux

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien
 - a) Droit de la mer :

Les quatre conventions de Genève (Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, Convention sur la haute mer, Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer et Convention sur le plateau continental), 1958;
 - b) Régime juridique des cours d'eau internationaux :

Projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, 1994⁵.

2. Sujets abordés mais abandonnés

Régime juridique des eaux historiques, y compris les baies historiques [1962];
3. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir
 - a) Droit de la mer :

Propriété et protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale (voir ci-après additif 2, schéma général);
 - b) Régime juridique des fleuves internationaux et questions connexes :

Navigation sur les cours d'eau internationaux;
 - c) Droit aérien [1971];
 - d) Droit de l'espace [1962];
 - e) Ressources naturelles partagées :
 - i) L'indivis mondial [1992];
 - ii) Le patrimoine commun de l'humanité;
 - iii) Les ressources transfrontières;
 - iv) Le droit des eaux souterraines captives internationales;
 - v) L'intérêt commun de l'humanité.

IX. — Droit des relations — de la responsabilité internationales

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien
 - a) Relations diplomatiques et consulaires :
 - i) Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 1961;
 - ii) Convention de Vienne sur les relations consulaires, 1963;
 - iii) Convention sur les missions spéciales, 1969;
 - iv) Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, 1973;
 - v) Projet d'articles sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique, 1989⁶.
2. Sujets à l'étude à la Commission
 - a) Responsabilité des États;
 - b) Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

⁴ Voir *supra* chap. II, note 70.

⁵ Voir *supra* chap. VII, note 257.

⁶ Voir *Annuaire... 1989*, vol. II (2^e partie), p. 16 et suiv.

3. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir

- a) Responsabilité internationale :
- i) Protection diplomatique (voir ci-après additif I, schéma général);
 - ii) Responsabilité internationale des organisations internationales;
 - iii) Protection fonctionnelle;
- b) Représentation internationale des organisations internationales.

X. — Droit de l'environnement

Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir

Droit de l'environnement :

Droits et obligations des États en matière de protection de l'environnement [1992].

XI. — Droit des relations économiques

- i) Relations économiques et commerciales [1971];
- ii) La condition juridique des investissements de capitaux et les accords y relatifs [1993];
- iii) Problèmes juridiques internationaux liés à la privatisation de biens d'État;
- iv) Principes juridiques généraux applicables à l'aide au développement.

XII. — Droit des conflits armés — du désarmement

Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir

- a) Mécanismes juridiques nécessaires à l'enregistrement des ventes ou autres transferts d'armements, armes et matériels militaires entre États [1992];
- b) Principes juridiques généraux applicables aux zones démilitarisées et-ou neutres;
- c) Principes juridiques généraux applicables aux sanctions armées en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

XIII. — Règlement des différends

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien
Modèle de règles sur la procédure arbitrale, 1958⁷.
2. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir
 - a) Règlement pacifique des différends internationaux [1949];
 - b) Clauses types pour le règlement des différends relatifs à l'application ou à l'interprétation de futures conventions de codification;
 - c) Procédures de médiation et de conciliation par les organes de l'Organisation des Nations Unies.

⁷ Voir *Annuaire...* 1958, vol. II, p. 86 et suiv., par. 22, doc. A/3859.

ADDITIF I

PROTECTION DIPLOMATIQUE

SCHÉMA GÉNÉRAL

Note

1. En proposant que ce sujet soit retenu pour une étude ultérieure, la Commission n'a pas établi de schéma comparable aux schémas établis en 1993 par des membres de la Commission sur divers sujets de droit international⁸. À la présente session de la Commission, le Groupe de planification a décidé qu'un bref schéma aiderait sans doute les gouvernements à décider s'ils approuvent la poursuite de travaux sur ce sujet.

2. Le schéma présenté ci-après est, bien entendu, provisoire. Le Rapporteur spécial, de même que les gouvernements à la Sixième Commission, auraient toute latitude de recommander des modifications. L'étude de ce sujet offrirait au demeurant l'intérêt d'être le pendant des travaux de la CDI sur la responsabilité des États. Elle pourrait suivre le modèle traditionnel de la série d'articles accompagnés de commentaires, sans que cela préjuge pour autant sa forme définitive, qui serait décidée ultérieurement. La Commission ne considère pas que cette étude doive nécessairement aboutir à une convention : elle pourrait fort bien prendre la forme d'un guide, auquel les gouvernements pourraient recourir pour le traitement de réclamations internationales.

3. Quelques-unes des sections du présent schéma général sont complétées par de brèves notes explicatives précisant pourquoi la question est d'actualité.

1. Base et raison d'être de la protection diplomatique

2. Personnes invoquant la protection diplomatique

a) Personnes physiques

- i) Nationaux : preuve de la nationalité et « rattachement effectif »;
- ii) Personnes possédant une double nationalité ou plusieurs nationalités : rôle de la « nationalité effective »
 - a. À l'égard des États tiers;
 - b. À l'égard de l'un des États de la nationalité;

4. Lorsque le particulier qui invoque la protection diplomatique possède deux nationalités, il est normalement admis que, à l'égard d'un État tiers, l'État demandeur est celui de sa nationalité « effective ». Néanmoins, il peut y avoir des situations où l'État de la nationalité « effective » se trouve dans l'incapacité d'accorder sa protection et où c'est à l'État de la seconde nationalité de réclamer. Il n'en va pas très différemment dans les cas exceptionnels où l'État de « rattachement effectif » n'est pas en mesure d'agir. Et il se pose un problème encore plus difficile lorsque l'État de l'une des nationalités de l'intéressé la fait valoir contre l'État de son autre nationalité. Ce cas a suscité une controverse au sein de la *Foreign Claims Settlement Commission* (voir la décision A/18 du tribunal irano-américain d'indemnisation), et celle-ci a dû examiner les circonstances dans lesquelles les réclamations pour le compte de doubles nationaux devaient ou non être permises.

- iii) Personnes au service de l'État (étrangers servant dans les forces armées, sur les navires, dans les ambassades);
- iv) Apatrides;
- v) Non-nationaux constituant une minorité dans un groupe de nationaux.

Note

5. Il peut arriver, lorsque, par exemple, un aéronef est abattu ou un navire coulé, que les passagers et les particuliers invoquant la protection diplomatique soient, pour un grand nombre, de la même nationalité, mais qu'une petite minorité soient d'une nationalité différente. La question se pose alors de savoir s'il faut qu'il y ait multiplicité de réclamations (c'est-à-dire d'États réclamants) ou si un seul État réclamant peut agir aussi en qualité de représentant.

b) Personnes morales

- i) Sociétés, associations et ainsi de suite;
- ii) Partenariats;
- iii) Assureurs.

Note

6. Le droit applicable aux partenariats manque de clarté, surtout lorsque les partenaires sont de nationalité différente, mais aussi lorsque des divergences surgissent sur

⁸ Voir *supra* chap. VII, note 259.

le point de savoir s'il s'agit d'une demande « du partenariat » ou d'une demande individuelle.

7. Le droit concernant les assureurs est encore moins développé. Dans les cas de destruction ou d'endommagement de biens assurés, il arrive souvent que la perte réelle retombe sur l'assureur. Il n'est nullement évident que la « subrogation » dans les demandes soit acceptable, afin que l'État de la nationalité de l'assureur assume légitimement le rôle de réclamant.

3. Protection incidente seulement de certains types de biens d'État et de certaines personnes

- a) Ambassades;
- b) Navires, aéronefs et vaisseaux spatiaux appartenant à l'État;
- c) Bases militaires.

Note

8. Au stade actuel, la Commission ne prend pas fermement position sur le point de savoir si la protection des biens d'État devrait faire partie de l'étude envisagée. Elle estime cependant que cet aspect du problème mérite une étude préliminaire. Les questions en jeu ne sont pas les mêmes que les immunités qui s'attachent à ces biens : elles ont trait davantage aux moyens de protection dont l'État dispose, avant la présentation de toute réclamation en bonne et due forme.

4. Les conditions préalables de la protection

- a) Formes de protection autres que les réclamations;
- b) La présentation d'une réclamation internationale :
 - i) La pertinence du dommage, découlant d'une demande;
 - ii) Le rapport entre la protection diplomatique assurée par l'État de la nationalité et la protection « fonctionnelle » exercée par une organisation internationale à l'égard de ses agents;
 - iii) La règle de la nationalité des réclamations :
 - a. Rattachement effectif et condition de « continuité »;
 - b. Exceptions;
 - iv) La règle de l'épuisement des voies de recours internes :

- a. Portée et signification;
- b. Recours judiciaires, administratifs et gracieux;
- c. Obligation d'épuiser les possibilités d'appel, de réexamen, etc.;
- v) L'incidence des recours internationaux subsidiaires :
 - a. Droit de saisine des organismes de défense des droits de l'homme;
 - b. Commissions internationales de réclamations.

Note

9. Lorsque les particuliers disposent d'un droit de saisine de ces organismes, les formes traditionnelles de la protection diplomatique se trouvent-elles suspendues ou éteintes ? Les constatations de ces organismes s'imposent-elles pour de futures réclamations diplomatiques ?

5. Les mécanismes de la protection diplomatique en l'absence de relations diplomatiques

6. Les conditions de forme attachées à une demande de protection

- a) Preuves de la nationalité, de la suffisance de cause de la demande, etc.;
- b) Délai — effet du retard en l'absence de règles de prescription.

7. Le caractère définitif du règlement d'une réclamation

- a) Effet sur le particulier intéressé de l'acceptation, par l'État réclamant, d'une offre de règlement;
- b) Règlement par l'entremise de commissions internationales de réclamations, par voie d'arbitrage, etc.;
- c) Règlements sous forme de montants forfaitaires et indemnités accordées par les commissions nationales de réclamations;
- d) Effets sur le règlement d'une réclamation de la découverte ultérieure de :
 - i) Dol;
 - ii) Faits nouveaux.

ADDITIF 2

PROPRIÉTÉ ET PROTECTION DES ÉPAVES AU-DELÀ DES LIMITES DE LA JURIDICTION MARITIME NATIONALE

SCHÉMA GÉNÉRAL

1. Le Groupe de planification est d'avis que ce sujet, qui figurait dans les schémas établis en 1993 par des membres de la Commission sur divers sujets de droit international⁹, revêt un intérêt particulier. En effet, il est bien délimité, n'a jamais encore été étudié et a une valeur surtout pratique. En outre, le Groupe de planification a estimé que son étude pourrait être achevée dans un laps de temps relativement court, ce qui lui confère un avantage supplémentaire.

2. Le présent schéma général est provisoire. La Commission et le Rapporteur spécial auront toute latitude de l'affiner et de recommander des modifications.

3. Les progrès de la science et de la technologie de l'exploration sous-marine facilitent la découverte et la récupération d'épaves et de leurs cargaisons. Les intérêts en présence sont les suivants :

- a) Sport et loisirs (les « amateurs »);
- b) Intérêt économique (cargaisons de valeur);
- c) Intérêts étatiques (sécurité, patrimoine national, etc.);
- d) Intérêt scientifique (recherche océanographique).

1. Définition de l'« épave »

Note

4. Les définitions juridiques établies aux fins du droit de l'assistance et du sauvetage en mer sont centrées sur la notion de navire « en péril », étant présumé qu'il y a un propriétaire et que le sauveteur a droit, de la part de celui-ci, à une récompense pour son intervention. Mais il règne une incertitude considérable sur le point de savoir si une « épave » peut être considérée comme étant « en péril » et faire à ce titre l'objet d'une opération de sauvetage.

5. Sont particulièrement pertinentes, à cet égard, quelques affaires portées devant les tribunaux fédéraux des États-Unis d'Amérique, la Convention pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de

sauvetage maritimes et le Protocole portant modification de ladite Convention, et la Convention internationale sur l'assistance. (Ces conventions ne règlent pas la question et renvoient au droit interne.)

2. Juridiction de l'État côtier

a) Pouvoir de faire enlever les épaves dans l'intérêt de la sécurité de la navigation;

b) Compétence pour connaître des demandes relatives à des opérations d'assistance et de sauvetage;

c) Compétence pour assurer la « protection » de l'épave et réglementer l'accès au site où elle se trouve;

d) Compétence pour connaître des demandes portant sur la propriété de l'épave ou de sa cargaison.

Note

6. En principe, les compétences mentionnées aux alinéas *a*, *b* et *c* ne peuvent s'exercer que dans les eaux intérieures et les eaux territoriales.

7. Toutefois, s'agissant d'objets archéologiques et historiques découverts en mer, le paragraphe 2 de l'article 303 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prévoit une compétence additionnelle s'exerçant dans la zone contiguë.

8. Une grande incertitude continue de régner sur ce point en ce qui concerne le plateau continental et la zone économique exclusive, ainsi que la haute mer au-delà des limites de la juridiction nationale, et il est évident que la Convention n'a pas établi de régime général qui englobe les épaves.

9. Malgré les efforts de quelques États pour étendre la juridiction de l'État côtier aux épaves présentant un intérêt archéologique ou historique qui se trouvent dans la limite des 200 milles marins, la majorité a résisté à ces tentatives d'extension de la juridiction de l'État côtier à des ressources autres que les ressources « naturelles ». Toutefois, il existe une certaine pratique des États dans ce sens, et l'obligation plus limitée de protéger les objets de caractère archéologique et historique, que prévoit la Convention (art. 303, par. 1), s'applique incontestablement dans ces zones.

⁹ Ibid.

10. Dans le cas de la haute mer au-delà des limites de la juridiction nationale, il n'existe pas non plus de régime général, mais l'article 149 de la Convention contient une disposition visant spécialement les objets archéologiques et historiques.

3. La question de la propriété ou du titre

a) Navires de guerre, aéronefs militaires et autres navires appartenant à l'État, exploités à des fins non commerciales;

b) Épaves présentant un intérêt archéologique ou historique.

Note

11. Y a-t-il des critères convenus selon lesquels on peut déterminer si le bien considéré a conservé un propriétaire ou s'il y a eu, à son égard, abandon de propriété, ce qui en fait une *res derelicta* ? Quelle est la loi applicable pour décider de ces critères ?

12. Suivant la loi de certains États, les épaves peuvent, au bout d'un certain temps, perdre leur immatriculation sous le pavillon de l'État, et donc leur nationalité, et elles sont rayées du registre des immatriculations, mais cela n'a pas d'incidence sur la propriété.

13. Le droit de la succession d'États règle-t-il de façon satisfaisante les problèmes posés par les navires appartenant à un État lorsque cet État a disparu ?

14. La pratique actuelle donne à penser qu'il existe une présomption de non-abandon de la propriété des navires de guerre ou autres appartenant à un État et qu'un acte exprès de cession ou d'abandon est requis. Cette position s'explique à la fois par les incidences à craindre sur le plan de la sécurité au cas où le navire ou l'aéronef tomberait entre les mains de personnes non autorisées, et par le désir de conserver l'épave intacte en tant que « sépulture de guerre ».

15. Les tentatives en vue d'instituer un régime spécial pour ce type d'épaves dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ont échoué, mais certaines dispositions de portée limitée, comme l'article 149 et les paragraphes 1 et 3 de l'article 303, lui sont effectivement consacrées.

16. Il est difficile d'en déduire une obligation générale pour l'État de protéger les objets en question, en usant de ses pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires, au-delà de la zone contiguë. Par conséquent, au-delà de cette zone, la principale question qui se pose est de savoir qui protège ces épaves. Il en découle d'autres questions concernant la propriété de l'épave et de sa cargaison et leur disposition. Certains États ont défendu l'idée

que l'État au patrimoine culturel duquel le navire appartient serait investi d'un droit de propriété latent.

17. Qui plus est, un certain nombre de conventions conclues sous les auspices de l'UNESCO sont consacrées au patrimoine culturel, mais aucune ne vise expressément les épaves, et l'on peut présumer que les obligations qu'elles imposent aux États ne s'appliquent pas au-delà des limites de la mer territoriale.

18. Il y a encore la Convention européenne sur les infractions visant des biens culturels (qui ne s'applique pas non plus au-delà des limites de la mer territoriale) et, surtout, un projet de convention sur le patrimoine culturel sous-marin, élaboré à la suite du rapport de Prott¹⁰.

19. Toutefois, il n'existe guère, dans ce domaine, de législation spécifique, en dehors de quelques rares exceptions (Australie : le Historic Shipwrecks Act de 1976¹¹; États-Unis d'Amérique : les R.M.S. Titanic Maritime Memorial Act de 1986¹² et Abandoned Shipwrecks Act de 1987¹³), auxquelles il faut ajouter une poignée de traités bilatéraux comme l'accord entre l'Australie et les Pays-Bas concernant les épaves d'anciens navires hollandais et un accord de 1978, entre l'Australie et la Papouasie-Nouvelle-Guinée, relatif à la délimitation des frontières maritimes.

4. Disposition des navires récupérés et des objets qui y sont découverts

Note

20. En admettant la licéité de l'accès au site, il faut se demander si l'inventeur acquiert un titre sur les objets qu'il a trouvés, ce qui soulève diverses questions :

a) Quels sont les tribunaux compétents pour connaître des contestations sur la propriété ? (Si l'on conférait cette compétence aux États côtiers jusqu'à la limite des 200 milles marins, la plupart des cas pourraient être réglés. En effet, les épaves sont le plus souvent découvertes dans ce périmètre puisque, historiquement, les routes commerciales longeaient les côtes, et les naufrages se produisaient quand, par suite de mauvais temps ou d'erreurs, les navires étaient obligés de trop s'en approcher);

b) Faudrait-il conférer à certains États des droits prioritaires ou préférentiels soit pour interdire la vente, soit pour acquérir l'épave ou son contenu ?

¹⁰ Lyndel V. Prott et P.J. O'Keefe. « Final report on legal protection of the underwater cultural heritage ». *Le patrimoine culturel sous-marin*, Conseil de l'Europe, 1978, appendice II, p. 45.

¹¹ *Acts of the Parliament of the Commonwealth of Australia*, n° 190, p. 1596.

¹² *United States Code Congressional and Administrative News*, 99th Congress, Second Session, 1986, vol. 2, p. 2082.

¹³ *United States Code*, éd. 1994, vol. 24, titre 43, par. 2101.

ADDITIF 3

ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS

SCHEMA GÉNÉRAL

1. L'une des principales réalisations de la Commission a été la codification du droit des traités, qui s'est traduite par l'adoption de deux grandes conventions, la Convention de Vienne sur le droit des traités, en 1969, et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, en 1986. Cette codification se poursuit actuellement par une étude sur les réserves aux traités, laquelle devrait, en principe, aboutir à l'adoption de principes directeurs à l'intention des États et des organisations internationales.

2. Cependant, le droit des traités est loin d'épuiser la matière beaucoup plus générale des « sources du droit international », qui était envisagée comme sujet de codification d'ensemble dans le mémorandum du Secrétariat établi à la première session, en 1949¹⁴. Cette matière elle-même ne se prête d'ailleurs pas à une codification complète, mais certains sujets plus précis semblent être arrivés à maturité et devraient pouvoir être étudiés avec fruit et faire l'objet de projets d'articles.

3. Parmi les sujets qui ont été proposés, le Groupe de planification est d'avis que celui des « actes unilatéraux des États » pourrait se prêter à un examen immédiat. En effet :

a) Il s'agit d'un sujet assez bien délimité, auquel plusieurs auteurs ont consacré d'importants travaux doctrinaux, mais sur lequel aucun organisme officiel international ne s'est encore penché;

b) Plusieurs arrêts de la CIJ, notamment dans les affaires des *Essais nucléaires*¹⁵, y font référence, mais ces célèbres dicta laissent subsister des incertitudes et des interrogations;

c) Les États recourent d'abondance à des actes unilatéraux, et l'on pourrait certainement étudier leur pratique pour en tirer des principes juridiques généraux;

d) Même si le droit des traités et le droit applicable aux actes unilatéraux des États diffèrent à bien des égards, le droit des traités existant offre certainement un utile point de départ et un cadre de référence pour abor-

der l'examen des règles se rapportant aux actes unilatéraux.

4. Le présent schéma général n'a qu'un caractère préliminaire et demandera à être affiné et examiné plus en détail avant d'être adopté de façon effective par la Commission aux fins d'étude.

1. Définition et typologie

a) Définition

Distinction par rapport aux :

- i) Instruments unilatéraux non obligatoires;
- ii) Traités (possibilité d'« actes plurilatéraux » [« actes unilatéraux collectifs »] ?);

Note

5. Il conviendra naturellement de voir s'il y a lieu de procéder à ces comparaisons au début ou à la suite de la définition.

- iii) Critère fondamental : la volonté de se lier;
- iv) Grande variété de formes (cf. affaire des *Essais nucléaires*); possibilité d'actes unilatéraux verbaux (cf. affaire de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*¹⁶); le silence ?

Note

6. La question de savoir si le silence équivaut ou non à un acte unilatéral est difficile à trancher. La Commission souhaitera peut-être décider à un stade précoce si elle a l'intention d'inclure cette question dans son étude.

- v) Soumission au droit international;
- vi) L'auteur — attribution à l'État :
 - a. Non-pertinence des fonctions de l'organe étatique en cause (exécutif ou législatif; judiciaire ?);

¹⁴ Voir *supra* chap. VII, note 250.

¹⁵ *Essais nucléaires* (Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France), arrêts du 20 décembre 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253 et 457.

¹⁶ Arrêt, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 38.

- b. Nécessité de la capacité de lier l'État sur le plan international;
- c. Problèmes relatifs au démembrement de l'État et à la succession aux actes unilatéraux;

Note

7. Selon toute probabilité, le droit des traités offre des principes directeurs utiles pour ce qui est de cette dernière question; cependant, cela ne signifie pas que les règles du droit des traités concernant la capacité puissent être purement et simplement transposées aux actes unilatéraux.

b) Typologie

- i) « Bilatéral » (s'adressant à un autre État déterminé); « plurilatéral » (s'adressant à l'ensemble de la communauté internationale);
- ii) Actes « autonomes » (notification, reconnaissance, acquiescement, protestation, renonciation, promesse, etc.) liés à des traités (par exemple, déclarations facultatives en vertu du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la CIJ, ou notifications en application d'une disposition conventionnelle).

Note

8. Là encore, la typologie très approximative proposée ci-dessus doit être considérée avec circonspection; elle ne figure ici que pour illustrer les problèmes que soulève le sujet ainsi que leur complexité, et en aucune façon à titre de classification définitive. Par ailleurs, il est vraisemblable que les principes repris dans les sections 2 à 4 ci-après ne sont pas applicables uniformément à toutes les variétés d'actes unilatéraux et demandent à être différenciés.

2. Effets juridiques et application

- a) Caractère obligatoire des actes unilatéraux pour l'« État auteur » :
 - i) Le principe des « *Essais nucléaires* »;
 - ii) Conséquences juridiques :
 - a. Application de bonne foi (*acta sunt servanda*);
 - b. Création de droits pour les autres États (*acta tertiis prosunt*);
 - c. Conditions auxquelles est soumise la possibilité pour les autres États d'invoquer des actes unilatéraux;

Note

9. Ces conditions diffèrent des « conditions de validité » dont il est question dans la section 3 ci-après; ici, le

problème consiste à déterminer quand un État (et quel État — ou autre sujet du droit international) peut invoquer un acte unilatéral.

b) Non-opposabilité aux autres États :

- i) Le principe : un État ne peut pas imposer d'obligations à d'autres États (*acta tertiis non nocent*);
- ii) Exceptions;
- iii) Acceptation formelle ou implicite par l'État ou les États « destinataires »;
- iv) Actes unilatéraux adoptés en application de règles générales du droit international;

Note

10. Un exemple de ce dernier type d'actes pourrait être la délimitation unilatérale de la mer territoriale ou de la zone économique exclusive en l'absence d'autre État côtier voisin.

c) Interprétation;

Note

11. Là encore, voir les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités; mais, comme la CIJ l'a déclaré, la transposition ne peut se faire qu'avec prudence.

3. Conditions de validité

a) Vices dans l'expression de la volonté de l'État :

- i) Vices entachant la capacité juridique de l'organe auteur de l'acte;
- ii) Erreur;
- iii) Vices liés au comportement de l'État ou des États « destinataires » :
 - a. Dol ?
 - b. Corruption;
 - c. Contrainte exercée sur l'État auteur de l'acte;
- iv) Actes contraires à une norme impérative du droit international général (*jus cogens*);

Note

12. Le droit des traités offre un point de départ indispensable mais n'est sans doute pas purement et simplement transposable.

b) Conséquences juridiques des vices entachant l'expression de la volonté;

- i) Procédure en cas de vices entachant l'expression de la volonté de l'État;

- ii) Nullité de l'acte et conséquences de celle-ci (conséquences variables selon le type de vice et aussi, sans doute, selon le type d'acte).

4. Durée de validité, modification et extinction

Note

13. C'est certainement là le problème le plus important qui se pose dans la pratique, et l'élément central de l'étude : nul ne peut sérieusement douter qu'un État soit lié par ses actes unilatéraux (voir les arrêts de la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*); mais il serait absurde de poser en principe que l'État qui a exprimé sa volonté ne peut jamais se rétracter. La jurisprudence internationale ne semble toutefois pas être d'une grande aide à cet

égard, et la Commission devra sans doute faire œuvre de développement progressif.

a) Extinction ou modification du fait de l'« État auteur » :

- i) Limitation expresse ou implicite de la durée;
- ii) Limitation générale du droit de l'État auteur de l'acte de mettre fin à celui-ci ou de le modifier;

b) Extinction ou modification du fait de circonstances extérieures :

- i) Changement fondamental de circonstances;
- ii) Impossibilité d'application;
- iii) Conflit armé ?
- iv) Succession d'États ?

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA QUARANTE-HUITIÈME SESSION

<i>Cotes</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/472 et Add.1	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la cinquantième session de l'Assemblée générale	Reprographié.
A/CN.4/473	Ordre du jour provisoire	Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir <i>supra</i> p. 12, par. 12.
A/CN.4/474 [et Corr.1]	Deuxième rapport sur la succession d'États et la nationalité des personnes physiques et morales, par M. Vaclav Mikulka, rapporteur spécial	Reproduit dans <i>Annuaire... 1996</i> , vol. II (1 ^{re} partie).
A/CN.4/475 [et Corr.1] et Add.1 [et Corr.1]	Douzième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Julio Barboza, rapporteur spécial	<i>Idem.</i>
A/CN.476 et Add.1	Huitième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial	<i>Idem.</i>
A/CN.4/477 [et Corr.1] et Add.1 [et Corr.1 et 4]	Deuxième rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, rapporteur spécial	<i>Idem.</i>
A/CN.4/478	<i>Idem</i> : annexe 1, bibliographie	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.522 et Corr.2	Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité : intitulés et textes des projets d'articles adoptés par le Comité de rédaction en seconde lecture aux quarante-septième et quarante-huitième sessions	Voir compte rendu analytique de la 2437 ^e séance, par. 7.
A/CN.4/L.523		[Cote non utilisée.]
A/CN.4/L.524 et Corr.1	Responsabilité des États : première partie du projet d'articles adoptée par la Commission en première lecture à sa trente-deuxième session, en 1980, et textes et intitulés des deuxième et troisième parties provisoirement adoptés en première lecture à la quarante-huitième session, en 1996	Texte reproduit dans <i>Annuaire... 1996</i> , vol. I, compte rendu analytique de la 2452 ^e séance, par. 5.
A/CN.4/L.525 et Add.1	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session : chapitre IV (Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)</i> . Pour le texte définitif, voir <i>supra</i> p. 79.
A/CN.4/L.526	<i>Idem</i> : chapitre premier (Organisation des travaux de la session)	<i>Idem</i> , voir <i>supra</i> p. 11.
A/CN.4/L.527 et Add.1 à 5, Add.6/Rev.1, Add.7 à 9, Add.10 [et Corr.1] et Add.11	<i>Idem</i> : chapitre II (Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité)	<i>Idem</i> , voir <i>supra</i> p. 15.
A/CN.4/L.528 [et Corr.1] et Add.1 à 3	<i>Idem</i> : chapitre III (Responsabilité des États)	<i>Idem</i> , voir <i>supra</i> p. 61.

Cotes	Titres	Observations et références
A/CN.4/L.529	<i>Idem</i> : chapitre V (Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international)	<i>Idem</i> , voir <i>supra</i> p. 82.
A/CN.4/L.530	<i>Idem</i> : chapitre VI (Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités)	<i>Idem</i> , voir <i>supra</i> p. 84.
A/CN.4/L.531 [et Corr.1] et Add.1/Rev.1	<i>Idem</i> : chapitre VII (Autres décisions et conclusions de la Commission)	<i>Idem</i> , voir <i>supra</i> p. 90.
A/CN.4/L.531/Add.2 à 4		[Cotes non utilisées.]
A/CN.4/L.531/Add.5 et 6	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session : chapitre VII (Autres décisions et conclusions de la Commission)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)</i> . Pour le texte définitif, voir <i>supra</i> p. 90.
A/CN.4/L.532 [et Corr.1 et 3]	Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité : intitulé et texte des articles adoptés par la Commission du droit international à sa quarante-huitième session	Reproduit dans le présent volume, voir <i>supra</i> par. 50.
A/CN.4/L.533 et Add.1	Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international : rapport du Groupe de travail	Reprographié. Pour le texte, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)</i> . Pour le texte définitif, voir <i>supra</i> p. 108, annexe I.
A/CN.4/L.534	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session : rapport du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme	<i>Idem</i> , voir <i>supra</i> p. 146, annexe II.
A/CN.4/SR.2426 à A/CN.4/SR.2473	Comptes rendus analytiques provisoires des 2426 ^e à 2473 ^e séances	Reprographié. Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 1996</i> , vol. I.
ILC(XLVIII)/DC/CRD.3	Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité : document établi par M. Christian Tomuschat	Reproduit dans <i>Annuaire... 1996</i> , vol. II (1 ^{re} partie).

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 be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult 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 dans 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 todas partes del mundo. Consulte a su librero o dirijase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.
