Document:-
A/CN.4/SR.2273

Compte rendu analytique de la 2273e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1992, vol. I

Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm)

Copyright © Nations Unies

cer pas à pas pour mettre au point un régime raisonnable, cohérent et acceptable.

22. M. KOROMA ne peut s'empêcher d'éprouver une certaine sympathie pour le Rapporteur spécial qui est sans cesse ballotté d'une position à une autre. La responsabilité internationale tire naturellement sa source de la responsabilité des États et il est inconcevable, en examinant le premier sujet, de faire totalement abstraction du second. Si la CDI voit cependant dans la responsabilité sans faute un sujet autonome, elle se doit de rester fidèle à sa décision; sinon, mieux vaudrait qu'elle renonce purement et simplement à son entreprise et qu'elle considère que la responsabilité sans faute est à étudier dans le cadre de la responsabilité des États. M. Koroma, quant à lui — et d'autres membres de la CDI partagent ce point de vue —, est convaincu du bien-fondé de la première hypothèse.

23. Par ailleurs, il va de soi que la prévention a sa place dans le présent sujet, mais est-ce le rôle de la CDI de dire aux États ce qu'ils doivent faire ou ne pas faire sur leur propre territoire ? M. Koroma ne le croit pas. Mais il en va différemment si l'on parle des espaces ne relevant pas des juridictions nationales, de l'environnement, de l'espace maritime.

24. M. Koroma ne pense pas que l'on puisse fonder la responsabilité sur le seul risque; par contre, si une activité à risque cause un dommage, il est alors naturellement possible de faire jouer la responsabilité. Le Rapporteur spécial a indiqué que les systèmes issus du droit romain ne connaissaient pas la responsabilité absolue; peut-être s'agit-il d'une question sur laquelle le Groupe de travail devrait se pencher, la notion de responsabilité objective n'étant pas étrangère aux autres systèmes juridiques.

25. M. Koroma conclut en insistant sur le fait que le sujet est bien ancré dans le droit, dans la doctrine comme dans la jurisprudence.

La séance est levée à 11 h 25.

2273e SÉANCE

Mardi 16 juin 1992, à 10 h 5

Président : M. Christian TOMUSCHAT

Présents : M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Bowett, M. Calero Rodrigues, M. de Saram, M. Fomba, M. Güney, M. Jacovides, M. Kabatsi, M. Koroma, M. Mahiou, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Rosenstock, M. Shi, M. Szekely, M. Vereshchetin, M. Villagran Kramer, M. Yamada, M. Yankov.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international *(suite)* [A/CN.4/443[1], A/CN.4/L.469, sect. D, A/CN.4/L.470, A/CN.4/L.476, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.2]

[Point 5 de l'ordre du jour]

HUITIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. BARBOZA (Rapporteur spécial), résumant le débat sur le sujet, dit que certaines des questions générales seront examinées par le groupe de travail officieux à composition non limitée qui doit être constitué et qu'il examinera d'abord la question de la prévention.

2. Certains membres se sont interrogés sur la notion de « prévention » après qu'un incident s'est produit. Le sens du terme est assez clairement défini au paragraphe 22 du sixième rapport[2] ainsi que dans les deux rapports suivants. Tous les instruments internationaux relatifs à la responsabilité pour des activités spécifiques que le Rapporteur spécial a consultés utilisent ce terme dans le même contexte. Quant aux mesures de prévention avant qu'un incident se produise, certains membres ont estimé qu'elles devaient avoir un caractère obligatoire; d'autres membres ont accepté qu'elles fassent seulement l'objet de recommandations et qu'elles soient placées dans une annexe; d'autres encore préféreraient que l'on attende la fin des travaux sur le sujet avant de se prononcer sur la nature des mesures préventives. Un membre souhaitait que les organisations internationales jouent le rôle qui leur est assigné dans le sixième rapport.

3. L'idée de placer les mesures préventives dans une annexe vise précisément à les priver de tout caractère obligatoire. Quant à l'objection selon laquelle l'hypothèse développée dans son dernier rapport modifierait le sujet du projet en substituant à la responsabilité envisagée la responsabilité pour faute, les thèses qu'il a exprimées s'inspirent du raisonnement des juristes de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement. Il y a en principe une exception à l'illicéité, et le sujet s'inscrit dans le cadre de cette exception, comme le Rapporteur spécial entend le montrer. Il note, par ailleurs, que certains membres souhaitent que les activités à risque et les activités à effets nocifs soient traitées séparément.

4. Le projet d'article I, proposé pour l'annexe sur les mesures de prévention, prévoit une autorisation et une action préalables de l'État dans lequel les activités doivent être exercées et prescrit à cet État de s'assurer que les responsables de l'activité prendront des mesures de prévention. La seconde de ces propositions n'a suscité aucune opposition. La proposition d'autorisation préalable accompagnée d'une action préalable a par contre suscité un certain nombre d'observations. Un membre a estimé que chaque étape préalable devrait faire l'objet d'un article distinct, de manière à distinguer chaque aspect du mécanisme de prévention, et que la prévention devrait inclure l'obligation pour les exploitants de contracter une

---

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1992*, vol. II (1re partie).

[2] *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/428 et Add.1.

assurance, comme l'envisage le projet d'article 16 (Mesures unilatérales de prévention) proposé dans le sixième rapport[3]. En fait, pourvu qu'une telle obligation soit prévue dans le projet, peu importe l'endroit où on l'y place. Logiquement, l'obligation d'assurance doit être satisfaite avant que l'autorisation ne soit donnée, le but étant de garantir qu'une indemnisation pourra être payée. Toutefois, il importe de ne pas confondre le dommage et l'indemnisation. Selon une autre opinion, l'État devrait contraindre, et non inciter, les exploitants à exécuter leurs obligations de prévention. Mais il ne saurait être question d'obligations contraignantes dans ce qui n'est après tout qu'un ensemble de recommandations.

5. La proposition concernant l'autorisation préalable a été critiquée pour deux motifs : le premier est qu'il s'agissait d'une évidence qu'il n'était nul besoin d'énoncer expressément et le second est qu'une telle condition sera inacceptable pour les États puisqu'elle équivaudrait à une ingérence dans leurs affaires intérieures. Le Rapporteur spécial estime que l'autorisation préalable doit demeurer, car elle a pour effet de faire intervenir l'État concerné. Pour ce qui est de l'évaluation de l'impact du dommage transfrontière, il estime lui aussi qu'il faut prévoir un seuil, par exemple que le dommage doit être « important », peut-être en précisant dans une disposition relative aux expressions employées que par dommage ou risque l'on entend toujours dommage ou risque important.

6. Les projets d'articles IV et VI, relatifs aux consultations préalables, ont été les plus commentés, et l'on a dit qu'il fallait supprimer l'article IV. On a argué que, si des activités à effets nocifs avaient pour conséquence un dommage transfrontière important, ces activités devaient en principe être interdites en vertu du droit international général, et que la question relevait dès lors de la responsabilité internationale pour faute. Si ces activités étaient autorisées sous certaines conditions, l'article VI suffisait à couvrir les deux types d'activités, à savoir les activités à effets nocifs et les activités comportant un risque. Dans un cas comme dans l'autre, les États concernés étaient tenus d'engager des consultations. Il existe néanmoins une différence entre les consultations prévues dans chaque cas. À l'article VI, il est prévu que les États se consultent « au besoin », parce que le dommage est potentiel, alors que, à l'article IV, les consultations sont considérées comme essentielles parce que l'État d'origine ne peut autoriser l'activité en question en leur absence. Si l'activité est autorisée sous certaines conditions, on peut supposer que des avantages seront offerts à l'État affecté sous la forme d'une indemnisation et qu'ils seront indiqués au cours des consultations.

7. De plus, ainsi que les juristes de la Commission Brundtland l'ont reconnu[4], si le dommage causé par l'activité est substantiel mais bien inférieur au coût socio-économique et technique général de sa prévention ou de sa réduction, l'État d'origine doit engager des négociations avec l'État affecté afin que l'activité puisse être menée dans des conditions techniques et financières équitables. Comme le Rapporteur spécial l'explique dans son rapport, jusqu'à ce que de telles consultations aient eu lieu, les activités à effets nocifs ne pourraient être considérées ni comme vraiment licites ni comme vraiment illicites. L'activité pourrait donc être autorisée si la balance des intérêts penche en sa faveur. Il appartiendrait à l'État affecté d'en décider, puisque l'État d'origine négocierait avec un handicap, à savoir que l'activité qu'il se propose d'autoriser est en principe interdite, une circonstance qui donne pratiquement un droit de veto à l'État affecté. On a demandé pourquoi des consultations devraient avoir lieu lorsque l'État d'origine sait que l'activité en question causera un dommage transfrontière. La réponse est que l'État d'origine peut considérer que l'application du critère de l'équilibre des intérêts se révélera favorable à l'activité et que l'État affecté pourrait donner son accord si on lui offre certains avantages à titre de compensation. De plus, le dommage devant être causé peut n'être pas important aux yeux de l'État affecté, par exemple s'il doit se produire dans une région déserte.

8. En ce qui concerne le projet d'article V, relatif aux solutions de rechange pour les activités à effets nocifs, on a fait observer que le libellé actuel privait l'État d'origine de la faculté de mener ou de réglementer l'activité en cause. Naturellement, l'État d'origine peut de son propre chef refuser une activité qui causera nécessairement un dommage ou un dommage ne pouvant être adéquatement réparé. Dans un tel cas, l'État affecté n'aura nul besoin de demander quoi que ce soit, mais, si l'État d'origine lui refuse toute indemnisation, il pourra lui demander de rechercher des solutions de rechange. On a aussi objecté que l'article V ne protégeait pas suffisamment l'État affecté dans de tels cas, et qu'il convenait d'interdire purement et simplement l'activité en question.

9. Pour un membre, il fallait définir plus précisément l'objet des consultations prévues dans le projet d'article VI. On a, à juste titre, fait observer, en ce qui concerne le projet d'article VII, qu'on ne pouvait compter que l'État d'origine appliquerait toutes les dispositions du projet d'article II de l'annexe, mais uniquement celles relatives à la procédure de consultations. On a également critiqué la dernière phrase de cet article.

10. Comme indiqué au cours du débat, la référence dans le projet d'article VIII aux consultations organisées en application des projets d'articles III et V est incorrecte : c'est aux articles IV et VI que l'article VIII devrait renvoyer. On a aussi demandé pourquoi il doit y avoir une procédure de règlement des différends si les activités en question ne sont pas illicites. Un mécanisme de règlement permettant de régler les différends surgissant au cours de négociations engagées pour arrêter un régime d'un commun accord relèverait plutôt de la conciliation. Le Rapporteur spécial indique, toutefois, qu'il a voulu proposer une procédure permettant d'établir les faits concernant l'activité : déterminer, par exemple, si le dommage est inévitable, si certains éléments peuvent être remplacés pour rendre l'activité acceptable, si le dommage serait réellement important et si la balance des intérêts penche en faveur de la licéité de l'activité. Selon les circonstances, une procédure de conciliation peut aussi être appropriée. La procédure doit demeurer souple; les dispositions n'ayant valeur que de recommanda-

[3] Ibid., annexe.

[4] Voir 2268e séance, note 11.

tions, il n'est pas possible d'entrer dans les détails. À l'évidence, si les dispositions relatives à la responsabilité sont obligatoires, le dommage sera indemnisé; si elles ne le sont pas, le droit international général devra combler la lacune. Les obligations procédurales détaillées (chapitre III du projet d'articles) que le Rapporteur spécial avait initialement proposées dans son cinquième rapport[5] ont été considérées comme trop lourdes pour l'État d'origine, et on lui a donc demandé de proposer une procédure simplifiée. C'est ce qu'il a tenté de faire dans son sixième rapport, mais il s'est révélé difficile de faire accepter des dispositions de procédure obligatoires. C'est pourquoi il a conçu l'idée de recommandations très générales. Si une activité nouvelle prévue dans l'État d'origine suscite des objections de la part d'un État susceptible d'être affecté, des consultations peuvent être le moyen de régler la difficulté. En l'absence de procédure détaillée, on recommandera aux États de coopérer et de faire montre de la bonne foi qui doit être inhérente à toutes les transactions internationales.

11. Quant au projet d'article IX, relatif aux facteurs de l'équilibre des intérêts, les opinions sont partagées au sein de la Commission. Un membre s'est déclaré totalement abasourdi, estimant que cette disposition n'avait sa place ni dans une convention ni dans une recommandation et qu'elle ne pouvait constituer qu'un commentaire. Le Rapporteur spécial a, quant à lui, toujours pensé que le projet d'article IX, initialement l'article 17, n'avait pas sa place dans un ensemble de règles juridiques obligatoires, mais qu'il pouvait l'avoir dans des recommandations placées dans une annexe. Néanmoins, après y avoir plus longuement réfléchi, il doit admettre que cet article joue un rôle important, puisqu'il aide à déterminer le caractère de l'activité en question : si la balance des intérêts penche en faveur de l'activité, celle-ci peut en principe être considérée comme n'étant pas interdite par le droit international. Dans le cas d'une activité à effets nocifs, il sera possible de tenir des consultations pour que l'activité soit considérée comme licite. De l'avis d'un membre, la notion d'équilibre des intérêts consacrée dans le projet d'article IX doit refléter les vues exposées dans le rapport et distinguer entre activités à risque et activités à effets nocifs. Peut-être cet article pourrait-il être révisé, afin qu'il reflète le critère de l'égalité énoncé par la Commission Brundtland dans son rapport[6].

12. La définition du risque a donné lieu à des échanges de vues. Le rapport lui-même indique que le texte de la définition doit être partagé entre l'article 2 et un commentaire, et cette proposition a recueilli un certain appui au sein de la Commission. Selon un membre, il n'était pas nécessaire d'introduire la notion de « risque important »; le risque serait fonction de l'État sur le territoire duquel l'activité était exercée. Par exemple le risque inhérent à l'exploitation d'un réacteur nucléaire dans un État utilisant une technologie de pointe serait moindre que celui posé par un réacteur nucléaire exploité dans un autre État utilisant une technologie plus élémentaire. La définition ne vise cependant pas à parvenir à une estimation uniforme des degrés du risque; on pourra parvenir à une estimation différente si l'État d'origine présente des preuves suffisantes. Un seuil du risque doit toutefois être franchi pour que l'activité relève des projets d'articles. On peut arriver à une estimation équitable de l'importance du risque en mettant en balance l'ampleur du dommage potentiel et la probabilité de sa réalisation.

13. Pour ce qui est de la définition du dommage, on a dit qu'il était préférable de ne pas définir ce qu'était un dommage « significatif » ou « important », et que cette tâche pouvait être laissée aux tribunaux. Un membre ne pouvait souscrire à la définition proposée à l'alinéa *c* du paragraphe 10 de l'article 1 de 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 cité dans le rapport, qui apparemment confond le dommage et ses conséquences. Dans cette convention, le terme utilisé est « coût », c'est-à-dire le coût de remise en état de l'environnement, un critère qui est en lui-même une mesure du dommage. Entre cette notion et celle d'indemnisation ou de réparation du dommage, il n'y a qu'un pas, que personne n'hésitera à franchir. Des préoccupations se sont aussi exprimées au sujet du dommage causé aux zones ne relevant pas de la juridiction nationale d'un État. La Commission n'a cependant pas définitivement décidé d'inclure ces zones dans le champ d'application du projet. On a au contraire envisagé d'en faire l'objet d'un sujet distinct, auquel l'additif au sixième rapport pourrait servir d'introduction.

14. Personnellement, le Rapporteur spécial ne voit pas le parallèle fait par un membre entre « responsabilité *(liability)* » et « responsabilité ». Ces deux notions peuvent tout au plus être représentées par deux lignes qui se croisent. Si le facteur créant la responsabilité *(liability)* est le risque et celui qui donne naissance à la réparation le dommage, comment peut-on faire un parallèle avec la responsabilité pour faute, puisque le facteur donnant naissance à cette dernière est le manquement à une obligation ? Le dommage matériel, en tant qu'il est à l'origine de la réparation, est le seul point où les deux lignes se croisent. On doit avoir deux considérations à l'esprit en ce qui concerne le dommage matériel. Premièrement, il y a les obligations de comportement, et un dommage matériel n'est pas nécessaire pour qu'il y ait manquement à une de ces obligations; un tel dommage n'est donc pas un facteur donnant naissance à la réparation. Deuxièmement, la réparation elle-même a une signification complètement différente dans les deux cas. Dans le cas de la responsabilité pour faute, la réparation naît de la nouvelle obligation découlant du manquement à l'obligation primaire; le risque ne joue aucun rôle dans la détermination de cette responsabilité. Dans le cas de la responsabilité *(liability)*, l'indemnisation n'a rien à voir avec le manquement à une obligation, puisqu'elle est partie intégrante de l'obligation primaire. Lorsque l'obligation primaire n'est pas exécutée, la seconde obligation, celle de réparer, prend effet. Cette seconde obligation existait dès le départ pour le cas où l'obligation primaire ne serait pas exécutée. Elle ne doit pas être confondue avec l'indemnisation primaire, consistant en une sorte de garantie pour le risque créé.

[5] *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/423.

[6] Voir 2268e séance, note 11.

15. Enfin, il faut attendre que le groupe de travail ait examiné les projets d'articles avant de décider de les renvoyer au Comité de rédaction.

16. Le PRÉSIDENT dit qu'une réunion du groupe de travail officieux à composition non limitée doit se tenir dans la journée. Aucune décision de renvoyer les projets d'articles au Comité de rédaction ne sera prise tant que le groupe de travail ne les aura pas examinés.

Il en est ainsi décidé.

Responsabilité des États *(suite*)* [A/CN.4/440 et Add.1[7], A/CN.4/444 et Add.1 à 3[8], A/CN.4/L.469, sect. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 et Corr.1 et Add.1 à 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 et 4]

[Point 2 de l'ordre du jour]

TROISIÈME ET QUATRIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

ARTICLE 5 *bis et*

ARTICLES 11 À 14[9] *(suite)*

17. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter son quatrième rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/444 et Add.1 et 2).

18. M. ARANGIO-RUIZ (Rapporteur spécial) dit que, à ce stade, il limitera sa présentation à la première partie de son quatrième rapport, publié sous la cote A/CN.4/444, et aux projets d'articles proposés 11 et 12, qui se lisent comme suit :

Article 11. — Contre-mesures d'un État lésé

Un État lésé dont les demandes, au titre des articles 6 à 10, n'ont pas reçu une réponse satisfaisante de la part de l'État qui a commis le fait internationalement illicite est en droit, sous réserve des conditions et des restrictions énoncées dans les articles suivants, de ne pas s'acquitter d'une ou de plusieurs de ses obligations à l'égard dudit État.

Article 12. — Conditions du recours à des contre-mesures

1. Sous réserve des dispositions énoncées aux paragraphes 2 et 3, un État lésé ne prend aucune mesure du type visé à l'article précédent avant :

***a*) d'avoir épuisé toutes les procédures de règlement amiable disponibles en vertu du droit international général, de la Charte des Nations Unies ou de tout autre instrument relatif au règlement des différends auquel il est partie; et**

***b*) d'avoir fait part de son intention, à temps et dans les formes requises.**

2. La condition énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe précédent ne s'applique pas :

***a*) lorsque l'État qui a commis le fait internationalement illicite ne coopère pas de bonne foi au choix et à la mise en œuvre des procédures de règlement disponibles;**

***b*) aux mesures conservatoires prises par l'État lésé, en attendant qu'un organe international se soit prononcé sur l'admissibilité de ces mesures dans le cadre d'une procédure de règlement par une tierce partie;**

***c*) à toute mesure prise par l'État lésé, si l'État qui a commis le fait internationalement illicite ne respecte pas la mesure conservatoire indiquée par cet organe.**

3. Les exceptions énoncées au paragraphe précédent ne s'appliquent pas lorsque la mesure envisagée n'est pas conforme à l'obligation de régler les différends de telle manière que la paix et la sécurité internationales, ainsi que la justice, ne soient pas mises en danger.

Les autres parties du rapport (A/CN.4/444/Add.1 et 2) et les projets d'articles qui y sont proposés seront présentés lors d'une séance ultérieure, les documents en question venant juste d'être distribués.

19. Le Rapporteur spécial indique que sa connaissance de l'espagnol est insuffisante pour qu'il puisse aborder le problème du manque de sources en espagnol, soulevé par M. Villagran Kramer (2267e séance); la modeste rémunération qu'il perçoit en tant que Rapporteur spécial ne lui permet pas d'obtenir une aide rémunérée à cet égard. Il prie donc instamment le secrétariat de fournir aux rapporteurs spéciaux des recueils d'extraits d'ouvrages juridiques espagnols. La même observation vaut évidemment pour les documents en arabe, en chinois et en russe.

20. Quelques membres de la Commission ont estimé que la pratique n'avait pas été examinée comme il se doit dans le troisième rapport (A/CN.4/440 et Add.1). En fait, elle ne l'a pas été du tout — et ce, intentionnellement —, sauf quand elle pouvait servir à cerner les problèmes examinés ou était reflétée dans la doctrine. Elle a délibérément été laissée de côté en prévision du quatrième rapport, comme il est de fait clairement indiqué dans l'introduction de celui-ci.

21. Le Rapporteur spécial précise que le projet d'article 11 comporte six caractéristiques essentielles. En premier lieu, le recours à des contre-mesures présuppose qu'un fait internationalement illicite a été commis. En d'autres termes, on ne peut douter que l'existence effective d'un fait internationalement illicite soit une condition fondamentale du recours à des contre-mesures.

22. En deuxième lieu, la référence aux « demandes, au titre des articles 6 à 10 » formulées par l'État lésé a une double fonction. Tout d'abord, elle annonce la condition importante selon laquelle une demande tendant à obtenir la cessation ou la réparation doit avoir été adressée à l'État contrevenant. Ensuite, elle met en lumière la différence — ou au moins l'une des différences — qui existe entre contre-mesures et légitime défense. À l'évidence, aucune demande n'est nécessaire pour recourir à la légitime défense en application de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. En troisième lieu, il y a une condition négative supplémentaire introduite par la référence à l'absence de réponse satisfaisante de l'État contrevenant. Le Rapporteur spécial indique qu'il propose provisoirement d'employer l'expression « réponse satisfaisante » afin de répondre aux exigences de sécurité des deux parties à la relation de responsabilité, ainsi qu'à l'exigence de souplesse, tout aussi importante. Toutefois, il n'exclut

* Reprise des débats de la 2267e séance.

[7] Reproduit dans *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie).

[8] Reproduit dans *Annuaire... 1992*, vol. II (1re partie).

[9] Pour le texte des projets d'articles proposés 11 et 12, voir *infra* par. 18; pour celui des projets d'articles 5 *bis*, 13 et 14, voir 2275e séance, par. 1.

pas que d'autres conditions soient ajoutées, qui requerraient, par exemple, une réponse en temps voulu.

23. En quatrième lieu, le Rapporteur spécial souligne qu'une distinction est faite entre « conditions » et « restrictions ». En cinquième lieu, les mots « de ne pas s'acquitter d'une ou de plusieurs de ses obligations à l'égard dudit État » énoncent la définition élémentaire et bien connue des contre-mesures, c'est-à-dire de ce qu'il préférerait appeler des représailles. Le seul point à relever à propos du membre de phrase en question est qu'il signifie que l'on abandonne la distinction entre les « mesures de réciprocité » — ou représailles —, d'une part, et d'autres contre-mesures « non réciproques » — ou représailles —, d'autre part. Le Rapporteur spécial juge cette distinction peu utile. Le précédent Rapporteur spécial, M. Riphagen, avait adopté une position de principe différente dans ses projets d'articles 8 et 9[10]. Pour sa part, le Rapporteur spécial regrette seulement qu'en abandonnant la distinction faite par son prédécesseur il se soit interdit d'utiliser le terme « représailles », techniquement correct.

24. En sixième lieu, le Rapporteur spécial attire l'attention sur la suppression proposée, dans l'article 11, des mots « pour protéger ses droits juridiques » ou « pour obtenir la cessation ou la réparation », qui figuraient dans les projets antérieurs. Le Rapporteur spécial propose d'éliminer ce type de libellé pour éviter de prendre position sur la question de la fonction des contre-mesures, examinée au chapitre Ier de son quatrième rapport. Comme il l'a expliqué dans son troisième rapport, il faut s'efforcer de tirer davantage d'enseignements de la pratique des États mais, comme il l'indique dans son quatrième rapport, cette pratique n'est pas assez révélatrice de la finalité et de la fonction de la réparation, notamment quant à la présence d'un élément punitif. Pour le Rapporteur spécial, bien que l'intention punitive soit probablement présente à l'esprit des organes étatiques qui décident de recourir à une contre-mesure contre un État auteur, il ne convient pas de reconnaître à l'État lésé un droit de punir correspondant. D'autre part, il serait tout aussi peu approprié d'indiquer expressément qu'on ne peut agir dans une telle intention. Cette question doit simplement être laissée à la pratique des États, sous réserve bien entendu de la règle générale de la proportionnalité. Personnellement, en tant qu'observateur des relations interétatiques, le Rapporteur spécial aurait tendance à dire que, en fait, les États se punissent les uns les autres, ce que la Commission a reconnu lorsqu'elle a adopté — au moins en plénière — l'essentiel du projet d'article 10 (Satisfaction et garanties de non-répétition). En tout état de cause, on ne saurait guère contester la fonction punitive des contre-mesures dans le cas des crimes, et le Rapporteur spécial, quant à lui, ne voit pas grande différence entre les « délits » les plus graves et les « crimes » visés dans l'article 19 de la première partie du projet [11].

25. Le Rapporteur spécial attire l'attention sur le fait que l'article 12 peut être scindé en quatre parties étroitement liées, mais distinctes. La première concerne la question de la communication préalable en général et est constituée par l'alinéa *b* de l'article 1er, qui vise à définir, certes en termes généraux, la condition qu'impliquent les mots « demandes, au titre des articles 6 à 10 » figurant à l'article 11, lorsqu'il n'y a pas de réponse satisfaisante. L'annonce des intentions de l'État lésé, à temps et dans les formes requises, a été considérée comme indispensable, non seulement par le précédent Rapporteur spécial, M. Riphagen, mais aussi par la Commission durant le débat sur la troisième partie du projet que celui-ci avait présentée. Deux observations s'imposent à cet égard. Premièrement, le Rapporteur spécial a, pour sa part, choisi de traiter la question dans la deuxième partie du projet, plutôt que d'attendre la troisième partie, qui contient les dispositions relatives à la mise en œuvre. La nécessité, pour l'État lésé, d'indiquer ses intentions de manière appropriée et en temps voulu doit être énoncée dès le début de la réglementation des contre-mesures, car il s'agit d'une condition du recours licite à des mesures unilatérales bien trop importante pour être placée dans la troisième partie, laquelle doit traiter d'un autre problème, à savoir les nouvelles obligations générales de règlement des différends concernant l'interprétation et l'application des règles contenues dans le projet.

26. Le projet d'article 12 diffère d'une autre manière des projets correspondants proposés par M. Riphagen, plus particulièrement des dispositions rigides proposées par le précédent Rapporteur spécial pour les articles 1 et 2 de la troisième partie[12]. En adoptant un libellé plus souple, le Rapporteur spécial espère, quant à lui, répondre à certaines des critiques adressées, au sein de la Commission, à ces dispositions détaillées.

27. Deuxièmement, et c'est le point le plus important, aux termes des alinéas *a* des paragraphes 1 et 2, l'État lésé doit avoir épuisé au préalable toutes les procédures de règlement des différends. La question avait été envisagée au paragraphe 1 de l'article 10 proposé par le précédent Rapporteur spécial dans les termes suivants :

> L'État lésé ne peut prendre aucune mesure en application de l'article 9 avant d'avoir épuisé les procédures internationales de règlement pacifique du différend auxquelles il pouvait avoir recours pour assurer l'exécution des obligations mentionnées à l'article 6[13].

28. La première différence importante entre ce libellé et celui qui est maintenant proposé est le critère de la disponibilité. Dans la proposition antérieure, le Rapporteur spécial fait remarquer qu'il était seulement fait référence à l'objet de la procédure internationale de règlement, à savoir « assurer l'exécution des obligations mentionnées à l'article 6 ». Dans le projet actuel, les sources de disponibilité sont beaucoup plus larges, puisqu'il s'agit « du droit international général, de la Charte des Nations Unies ou de tout autre instrument relatif au règlement des différends auquel [l'État lésé] est partie ». Dans le cadre de la proposition antérieure, il était entendu que seules étaient en principe disponibles les procédures de règlement par une tierce partie, susceptibles

[10] Pour le texte des projets d'articles 6 à 16 de la deuxième partie, renvoyés au Comité de rédaction, voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 20 et 21, note 66.

[11] Pour le texte, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 31.

[12] Pour le texte, voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), p. 37, note 86.

[13] Voir *supra* note 10.

d'être déclenchées par une requête unilatérale. Dans le nouveau texte, sont expressément visées toutes les procédures énumérées à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, de la négociation la plus simple aux formes les plus rigoureuses de règlement judiciaire devant la CIJ. De cette manière, une retenue maximale est imposée à l'État lésé pour l'empêcher de recourir prématurément à des représailles.

29. À la différence du texte antérieur, l'article 12 proposé n'omet pas de mentionner expressément — au bénéfice de l'État lésé — le facteur que représente la manière dont l'État auteur réagit aux tentatives de règlement du différend faites par l'État lésé par le biais d'une des procédures qui sont à sa disposition. L'alinéa *a* du paragraphe 2 dispose que la condition énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 1, à savoir l'épuisement préalable de toutes les procédures de règlement amiable disponibles, ne s'applique pas lorsque l'État qui a commis le fait internationalement illicite ne coopère pas de bonne foi au choix et à la mise en œuvre des procédures de règlement disponibles. Les propositions propres à améliorer ce libellé seraient les bienvenues, mais la disposition doit établir un certain équilibre dans la relation entre l'État lésé et les contrevenants s'agissant d'apprécier la satisfaction ou la non-satisfaction de cette condition essentielle de la licéité d'un acte de représailles qu'est l'épuisement des procédures de règlement disponibles. L'éventail de ces procédures ayant été élargi, il est à l'évidence essentiel d'exiger quelque chose de l'État auteur.

30. Le Rapporteur spécial signale que les alinéas *b* et *c* du paragraphe 2 sont très similaires aux dispositions correspondantes proposées par le précédent Rapporteur spécial. Il reviendra sur les différences éventuelles après avoir écouté les observations et les questions de ses collègues et il préfère attendre que le paragraphe 3 ait été commenté avant d'en discuter.

31. M. ROSENSTOCK dit que les troisième et quatrième rapports du Rapporteur spécial illustrent avec brio la démarche théorique et le raisonnement qui ont amené le Rapporteur spécial à proposer les projets d'articles 10 à 14, ainsi que des modifications aux articles 2 et 5. La Commission se trouve ainsi saisie des éléments essentiels d'un projet de convention, qui l'aideront dans son œuvre de codification et de développement progressif du droit de la responsabilité des États. Il reste cependant des problèmes à résoudre.

32. Tout d'abord, comme le Rapporteur spécial l'a admis, les projets d'articles de la troisième partie, qui ont été présentés par son prédécesseur et qui concernent le règlement des différends, ne sauraient être tenus pour généralement acceptables. Il n'est donc pas raisonnable, en élaborant les projets d'articles de la deuxième partie, de partir du principe que les gouvernements sont prêts à accepter la troisième partie, qui impose une procédure effective de règlement des différends — c'est-à-dire une procédure qui permettrait de rendre obligatoire une décision sur la question de l'illicéité du fait initial et d'exiger que la réparation se fasse sans retard. Les États pourront accepter pareil régime de règlement des différends dans un cas donné, et la deuxième partie peut être conçue de manière à les encourager à le faire. Il semble cependant illusoire de s'attendre que pareil régime soit accepté universellement pour l'ensemble du domaine du droit international et de fonder la deuxième partie sur cette prémisse.

33. M. Rosenstock estime que, sur certains points, le débat s'est égaré et a donné lieu à certaines déclarations indéfendables. Par exemple, il n'est ni nécessaire ni judicieux d'essayer de rouvrir le débat sur la question de l'étendue de l'interdiction des représailles armées, qui est bien circonscrite dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies[14] et les travaux préparatoires correspondants. De même, il n'est ni judicieux ni nécessaire d'essayer de rouvrir le débat sur la question de savoir si le mot « force », au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, s'entend de la force armée. Les spéculations sur les raisons qui ont fait que la proposition latino-américaine a été rejetée lors de la Conférence de San Francisco sont aussi vaines que contestables. Il est assurément troublant d'entendre invoquer la résolution 2131 (XX) de l'Assemblée générale, en date du 21 décembre 1965, pour remettre en question l'interprétation de longue date qui est donnée à ce propos. Le contexte dans lequel cette résolution a été adoptée, les déclarations faites à l'époque et les comptes rendus détaillés des débats qui ont eu lieu au sein du Comité spécial des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États et dans d'autres instances rendent pratiquement inutile toute tentative dans ce sens. Si la Commission doit chercher dans la Charte des Nations Unies le fondement du principe de non-intervention sous la forme sous laquelle il a été accepté en tant que règle importante en droit, mieux vaudrait qu'elle oriente ses recherches vers des dispositions autres que celle du paragraphe 4 de l'Article 2. Elle n'a heureusement pas à se livrer pour le moment à ce genre d'opération. Il est également troublant d'entendre un autre membre non seulement se livrer à l'exercice discutable consistant à accorder une valeur normative à la Définition de l'agression donnée par l'Assemblée générale[15], mais encore de la citer de façon erronée. Rien, dans la Définition de l'agression, ne dit que l'emploi de la force armée par un État agissant le premier constitue une présomption qu'une agression a été déclenchée : il y est question de « l'emploi de la force armée en violation de la Charte par un État agissant le premier ». En tant que participant aux négociations qui ont précédé l'adoption du texte en question, M. Rosenstock peut affirmer que ce point a joué un rôle crucial dans leur succès. Il est heureux que, là aussi, le débat ne doive pas être rouvert pour le moment, mais M. Rosenstock souhaite préciser les choses.

34. Le plus important cependant est que ces questions, et d'autres questions intéressantes abordées par le Rapporteur spécial, comme celle du champ de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, ne conditionnent pas vraiment l'achèvement des travaux de la Commission. Essayer de les traiter reviendrait à éloigner la possi-

[14] Voir 2265e séance, note 5.

[15] Voir 2267e séance, note 11.

bilité d'achever en temps utile ces travaux. De même, M. Rosenstock doute qu'il soit opportun de citer des commentaires éminemment restrictifs, formulés il y a plusieurs dizaines d'années par Hans Kelsen sur la sphère de compétences du Conseil de sécurité. Point n'est besoin de débattre de toutes ces questions, si intéressantes soient-elles, pour pouvoir mettre au point un projet d'articles concret sur la responsabilité des États.

35. S'agissant des projets d'articles, M. Rosenstock convient sans réserve que la légitimité des contre-mesures ou représailles, quelles qu'elles soient, est subordonnée à l'existence d'un fait illicite. Il n'est ni approprié ni raisonnable de prévoir des obligations de procédure en tant que conditions préalables supplémentaires. Même si la mise en place, dans le cadre de la troisième partie, d'un régime strict, largement accepté, permet de soumettre les contre-mesures à des conditions préalables, il n'en va pas de même pour les mesures conservatoires. Un État lésé est en droit de se protéger, dans certaines limites, mais il ne devrait pas être soumis à quelque condition préalable que ce soit.

36. En ce qui concerne les contre-mesures en général, par opposition aux mesures conservatoires, il semble raisonnable d'exiger de l'État lésé qu'il informe de ses exigences l'État auteur, mais il ne semble pas raisonnable d'exiger, à titre de condition préalable, l'épuisement de toutes les procédures de règlement amiable disponibles en vertu du droit international général. L'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 12 ne résout pas le problème. Comme les procédures internationales de règlement des différends sont lentes et longues, il serait plus raisonnable — et cela inciterait probablement l'État auteur à s'asseoir à la table des négociations — de soumettre les contre-mesures non à des conditions préalables mais, dans certaines circonstances, à des conditions postérieures — en d'autres termes, d'élaborer un régime prévoyant la suspension de l'exercice du droit d'imposer des contre-mesures si l'État auteur consent à une procédure de règlement des différends susceptible de déboucher sur une décision juridiquement contraignante quant à l'illicéité du fait et sur l'obligation de réparer. Aussitôt que l'État qui prend les contre-mesures a tout lieu de croire qu'il est engagé dans une procédure qui s'inscrit dans un ensemble d'institutions assurant un certain niveau d'exécution de la décision arrêtée, les contre-mesures perdent peut-être leur raison d'être, mais pas avant.

37. Quant à la proportionnalité, l'exactitude mathématique n'est ni possible ni souhaitable : ce qui est franchement disproportionné devrait être réglementé. Il est inutile de débattre de la question de savoir si une contre-mesure donnée est légèrement plus grave ou moins grave que le fait illicite dont elle est la conséquence. En substance, il conviendrait de tenir compte de l'importance des questions de principe que la violation initiale risque de poser, de même que du dommage subi ou, pour reprendre les termes du projet d'article 13, de « la gravité du fait internationalement illicite et de ses effets ». À cet égard, M. Rosenstock se demande si une disposition sur les critères de proportionnalité, formulée dans l'esprit de l'analyse faite au chapitre IV du quatrième rapport — qui va dans le bon sens —, ne permettra pas d'éviter d'avoir à établir une distinction quelconque fondée sur différents types de faits illicites perpétrés par un État. S'il est possible d'envisager des différences de degré appropriées, point n'est alors besoin de compliquer la tâche en s'efforçant — de façon discutable — de transposer, de la première partie, des différences de nature. Quant à la nécessité de se référer, comme le Rapporteur spécial le fait au chapitre IV de son rapport, aux « deux méfaits », sous-entendant par là une équivalence morale entre l'infraction et la réaction qu'elle suscite, c'est une autre affaire.

38. L'idée-force du projet d'article 14 (Contre-mesures interdites) est acceptable — encore qu'il soit préférable d'éviter trop de détails et que l'emploi d'expressions éminemment subjectives comme « susceptible de porter atteinte » ne soit ni avisé ni étayé par des règles coutumières ou autres. S'il faut concevoir une formulation spécifique sur ce point, au lieu de s'en tenir à une formulation générale fondée sur l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, mieux vaudrait s'inspirer du chapitre V, section C, du rapport, où il est question de mesures prises par un État afin de subordonner à ses intérêts l'exercice des droits souverains de l'État cible. De même, la référence qui est faite au fonctionnement normal de la diplomatie semble aller au-delà de ce qui est requis. M. Rosenstock ne peut s'empêcher de se demander si le Rapporteur spécial, en essayant de trop s'en prendre aux *dicta* de la CIJ relatifs aux régimes spéciaux, dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[16], ne crée pas des problèmes. Il serait bon d'indiquer, quelque part dans le commentaire, que la présence, dans le projet d'article 14, de l'alinéa *c*, iii, ne signifie pas que le *jus cogens* renvoie ou ne renvoie pas à une règle quelconque qui ne soit pas visée dans les autres alinéas.

39. Il n'est pas précisé dans le rapport s'il existe des obligations *erga omnes* non conventionnelles qui n'équivalent pas à des règles impératives.

40. M. Rosenstock souscrit aux arguments développés par le Rapporteur spécial en faveur de la suppression du projet d'article 2 de la deuxième partie : comme lui-même appuie toutes mesures qui permettraient de simplifier le texte sans y porter atteinte, il penche plutôt pour une suppression que pour une révision.

41. Les objections soulevées par le Rapporteur spécial en ce qui concerne les notions d'États non directement lésés, d'États spécialement atteints et d'États tiers semblent persuasives, en particulier lorsqu'il s'agit du droit à la cessation et du droit général à la réparation. L'article 5, tel qu'il a été initialement rédigé[17], ne semble pas régler dans son intégralité le problème de l'application, aux États différemment lésés, des articles de la deuxième partie qui suivent. Les chapitres VII et VIII du quatrième rapport semblent donner à penser qu'il n'y a pas là véritablement de problème, mais M. Rosenstock n'est pas sûr que cela soit vrai dans tous les cas. Il ne s'oppose pas au projet d'article 5 *bis* en tant que tel, encore qu'il n'ajoute, à son sens, rien d'essentiel, mais il préfère ne pas compliquer davantage le projet d'articles.

---

[16] Voir 2261e séance, note 5.

[17] Pour le texte, voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), chap. III.

42. M. Rosenstock ne pense pas qu'il convienne de supprimer toute la section consacrée aux contre-mesures, ni que cette suppression puisse faire naître des doutes quant à la reconnaissance de longue date des contre-mesures dans le droit international coutumier et quant à la justesse et à la clarté du libellé de l'article 8 de la première partie du projet. Il serait dommage d'abandonner la question des contre-mesures sans essayer de la traiter. Et si l'effort devait s'avérer trop grand, il serait possible d'envisager une démarche simplifiée avant que d'y renoncer purement et simplement.

43. À condition d'éviter d'aborder toutes questions inutiles, il devrait être possible, au cours du mandat des membres actuels de la Commission, d'achever l'examen en première lecture des deuxième et troisième parties du projet et de revenir sur certaines des questions complexes que pose la première partie. La Commission devrait établir son programme de travail dans cette perspective.

44. M. JACOVIDES rappelle qu'un certain nombre d'éléments importants concernant la nature et le rôle des contre-mesures ont déjà été mis en avant lors de l'examen par la Commission du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/440 et Add.1)[18]. En particulier, il a été noté que le champ d'application des contre-mesures devrait être restreint et défini dans un cadre étroit, que les contre-mesures devraient non pas avoir une finalité afflictive, mais viser à la restitution et à la réparation ou à l'indemnisation, et qu'elles devraient faire l'objet d'un régime large de règlement des différends par une tierce partie, qui aurait à être appliqué objectivement, le cas échéant. Il a été souligné de plus que — en vertu du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies — les contre-mesures armées sont interdites, que — en matière de contre-mesures — les règles impératives ne souffrent nulle dérogation et que d'autres facteurs de limitation — comme les violations des droits de l'homme fondamentaux — entrent aussi en jeu. Le fait que le troisième rapport a été critiqué ne porte en rien atteinte à ces éléments positifs.

45. M. Jacovides note qu'un autre élément positif s'est dégagé de l'étape initiale du débat : il s'agit des plans du Rapporteur spécial concernant la poursuite de l'examen du sujet. À cet égard, il est particulièrement important que la Commission achève, au cours du mandat quinquennal de ses membres actuels, l'examen d'un ensemble intégré de projets d'articles sur la responsabilité des États, assortis de commentaires. L'examen en deuxième lecture de la première partie ne devrait commencer que lorsque la Commission sera pratiquement certaine de pouvoir l'achever au cours de cette même période.

46. M. Jacovides se félicite de l'abondance de données juridiques que recèle le quatrième rapport du Rapporteur spécial, mais il estime qu'il est possible d'y ajouter des références à la doctrine et à la pratique des États, puisées dans la vie internationale contemporaine. Par exemple, il est d'autres données juridiques internationales qui décrivent bien mieux la situation à Chypre vue sous l'angle du droit international — y compris les débats au sein du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale, et les ouvrages spécialisés — que ne le laisse supposer la référence faite, en passant, à l'incident regrettable de Larnaca, au chapitre V du rapport.

47. Les procédures efficaces de règlement des différends par une tierce partie sont une condition *sine qua non* dans le droit international contemporain en général, surtout dans le domaine de la responsabilité des États et des contre-mesures, car elles protègent les petits États et les États militairement faibles. Il est désormais moins difficile que dans le passé d'incorporer ces procédures dans les grands traités normatifs et il conviendrait de s'efforcer de prévoir dans la troisième partie du projet un système de ce type. Selon M. Jacovides, le recours aux procédures de règlement des différends par une tierce partie, auxquelles l'État auteur et l'État lésé sont parties, est essentiel dans le cas des contre-mesures, et les exceptions devraient être interprétées de façon restrictive.

48. Pour ce qui est des effets juridiques du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, M. Jacovides convient avec feu sir Humphrey Waldock[19] que le recours aux représailles armées pour obtenir satisfaction en cas de préjudice ou l'intervention armée en tant qu'outil d'une politique nationale à des fins autres que la légitime défense sont illégaux au regard de la Charte.

49. Il ne suffit pas de dire que nul n'ignore l'existence des règles du *jus cogens*. Pour que ces règles acquièrent le degré d'objectivité et de prévisibilité qui s'impose, il faudra qu'un organe faisant autorité, comme la Commission, définisse leur contenu juridique. L'exemple par excellence de règle du *jus cogens*, à laquelle aucune dérogation n'est autorisée, est le principe de l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales, tel qu'il est énoncé au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et qui est désormais reconnu comme ayant acquis valeur de règle de droit international coutumier. Or, au chapitre V du quatrième rapport, ce principe est analysé séparément des règles du *jus cogens* et des obligations *erga omnes*. L'explication que donne le Rapporteur spécial n'est qu'en partie satisfaisante, et certains éclaircissements s'imposent. M. Jacovides admet cependant qu'il s'agit d'une question distincte, qui ne devrait pas être examinée forcément dans le cadre du sujet, déjà fort dense, de la responsabilité des États.

50. Dans l'ensemble, les projets d'articles 11 à 14 et 5 *bis* vont dans le bon sens, et M. Jacovides se félicite de ce que le Rapporteur spécial a inséré, dans les dispositions qu'il propose, un élément de développement progressif fondé sur des notions contemporaines du droit international.

51. M. Jacovides estime qu'il serait utile, par souci de précision et de cohérence avec l'intitulé de l'article 11 (Contre-mesures d'un État lésé), d'inclure dans le corps même du texte le mot « contre-mesures ».

[18] Voir 2265e séance, note 4.

[19] Pour la source, voir note pertinente dans doc. A/CN.4/444/Add.1.

52. S'agissant des conditions du recours à des contre-mesures, M. Jacovides accueille avec satisfaction le fait que, à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12, il soit question de l'épuisement de « toutes les procédures de règlement amiable disponibles en vertu du droit international général, de la Charte des Nations Unies ou de tout autre instrument relatif au règlement des différends auquel [l'État lésé] est partie », et que, à l'alinéa *b* du paragraphe 1, soit évoquée la nécessité pour l'État lésé de faire part de « son intention, à temps et dans les formes requises » de recourir à des contre-mesures. Il se félicite aussi de la réserve générale énoncée au paragraphe 3, qui concerne les exceptions énumérées au paragraphe 2 de l'article. Il serait cependant souhaitable que le Comité de rédaction examine la question de savoir s'il ne conviendrait pas de diviser l'article 12, qui est un peu lourd, en deux ou plusieurs articles.

53. S'agissant du projet d'article 13 (Proportionnalité), il eût été peut-être préférable d'essayer d'y donner une définition plus précise du champ d'application et du contenu du principe de proportionnalité, encore que, de façon générale, le libellé proposé aille dans le bon sens. M. Jacovides souhaiterait cependant que les mots « hors de proportion avec » soient remplacés par « disproportionnée par rapport à ».

54. Le projet d'article 14 (Contre-mesures interdites), où il est tenu compte des problèmes que M. Jacovides a évoqués antérieurement à propos des limitations de fond aux contre-mesures (2265e séance), est particulièrement satisfaisant. Il serait néanmoins souhaitable de remplacer les lettres des alinéas par des chiffres, et les chiffres romains minuscules des sous-alinéas par des lettres. Enfin, s'il est vrai que l'alinéa *a* renvoie à l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force en vertu de la Charte des Nations Unies, l'alinéa *c*, iii, renvoie, lui, aux normes impératives du droit international général, mais sans indiquer que l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales est une norme impérative par excellence. Il faudra trouver un moyen de rendre cette idée. Il ne fait aucun doute que, lorsque la teneur juridique précise de la notion de norme impérative aura été clarifiée, la Commission sera en mesure d'employer une terminologie plus précise. Sous réserve de cette observation, M. Jacovides est disposé à accepter le texte quant au fond, sinon quant à sa forme.

55. M. Jacovides espère que la Commission progressera régulièrement dans ses travaux sur le sujet, de manière à pouvoir en achever l'examen, au moins en première lecture, au cours du mandat quinquennal de ses membres actuels.

56. M. de SARAM dit que la question de ce que la Commission en est venue à considérer, depuis l'élaboration de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États, comme les contre-mesures qu'un État lésé pourrait prendre en réponse à un fait internationalement illicite, revêt une importance particulière et met en jeu des incertitudes et des divergences de vues s'agissant non seulement de problèmes techniques, mais aussi de problèmes de fond. C'est une question qui, comme le Rapporteur spécial l'a annoncé, appelle un examen attentif plus fouillé.

57. En premier lieu, M. de Saram souhaite s'assurer, notamment en tant que nouveau membre de la Commission, de ce que la Commission entend ou n'entend pas par le mot « contre-mesures ». La première des choses à faire en l'occurrence consiste à se reporter au paragraphe 3 du commentaire de la Commission relatif à l'article 30 (Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite), qui figure au chapitre V (Circonstances excluant l'illicéité) de la première partie du projet d'articles[20]. L'article 30 se réduit à une phrase seulement et prévoit que « 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 ». Or cette phrase est riche de conséquences et n'est pas aussi claire que pourraient le souhaiter les responsables gouvernementaux qui seront en définitive appelés à appliquer le futur instrument sur la responsabilité des États. Il reste que le paragraphe 3 du commentaire éclaire quelque peu les choses puisqu'il explique que :

> Les contre-mesures dont il est question dans cet article sont des mesures qui, par définition, ont une finalité de répression ou d'exécution — des mesures qui, dans d'autres conditions, comporteraient la lésion d'un droit subjectif à respecter du sujet à l'encontre duquel ces mesures sont appliquées. Cette caractéristique générale sert à distinguer l'application de ces contre-mesures, appelées parfois « sanctions », du simple fait de se prévaloir du droit d'obtenir la réparation des dommages subis... D'autre part, les contre-mesures... n'ont nullement à être comprises comme des mesures qui doivent comporter nécessairement l'emploi de la force armée[21].

M. de Saram croit donc comprendre que la Commission entend le mot « contre-mesures » au sens d'actes qui ne comportent pas l'emploi de la force armée.

58. Or la Commission distingue les contre-mesures, au sens de l'article 30 de la première partie du projet, de la légitime défense, au sens de l'article 34, de sorte que la légitime défense a un sens tout à fait différent de celui des contre-mesures. Qui plus est, bien que les limites extérieures de la légitime défense puissent être sujettes à controverses, il n'est plus possible, en tout cas pour l'Organisation des Nations Unies, de parvenir à une conclusion autre que la suivante : les représailles armées ou, pour reprendre les termes employés dans le commentaire de l'article 30, les contre-mesures comportant l'emploi de la force armée ne sont plus autorisées en droit international. Cela ressort sans ambiguïté du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, que l'Assemblée générale a adoptée par consensus[22].

59. M. de Saram croit aussi que, pour la Commission, les actes qui peuvent être inamicaux à l'égard d'un autre État, mais qui ne constituent pas une violation d'une obligation juridique internationale vis-à-vis de cet autre État — à savoir les mesures de rétorsion — ne relèvent pas du champ de ce que la Commission entend par le

---

[20] *Annuaire... 1979*, vol. II (2e partie), p. 128.

[21] Ibid.

[22] Voir 2265e séance, note 5.

terme « contre-mesures ». Il est toutefois à souligner que la disponibilité et l'efficacité des mesures de rétorsion, lesquelles pourraient être considérables dans un cas donné, risquent de susciter certaines questions quant à la nécessité, pour un État, de recourir à des contre-mesures.

60. M. de Saram ajoute que, pour la Commission, la faculté qu'un État lésé a de recourir à des contre-mesures n'est pas illimitée. Premièrement, il faut que l'État lésé soit convaincu de bonne foi qu'un fait internationalement illicite a été commis contre lui et que ce fait illicite peut être attribué à l'État contre lequel les contre-mesures sont appelées à être dirigées. Deuxièmement, afin de déterminer s'il est nécessaire de recourir à des contre-mesures et de distinguer un motif de « contre-mesures » d'un motif de « légitime défense », il importe, contrairement à ce qui se passe dans le cas de la légitime défense, que l'État lésé (État B) adresse tout d'abord une notification à l'État qu'il croit responsable du préjudice (État A); ce n'est qu'ensuite, à moins que l'État A ne cesse le fait illicite et accorde réparation, que l'État B devra recourir à des contre-mesures. Troisièmement, il existe cinq limitations absolues au recours aux contre-mesures — outre l'interdiction de l'emploi de la force armée —, que le Rapporteur spécial énumère aux alinéas *b* et *c* de l'article 14, à savoir : l'interdiction de tout comportement susceptible de porter atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique d'un État, ainsi que de tout comportement qui n'est pas conforme aux règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme fondamentaux, qui nuit gravement au fonctionnement normal de la diplomatie, qui est contraire à une norme impérative du droit international et qui constitue une violation d'une obligation d'un État tiers. Quatrièmement, comme le Rapporteur spécial le reconnaît dans le projet d'article 13 qu'il propose, il existe une limitation supplémentaire spécifique : toute contre-mesure qui pourrait être prise doit être proportionnelle au préjudice subi, même si, dans certains cas, le critère de proportionnalité peut être difficile à appliquer dans la pratique. Cinquièmement, l'article 35 de la première partie du projet contient une réserve générale, selon laquelle la question de l'indemnisation éventuelle des dommages résultant du recours à des contre-mesures demeure ouverte.

61. Selon M. de Saram, il y a, en outre, des problèmes particulièrement difficiles qui se posent dans les cas où deux, voire plusieurs États s'estiment lésés et, partant, en droit de recourir à des contre-mesures. Dès lors que la structure des relations juridiques applicables est essentiellement bilatérale, il devient relativement aisé, en pareil cas, de déterminer les États qui sont lésés, la mesure dans laquelle ils sont en droit de prendre des contre-mesures, ou encore de régler la question de la proportionnalité — de façon collective ou individuelle — des contre-mesures. Mais les problèmes risquent de devenir plus complexes lorsque la structure des relations juridiques applicables n'est pas bilatérale et qu'il existe en outre, dans le cadre de cette structure, un mécanisme institutionnel prévoyant lui-même des procédures de règlement des différends, des actions correctives ou des sanctions. Le problème peut se compliquer davantage encore dans les cas où il est possible de recourir non seulement aux procédures établies dans le cadre du régime applicable considéré mais encore aux mesures autorisées par le droit international général : cette façon de faire semblerait envisageable, sauf si un accord préalable entre les parties — qu'il soit exprès ou tacite — l'interdisait, encore que, une fois de plus, cela puisse ne pas ressortir clairement du traité multilatéral.

62. La question fondamentale se pose alors de savoir si, abstraction faite du cas des relations conventionnelles, les « contre-mesures » peuvent constituer, dans la pratique, une procédure suffisamment bien comprise et claire pour que la Commission l'accepte et la recommande en tant que procédure juridique « de contrainte » — en droit international contemporain et futur — dans les relations entre États.

63. De plus, en réaction à un fait internationalement illicite, l'État lésé peut recourir à un certain nombre de mesures, notamment aux procédures de règlement des différends, aux mesures de rétorsion et aux protestations diplomatiques, dont les effets, si ces mesures sont prises avec la vigueur nécessaire, ne peuvent être considérés comme négligeables. En conséquence, M. de Saram se demande s'il est nécessaire que la Commission, ayant en vue l'avenir, prescrive que l'État qui se considère lésé puisse effectivement « se faire justice » lui-même, d'autant plus que la capacité de prendre des contre-mesures effectives varie considérablement d'un État à l'autre et que la notion même de « contre-mesures » semble être contraire à certains des principes généraux fondamentaux sur lesquels s'appuie désormais la communauté juridique internationale : l'égalité souveraine des États, l'égalité devant la loi, le règlement des différends par le biais de procédures convenues, etc.

64. M. de Saram note que l'on a cependant relevé — et il s'agit d'un aspect qu'il convient d'examiner avec attention — des cas, dont on ignore s'ils sont fréquents, qui ne relèvent pas du champ des relations conventionnelles et ne tombent donc pas sous le coup des dispositions de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, cas dans lesquels un État est conscient d'avoir violé une obligation, mais n'en demeure pas moins indifférent aux préoccupations de l'État lésé et sourd à ses demandes d'engager des négociations en vue du règlement du différend. Il a été dit qu'en tel cas les contre-mesures représentent le seul moyen réaliste et équitable. S'il en est ainsi, M. de Saram pense qu'il y a de bonnes raisons de demander également que la question des « contre-mesures » — en dehors, évidemment, de ce qui peut avoir été convenu par voie de convention — ne soit examinée qu'en rapport étroit avec les procédures de règlement des différends, dans lesquelles elle doit s'imbriquer. Les contre-mesures doivent être soumises à toutes les limitations qui s'imposent pour empêcher qu'il y soit fait recours de façon déraisonnable ou inéquitable. Cela se reflète dans les projets d'articles 11 et 12, proposés par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport.

65. M. de Saram fait observer qu'il y a un autre aspect, fondamental, qui mériterait d'être examiné, peut-être en deuxième lecture de la première partie du projet d'articles. L'article 30 (Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite) figure au chapitre V (Circonstances excluant l'illicéité) de la première partie du projet, ce qui signifie qu'une contre-mesure, bien

qu'étant une violation d'une obligation internationale, n'est pas, dans les circonstances considérées, un fait « illicite » et est donc, en d'autres mots, un acte « licite » ou autorisé. M. de Saram se demande cependant pourquoi cette proposition n'a pas été inversée : constituant une violation d'une obligation internationale, la contre-mesure serait elle-même réputée être un fait illicite, à moins que l'État qui y recourt ne soit en situation d'établir les circonstances qui en excluent l'illicéité. La question n'est pas secondaire : elle est la question clef pour établir la charge de la preuve dans un cas donné et revêt une grande importance car elle peut soit grandement faciliter la procédure internationale, soit l'entraver, lorsque, par exemple, l'obtention des témoignages nécessaires pose des difficultés particulières. Il semble donc à M. de Saram que la question de l'orientation fondamentale de l'article 30 de la première partie du projet devra, à un moment donné, être examinée plus avant.

66. M. GÜNEY dit que la question des contre-mesures est une des plus délicates et complexes à traiter. Il n'en faut pas moins préciser les conditions dans lesquelles un État lésé peut recourir à des contre-mesures. Il faudra faire preuve, à cet égard, d'imagination et d'ouverture d'esprit.

67. M. Güney juge le mot « contre-mesures » préférable au mot « représailles ». Les représailles sont une violation du droit et sont associées à l'emploi de la force : elles ne devraient donc être envisagées que dans des cas très exceptionnels. La légitimité des contre-mesures que les États peuvent prendre s'inscrit dans des limites qui ont nom interdiction de l'emploi de la force, respect des droits de l'homme et inviolabilité des personnes bénéficiant d'une protection. De façon générale, les contre-mesures ne peuvent être prises que dans le respect des règles fondamentales du droit international, sans y inclure en particulier les règles impératives, à propos desquelles des divergences d'opinions subsistent.

68. Les contre-mesures ne sont légitimes qu'en réaction à un fait manifestement illicite. L'État qui y recourt en l'absence d'un fait illicite le fait à ses propres risques et doit être tenu pour responsable de ses actes. Avant que de prendre des contre-mesures, quelles qu'elles soient, l'État lésé doit établir l'existence du fait illicite ou la présomption de culpabilité. De plus, il doit adresser à l'État qui a commis le fait internationalement illicite une demande de cessation ou de réparation.

69. M. Güney se félicite de la tentative faite par le Rapporteur spécial pour élucider le principe de proportionnalité, qui fait fonction de contrepoids à l'inégalité. Les contre-mesures qui sont hors de proportion par rapport à la nature du fait illicite et au dommage qui en résulte peuvent faire naître une responsabilité de l'État qui y recourt. À cet égard, le projet d'article 13, qui concerne la proportionnalité, devrait faire état du dommage né d'un fait internationalement illicite. Le Rapporteur spécial devrait également s'arrêter sur les circonstances dans lesquelles le fait, pour un État, de ne pas réparer un acte illicite pourrait être réputé être un acte illicite secondaire.

70. La question de la suspension ou de l'extinction des traités en réponse à un fait internationalement illicite mérite un examen plus approfondi. Il n'est cependant pas judicieux de traiter, dans le projet d'articles à l'examen, de ce domaine particulier du droit, qui est déjà régi de façon satisfaisante par les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

71. Sauf lorsque les faits constituent une menace pour la vie ou l'intégrité physique des individus, ou donnent lieu à des dommages irréparables, un État ne saurait en aucun cas recourir légitimement à des contre-mesures avant que d'avoir fait appel à telle ou telle des procédures de règlement pacifique des différends énoncées à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies.

72. M. Güney dit que la responsabilité des États est une matière qui suscite un vif intérêt au sein de la Commission. Pour faire œuvre utile, celle-ci devrait progresser rapidement dans ses travaux, en vue d'achever l'examen du sujet ou, du moins, d'entreprendre l'examen en seconde lecture du projet d'articles. Dans cette perspective, il serait utile que le Rapporteur spécial dresse un projet de plan de travail avant la fin de la session en cours.

73. M. SHI dit que le quatrième rapport du Rapporteur spécial ne peut que le conforter dans les vues qu'il lui a été déjà donné d'exprimer à propos des contre-mesures. Les contre-mesures constituent un sujet controversé : loin de refléter des règles de droit international généralement admises, elles ne sont que des rapports de force déguisés. Elles ne se prêtent pas à la codification ou au développement progressif du droit. De plus, elles ne relèvent pas du champ d'application du sujet de la responsabilité des États.

74. M. Shi rappelle que le fait d'incorporer les contre-mesures dans le projet d'articles revient, pour les États petits ou faibles, à légitimer une notion controversée; pour les États forts et puissants, tout régime strict de contre-mesures serait inacceptable. En outre, certains membres de la Commission estiment qu'il est difficile, voire impossible, d'élaborer des articles sur le règlement des différends qui soient acceptables pour tous les États. En conséquence, M. Shi propose d'exclure du sujet de la responsabilité des États tout article sur les contre-mesures et le règlement des différends. Le règlement des différends pourrait même faire l'objet d'un sujet distinct, car il n'a aucun lien inhérent avec le sujet à l'examen. Par ailleurs, l'article 19 de la première partie du projet est controversé, non réaliste et contestable quant à son bien-fondé : il conviendrait d'y revenir lors de l'examen du projet d'articles en deuxième lecture.

75. Par sa résolution 46/54 du 9 décembre 1991, l'Assemblée générale a prié la Commission d'indiquer les questions spécifiques à propos desquelles il serait particulièrement intéressant que les gouvernements expriment leurs vues. La Commission est arrivée, dans ses travaux sur le sujet à l'examen, à la croisée des chemins. Il est grand temps qu'elle prenne une décision hardie ou, si elle n'est pas en mesure de le faire, qu'elle sollicite les vues des gouvernements sur la question. Elle devrait donc renvoyer à l'Assemblée générale la question de l'opportunité d'inclure, dans le présent projet, des articles sur les contre-mesures et le règlement des différends.

76. M. ARANGIO-RUIZ (Rapporteur spécial) souligne que plus d'une de ses déclarations antérieures montrent qu'il comprend parfaitement les vues exprimées par M. Shi quant aux procédures de règlement des différends et à la nécessité de les rendre plus efficaces. Il ne peut cependant convenir avec lui que contre-mesures et procédures de règlement des différends devraient être bannies du sujet à l'examen. Ces questions constituent la pièce maîtresse du projet d'articles. Les contre-mesures, dont les conditions d'emploi doivent être strictement définies, sont essentielles parce qu'elles représentent l'unique moyen de garantir un respect minimal des obligations internationales; les procédures de règlement des différends sont, elles aussi, essentielles parce qu'elles sont l'unique moyen d'éviter tout recours abusif aux contre-mesures.

77. En conséquence, le Rapporteur spécial estime qu'il ne serait pas sage de suivre la proposition de M. Shi consistant à solliciter l'avis de la Sixième Commission. Demander à un organe politique un avis sur des questions techniques n'est pas indiqué et risquerait même de compromettre la complétude et l'efficacité du régime de la responsabilité des États, en vue duquel la Commission a élaboré le projet d'articles. Ayant reçu de l'Assemblée générale mission d'élaborer un projet d'articles sur la responsabilité des États, la Commission doit être juge en dernier ressort de la teneur des articles.

La séance est levée à 13 heures.

2274e SÉANCE

Mercredi 17 juin 1992, à 10 h 5

Président : M. Christian TOMUSCHAT

Présents : M. Al-Khasawneh, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Bowett, M. Calero Rodrigues, M. de Saram, M. Eiriksson, M. Fomba, M. Güney, M. Idris, M. Jacovides, M. Kabatsi, M. Koroma, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Rosenstock, M. Shi, M. Szekely, M. Thiam, M. Vereshchetin, M. Villagran Kramer, M. Yamada, M. Yankov.

Responsabilité des États *(suite)* [A/CN.4/440 et Add.1[1], A/CN.4/444 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/L.469, sect. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 et Corr.1 et Add.1 à 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 et 4]

[Point 2 de l'ordre du jour]

TROISIÈME ET QUATRIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

ARTICLE 5 *bis et*

ARTICLES 11 À 14[3] *(suite)*

1. M. CALERO RODRIGUES se félicite du quatrième rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/444 et Add.1 et 2), riche et pénétrant — une somme d'érudition —, mais il est quelque peu déçu de constater que le rapport lui-même ne cadre pas vraiment avec les projets d'articles qui y sont proposés : en effet, certaines des analyses développées dans le rapport ne sont pas reflétées dans les articles, et ceux-ci, à leur tour, ne sont pas suffisamment expliqués dans le rapport.

2. Se référant au projet d'article 11 (Contre-mesures d'un État lésé), M. Calero Rodrigues note que le mot « contre-mesures » ne figure pas dans le corps du texte, mais qu'il est défini par une formule générale qui renvoie à la non-exécution des obligations : « ne pas s'acquitter d'une ou de plusieurs de ses obligations ». Cette formulation a pour mérite d'être satisfaisante et plus simple que celle proposée par le précédent Rapporteur spécial dans ses articles 8 et 9[4]. De plus, comme elle englobe toute la panoplie des mesures possibles, elle permet, comme l'a noté le Rapporteur spécial, d'éviter de les énumérer et, partant, d'échapper aux ambiguïtés inhérentes aux sens qui leur sont attribués.

3. M. Calero Rodrigues proposerait cependant de remplacer les mots « ne pas s'acquitter » par « suspendre l'exécution », de manière à bien souligner d'emblée le caractère temporaire des contre-mesures. Il vaudrait mieux encore préciser que les contre-mesures devraient cesser de s'appliquer dès que le but qu'elles visent est atteint et, pour être tout à fait complet, qu'il ne peut être recouru aux contre-mesures que pour obtenir l'exécution, par l'État auteur, de ses obligations secondaires de fond. Certes, le Rapporteur spécial a bien expliqué, à la séance précédente, que cette omission est délibérée et que la finalité punitive des contre-mesures n'est pas à exclure, en ajoutant, à titre de justification, que la finalité punitive des contre-mesures est déjà admise à l'article 10 (Satisfaction et garanties de non-répétition) de la deuxième partie du projet[5]. Cependant, M. Calero Rodrigues considère qu'il existe une différence sensible entre les conséquences substantielles d'un fait internationalement illicite et ses conséquences instrumentales.

4. L'article 12 énonce, en son paragraphe 1, les deux conditions du recours à des contre-mesures : d'une part, l'épuisement de toutes les procédures de règlement amiable disponibles, d'autre part, l'annonce par l'État lésé, à temps et dans les formes requises, de son intention de prendre des contre-mesures. M. Calero Rodrigues juge la seconde condition relativement peu importante. Et, de fait, le Rapporteur spécial montre, au chapitre Ier de son quatrième rapport, qu'il existe, dans la doctrine et

---

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie).

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1992*, vol. II (1re partie).

[3] Pour le texte des projets d'articles proposés 11 et 12, voir 2273e séance, par. 18; pour celui des projets d'articles 5 *bis*, 13 et 14, voir 2275e séance, par. 1.

[4] Voir 2273e séance, note 9.

[5] Ibid.