Document:-

A/CN.4/SR.2587

Compte rendu analytique de la 2587e séance

sujet:

Responsabilité des Etats

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-

1999, vol. I

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

Copyright © Nations Unies

32 de la Convention de Vienne de 1969 sur l'interprétation des traités deviendrait tout à fait naturelle.

51. Le PRÉSIDENT constate que le débat n'a pas fait apparaître d'opposition fondamentale au projet de directive 1.3.1. Il déclare donc que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer le projet de directive 1.3.1 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

DIRECTIVE 1.1.7

52. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que, par souci d'honnêteté, il croit devoir signaler aux membres de la Commission qu'il a modifié le texte du projet de directive 1.1.7 (Réserves de non-reconnaissance) à la suite des critiques qui avaient été formulées par les membres lors de l'examen de ce texte à la cinquantième session. Il explique, aux paragraphes 44 à 54 de son quatrième rapport (A/CN.4/499 et A/CN.4/478/Rev.1), les raisons et en particulier les arguments pratiques qui l'ont amené à procéder à ces modifications.

53. Le nouveau texte du projet de directive 1.1.7 s'énonce comme suit :

« Déclarations de non-reconnaissance

Une déclaration unilatérale par laquelle un État indique que sa participation à un traité n'implique pas la reconnaissance d'une entité non reconnue par lui en tant qu'État ne constitue ni une réserve ni une déclaration interprétative, même lorsqu'elle vise à exclure l'application du traité entre l'État déclarant et l'entité non reconnue. »

54. Bien que ce texte soit nouveau, on peut considérer – puisque le débat a déjà eu lieu et que les modifications apportées correspondent à l'avis de la majorité des membres de la Commission – qu'il a déjà été renvoyé au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 h 5.

2587e SÉANCE

Mardi 15 juin 1999, à 10 heures

Président : M. Zdzislaw GALICKI

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka, M. Yamada.

Responsabilité des États[1] *(suite*)* [A/CN.4/492[2], A/CN.4/496, sect. D, A/CN.4/498 et Add.1 à 4[3], A/CN.4/L.574 et Corr.2 et 3]

[Point 3 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite*)*

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue aux membres du Séminaire de droit international et invite la Commission à reprendre l'examen du sujet de la responsabilité des États.

2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), présentant la section C du chapitre premier de son deuxième rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/498 et Add.1 à 4), qui concerne le chapitre V (Circonstances excluant l'illicéité) de la première partie du projet d'articles, dit que ce chapitre traite de ce qu'on peut appeler, faute de mieux, les « excuses » de caractère général susceptibles d'être invoquées par les États pour justifier un comportement contraire à une obligation internationale. Le chapitre V doit donc être envisagé en relation avec le chapitre III (Violation d'une obligation internationale).

3. Le rapport retrace la genèse du chapitre V depuis 1930 en passant par la très importante liste d'« excuses » établie par sir Gerald Fitzmaurice, rapporteur spécial sur le droit des traités[4], dont Roberto Ago, rapporteur spécial sur la responsabilité des États, a reconnu qu'il s'était inspiré pour établir sa propre liste[5], même si la liste de Fitzmaurice est différente de celle d'Ago en ce que certains éléments qui y figurent ne sont pas repris au chapitre V, tout particulièrement la question de la non-exécution préalable par un autre État. La liste établie par Fitzmaurice, qui figure à la section C du chapitre premier du deuxième rapport, énonce deux circonstances différentes concernant la non-exécution préalable par l'autre partie (nos 1 et 6) et l'incompatibilité avec une norme impérative (no 8). C'est à partir de cette liste qu'Ago a établi sa liste de six circonstances excluant l'illicéité.

4. Aucun gouvernement n'a, dans ses observations (A/CN.4/492)[6], mis en doute la nécessité du chapitre V. La France a proposé de regrouper l'ensemble du chapitre V en un article unique, mais a reconnu que cette manière de procéder occulterait d'importantes distinctions entre les diverses conditions. Le chapitre en cause a été très souvent invoqué dans la doctrine et dans des décisions judiciaires et a fréquemment servi de fondement, par exemple dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Rainbow Warrior* et dans l'affaire relative au *Projet*

---

* Reprise des débats de la 2578e séance.

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), doc. A/51/10, chap. III, sect. D, p. 62.

[2] Reproduit dans *Annuaire… 1999*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

[4] Voir le quatrième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire… 1959*, vol. II, doc. A/CN.4/120, p. 45 à 48, et le commentaire des articles, p. 64 à 75.

[5] Voir le huitième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire… 1979*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/318 et Add.1 à 4, p. 28 à 69, et *Annuaire… 1980*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/318/Add.5 à 7, p. 13 à 68.

[6] Voir également 2567e séance, note 5.

Gabčíkovo-Nagymaros. Le Rapporteur spécial a bien fait certaines propositions dans son rapport, mais il estime que le chapitre V est l'un des acquis définitifs du projet d'articles et une contribution majeure au droit international. Les questions qu'il soulève sont essentiellement des questions de libellé, et il doit être amélioré et éclairci à certains égards, mais il ne s'agit certainement pas de le modifier radicalement.

5. La notion même de circonstances excluant l'illicéité est une notion générale qu'il convient d'avoir à l'esprit. La prémisse est que le projet d'articles ne vise pas à formuler le contenu de règles primaires, mais à définir le cadre des règles secondaires de la responsabilité, alors que c'est bien entendu par référence aux règles primaires que l'on apprécie l'illicéité. De ce fait, il peut être difficile de distinguer entre le contenu des règles primaires proprement dites et la notion de circonstances excluant l'illicéité. Le commentaire sur ce point va jusqu'à dire qu'en fait ces dernières éteignent l'obligation temporairement ou même définitivement. Il est difficile de concilier cette idée avec la notion de règles secondaires ou avec la distinction entre une excuse concernant l'exécution d'une obligation et la survivance de l'obligation. À cet égard, la CIJ a été très claire dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. La Hongrie avait, pour mettre fin au Traité relatif à la construction et au fonctionnement du système de barrage de Gabčíkovo-Nagymaros, signé à Budapest le 16 septembre 1977, invoqué la nécessité; la Cour a rejeté cet argument, déclarant que, bien que la Hongrie puisse avoir le droit d'invoquer l'état de nécessité pour justifier sa non-exécution du traité, ce dernier n'en continuait pas moins d'exister. L'état de nécessité, même s'il est établi, ne met pas fin au traité. Dès que l'état de nécessité prend fin, l'obligation d'appliquer le traité renaît. Cela semble parfaitement correct.

6. Il semble que l'état de nécessité, et probablement beaucoup d'autres excuses, n'ont pas pour effet de faire disparaître l'obligation, et sûrement pas définitivement; celle-ci subsiste mais sa non-exécution est simplement excusée pour le moment. Cela est important, car l'obligation a toujours un certain poids et doit être prise en considération lorsque l'on applique l'excuse, parce qu'elle représente la norme, c'est-à-dire ce qui aurait dû se passer. En conséquence, lorsque l'on détermine si l'excuse de nécessité, de force majeure ou autre doit s'appliquer, il est important de prendre l'obligation elle-même en considération. À cet égard, il n'est pas exact de dire que l'obligation disparaît. En outre, si l'obligation disparaît, il se pourrait bien que les circonstances excluant l'illicéité soient pour ainsi dire des conditions de l'obligation première. Il est clair qu'il y a une différence entre une excuse pour l'inexécution d'une obligation et un motif d'extinction de cette dernière. La Convention de Vienne de 1969 elle-même fait cette distinction, comme la Cour l'a fait observer dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. L'impossibilité d'exécution est considérée plus comme une circonstance excusant l'inexécution que comme un motif permettant de mettre fin à un traité.

7. Une autre différence importante entre la question du maintien en vigueur d'une obligation et celle de l'excuse pour non-exécution est que, d'une manière générale, la première nécessite que l'une des parties intervienne pour mettre fin au traité ou à l'obligation. En d'autres termes, l'État concerné doit prendre l'initiative. Par contre, les circonstances excluant l'illicéité opèrent plus ou moins automatiquement à raison d'événements qui peuvent être imprévus, se produisent à un moment particulier et doivent être pris en considération à ce moment-là. De ce fait, cette différence est l'une des raisons justifiant sa proposition d'inclure une circonstance additionnelle touchant le *jus cogens*. Invoquer le *jus cogens* en relation avec un traité revient à annuler le traité dans son ensemble pour l'avenir et à toutes fins, alors que l'invoquer eu égard à un événement particulier et occasionnel a des conséquences et des incidences tout à fait différentes sur le régime juridique.

8. En résumé, la notion de circonstances excluant l'illicéité, au moins telle que définie théoriquement dans le commentaire, semble être trop large, et il s'agit en fait d'un ensemble de règles du droit international général d'application générale qui fournit des excuses temporaires d'inexécution d'une obligation qui subsiste.

9. Une troisième différence entre les circonstances excluant l'illicéité et l'extinction des obligations est que les premières s'appliquent aux obligations non conventionnelles aussi bien qu'aux obligations conventionnelles, et il est très difficile pour un État de mettre fin à une obligation non conventionnelle, par exemple une obligation découlant du droit international coutumier. Elles peuvent être suspendues dans certaines circonstances, bien que même à cet égard la pratique des États soit très réduite. En gros, la situation demeurerait la même en droit international général, ce qui rend les circonstances excluant l'illicéité encore plus importantes, comme excuses de l'inexécution, dans le domaine du droit international général que dans celui du droit des traités.

10. Toutefois, le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a déclaré, dans ses observations[7], qu'il semblait y avoir une différence entre certaines des circonstances excluant l'illicéité : certaines semblent rendre le comportement licite, pour ainsi dire, mais il n'est pas certain que d'autres aient le même effet. Par exemple, les actes accomplis en état de détresse ou de nécessité peuvent être excusés mais, en particulier s'agissant de la nécessité, il est évident que l'acte est accompli faute de mieux, que la situation est indésirable et qu'il faut y mettre fin aussi rapidement que possible. Cette situation est différente de celle existant en cas de consentement ou de légitime défense. En d'autres termes, il s'agit de la vieille distinction philosophique entre une justification et une excuse. Celui qui tue quelqu'un dans une crise de démence peut être excusé du point de vue de la responsabilité pénale mais l'acte n'est pas licite, alors que lorsqu'il est accompli en état de légitime défense, le même acte est licite. Cela est implicite au chapitre V et à l'article 34 (Légitime défense). On peut se demander si on doit et si on peut l'indiquer explicitement en distinguant entre circonstances excluant l'illicéité et circonstances excluant la responsabilité. On peut très bien dire que la nécessité exclut la responsabilité du fait du comportement sans, dans un certain sens, exclure son illicéité, alors que la légitime défense exclut bien l'illicéité. Peut-être la Commission ne doit-elle pas aller jusqu'à faire cette distinc-

[7] Ibid.

tion dans le chapitre V lui-même, mais la question devrait être examinée dans le commentaire.

11. Il ressort à l'évidence du commentaire de l'article 29 (Consentement)[8] que cet article a exclusivement trait au consentement donné avant qu'un acte ne soit accompli. Le consentement donné a posteriori à un comportement illicite qui aurait pu être licite si le consentement avait été donné à l'avance est un bon exemple de renonciation, qui relève de la troisième partie (Règlement des différends) et non de la première partie (Origine de la responsabilité internationale). Un certain nombre d'États ont émis des réserves en ce qui concerne le libellé de l'article 29, y compris la notion de consentement valablement donné, parce qu'il implique tout un ensemble de règles quant au moment où le consentement est donné, la personne dont il émane, ce pour quoi il est donné, etc. Un problème plus fondamental se pose néanmoins, à savoir celui de savoir si le consentement constitue bien une circonstance excluant l'illicéité.

12. Il est bien établi en droit international qu'un avion civil ne peut survoler le territoire d'un autre État sans le consentement de celui-ci. À défaut, l'État en cause a le droit de prendre des mesures pour empêcher le survol, même s'il n'a pas nécessairement le droit d'abattre l'avion. Le projet semble envisager le consentement donné dans un tel cas comme une circonstance excluant l'illicéité et donc considérer le survol comme potentiellement illicite. Cela est-il réellement exact ? Assurément, la règle primaire est adéquatement formulée : les avions d'un État ne peuvent entrer dans l'espace aérien d'un autre État sans le consentement de ce dernier. Ainsi, le consentement fait partie intégrante de l'obligation primaire en cause. Lorsque le consentement est donné, il ne saurait être question de violation d'une obligation – il s'agit simplement de l'application de la règle primaire.

13. Si cette analyse est juste, une question sérieuse se pose, celle de savoir si le consentement a sa place parmi les circonstances excluant l'illicéité. Certaines obligations ne peuvent être écartées et elles s'appliquent qu'il y ait ou non consentement, à coup sûr s'agissant du consentement d'autres États. Un État ne peut dispenser un autre État de se conformer à ses obligations en matière de droits de l'homme. Il en va de même des normes du *jus cogens*, même si l'application de la norme peut parfois être suspendue. Par exemple, l'emploi de la force armée sur le territoire d'un État qui y a donné son consentement sera normalement licite, même si la norme du *jus cogens* sous-jacente continue d'exister.

14. Pour les raisons exposées dans le deuxième rapport, le Rapporteur spécial pense que le libellé de l'article 29 pose des problèmes considérables. Cet article est-il nécessaire ? Il semble préférable en théorie de concevoir le consentement donné à l'avance comme autorisé par la règle primaire. Là encore, la nature du consentement et l'identité de celui qui peut le donner dépendent de la règle primaire en cause. C'est pourquoi il semble préférable de considérer le consentement comme un élément spécifique et propre à chaque règle primaire dans les cas où il peut être régulièrement donné. Cela présente l'avantage incident mais considérable d'éviter les difficultés de formulation à l'article 29. En bref, le Rapporteur spécial recommande que l'article 29 soit supprimé mais que cette suppression soit expliquée dans le commentaire du chapitre V.

15. L'analyse que vient de faire le Rapporteur spécial est celle de Fitzmaurice, qui a proposé une autre circonstance excluant l'illicéité, à savoir l'acceptation de l'inexécution au moment où elle s'est produite. On peut concevoir qu'un État compte qu'un autre État accepte ce qu'il a l'intention de faire et qu'il le fasse sans obtenir à l'avance de ce dernier d'autorisation formelle. On pourrait arguer qu'il ne s'agit-là ni du consentement donné à l'avance ni d'une renonciation à se prévaloir de l'inexécution a posteriori, mais en fait d'un cas intermédiaire d'acceptation de la non-exécution – une circonstance excluant l'illicéité. C'est peut-être vrai techniquement, mais cela risque d'être source de confusion. Il faut distinguer clairement entre le consentement donné à l'avance, qui peut devoir être déduit des circonstances et qui a rendu le comportement licite, d'une part, et la renonciation à se prévaloir de la violation, même intervenue immédiatement, d'autre part. Parler d'acceptation implicite au moment du comportement illicite revient à ouvrir la porte à diverses formes d'abus. C'est pourquoi la notion d'acceptation de la non-exécution ne devrait pas en tant que telle figurer parmi les circonstances excluant l'illicéité.

16. L'article 30 (Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite) est relatif aux contre-mesures, qui constituent un chapitre très controversé (chap. III) de la deuxième partie du projet. Dans leurs observations, divers gouvernements, par exemple la France et le Japon, ont souligné qu'il fallait lier l'article 30 aux dispositions relatives aux contre-mesures de la deuxième partie, rédigées beaucoup plus tard. À l'évidence, si l'on conserve les dispositions de la deuxième partie, il faudra créer ce lien. On a aussi dit qu'il fallait distinguer entre les contre-mesures qui étaient des mesures prises par un ou plusieurs États en réaction à un comportement illicite, mais d'une manière essentiellement décentralisée, et le comportement adopté sous les auspices d'une organisation internationale, licite au regard des règles de cette organisation – on pense surtout, bien entendu, aux sanctions prises en vertu de la Charte des Nations Unies. Les réactions collectives de ce type ne sont pas des contre-mesures; il s'agit de mesures autorisées par une organisation internationale compétente et elles ne relèvent pas de l'article 30. En ce qui concerne la Charte, elles sont expressément prévues par l'article 39 (Relation avec la Charte des Nations Unies) et, à d'autres égards, par le principe de la *lex specialis* ou par les règles primaires pertinentes et les relations entre elles.

17. On semble convenir que les contre-mesures prises licitement excluent l'illicéité du comportement vis-à-vis de l'État qui en est la cible et il est donc évident que le chapitre V doit à tout le moins faire mention des contre-mesures. D'autre part, dans la structure actuelle du projet, les contre-mesures sont envisagées en détail dans la deuxième partie à titre de conséquence du comportement illicite d'un autre État. Ainsi, l'article 30 est dans un certain sens une référence subsidiaire, et non la référence première, aux contre-mesures. La Commission pourra préférer ne pas traiter des contre-mesures dans la

[8] Pour le commentaire des articles 28 à 32, voir *Annuaire… 1979*, vol. II (2e partie), p. 103 et suiv.

deuxième partie, mais néanmoins conserver la référence au chapitre V. Le Rapporteur spécial pense que, si elle le fait, il est essentiel de mentionner les conditions et les réserves applicables en droit international pour que les contre-mesures soient licites. Il propose de conserver l'article 30 entre crochets pour le moment, et d'expliquer que la Commission ne doute absolument pas que les contre-mesures prises licitement puissent constituer une circonstance excluant l'illicéité. Si la Commission maintient le régime des contre-mesures dans la deuxième partie, l'article 30 peut être libellé très simplement. Il suffirait d'y mentionner les contre-mesures et de renvoyer au régime défini pour celles-ci dans la deuxième partie. Si le régime des contre-mesures ne demeure pas dans la deuxième partie, la situation sera tout à fait différente et l'on aura de bien meilleures raisons de traiter les contre-mesures à l'article 30 de manière plus élaborée.

18. L'article 31 réunit la force majeure et le cas fortuit. La force majeure n'est pas tout à fait identique au cas fortuit, qui ressemble davantage à l'impossibilité d'exécuter. On entend par force majeure la situation dans laquelle quelqu'un est empêché de faire quelque chose par des événements extérieurs, qui peuvent comprendre la coercition, comme on l'a déjà vu dans le cadre du chapitre IV. L'existence de l'excuse de force majeure est bien établie dans la jurisprudence internationale. Elle est, par exemple, mentionnée en passant par le tribunal arbitral dans l'affaire du *Rainbow Warrior*[9] et de nouveau par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, ainsi que dans divers traités internationaux. À l'occasion de la première lecture du projet, le Secrétariat avait établi une étude très utile et très complète de la jurisprudence relative à la force majeure[10], et aucun État n'a proposé que l'excuse de force majeure soit supprimée. Toutefois, divers problèmes de rédaction se posent. Le premier tient à la mention assez curieuse de la connaissance de l'illicéité au paragraphe 1, parce qu'il n'existe pas en droit international de condition générale selon laquelle un État doit savoir que son comportement n'est pas conforme à une obligation. Un État peut devoir être conscient d'une certaine situation de fait. Il était nécessaire pour l'Albanie de savoir qu'il y avait des mines dans le nord du détroit de Corfou; mais il n'était pas nécessaire qu'elle sache qu'il était illicite de ne pas en avertir les autres États : il s'agissait d'une obligation imposée par le droit international aux États et l'ignorance du droit n'est pas une excuse. Ainsi, la référence à la connaissance de l'illicéité est source de confusion et est un élément subjectif qui devrait être supprimé. Le Rapporteur spécial a proposé une version de l'article 31 qui traite du problème dans les conclusions sur le chapitre V du projet d'articles, qui figurent à la section C du chapitre premier de son deuxième rapport. L'exemple donné dans les notes qui accompagnent cette proposition, au paragraphe 356 de son deuxième rapport, est celui d'un avion qui pénètre à son insu sur le territoire d'un autre État en raison d'une erreur de navigation. Si l'on assume qu'il s'agit d'une circonstance excluant l'illicéité, le problème peut être résolu en libellant l'article 31 comme il convient.

19. Deuxièmement, selon l'article 31, la force majeure ne peut être invoquée lorsque l'État a contribué à une situation d'impossibilité matérielle. Le problème est que les États le font souvent dans le cadre d'une relation de cause à effet et sans nécessairement agir illicitement. L'exclusion est donc indûment large et le Rapporteur spécial a formulé une version plus restrictive de la même exception, sur la base de l'article 61 de la Convention de Vienne de 1969, pour tenir compte de la situation.

20. Troisièmement et surtout, l'article 31 ne prévoit pas la prise volontaire d'un risque bien qu'il soit parfaitement clair que lorsqu'un État assume délibérément le risque d'une situation de force majeure, la survenance d'une telle situation n'exclut pas l'illicéité. Le Rapporteur spécial a donc prévu cette exception.

21. Il souscrit à l'observation de la France, dans les commentaires et observations reçus des gouvernements, selon laquelle il n'est pas nécessaire de mentionner le cas fortuit. Si un cas fortuit équivaut à la force majeure, il exclut l'illicéité. Dans le cas contraire, on peut en faire l'économie dans le chapitre V. L'étude du Secrétariat sur la force majeure et le cas fortuit ne contient aucun exemple de cas fortuit devant exclure l'illicéité qui ne relève pas de la force majeure correctement interprétée.

22. Quant à l'article 32 (Détresse), il est important de noter la différence entre la détresse, d'une part, et la force majeure et l'état de nécessité, de l'autre. La détresse vise la situation dans laquelle une personne est responsable de la vie d'autres personnes qui sont sous sa garde, par exemple le commandant d'un aéronef qui est contraint d'atterrir d'urgence en territoire étranger. Ce type de situation est envisagé par de nombreux instruments internationaux, notamment la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et, dans ce contexte, elle est prévue par les règles primaires relatives à la juridiction sur les navires. Le problème de la détresse peut néanmoins se poser dans le cadre des règles secondaires de la responsabilité des États, malgré l'argument selon lequel de telles situations sont couvertes par les règles primaires. Bien qu'en pratique ces dernières puissent fournir un moyen de défense au commandant d'un navire ou empêcher l'État de réception d'exercer sa juridiction, elles ne s'appliquent pas à la responsabilité. Lorsque le commandant est un agent de l'État, son comportement est imputable à l'État et soulève la question de la responsabilité. Un projet d'article sur la détresse est donc nécessaire.

23. Un aspect nouveau de l'article 32 est que sa portée a été étendue, au-delà de son contexte historique limité à la navigation, à tous les cas dans lesquels une personne responsable de la vie d'autrui prend des mesures d'urgence. Cet aspect de l'article 32 a été généralement accepté comme relevant du développement progressif, par exemple par le tribunal arbitral dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, dans laquelle il y a eu des complications médicales potentielles pour les individus concernés. Le champ plus large d'application de l'article devrait donc être maintenu.

24. Dans les conclusions sur le chapitre V du projet d'articles, qui figurent à la section C du chapitre premier de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial propose un certain nombre de changements dans le libellé de

[9] Voir 2567e séance, note 7.

[10] « Force majeure » et « cas fortuit » en tant que circonstances excluant l'illicéité : pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine, *Annuaire… 1978*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/315, p. 58.

l'article. Les situations de détresse étant nécessairement des situations d'urgence, la détresse doit logiquement être considérée comme une circonstance excluant l'illicéité à condition que la personne agissant en état de détresse estime raisonnablement qu'une vie est en danger. Même en cas de fausse alerte, l'appréciation raisonnable de la situation à ce moment-là doit constituer une base d'action suffisante.

25. Le Royaume-Uni a posé la question de savoir si la notion détresse devait être étendue aux cas d'intervention humanitaire, même lorsque l'État intervenant n'est pas directement responsable des personnes concernées. Il a évoqué le cas de policiers traversant une frontière pour empêcher quelqu'un d'être lynché. Pour le Rapporteur spécial, il ne s'agit pas d'une situation de détresse telle qu'on la conçoit normalement, et c'est plutôt l'état de nécessité qui doit être invoqué ici.

26. L'article 33, peut-être le plus controversé des projets d'articles, concerne l'état de nécessité, que Fitzmaurice n'avait pas envisagé et qui a été critiqué par la doctrine. Néanmoins, pour le Rapporteur spécial, il s'agit là d'un exemple clair de consolidation du droit international par le développement progressif. Un état de nécessité, tel que défini à l'article 33, ne peut être invoqué que dans les cas extrêmes et est ainsi comparable à la notion de « changement fondamental de circonstances » en droit des traités. Les sombres prédictions de déstabilisation massive du droit par l'effet de cette dernière notion ne se sont pas réalisées. À chaque fois qu'un changement fondamental de circonstances a été invoqué devant des tribunaux, ces derniers ont exercé une extrême prudence et le plus souvent rejeté les arguments dans ce sens. Néanmoins, un changement fondamental de circonstances a parfois été admis comme motif de résiliation d'un traité. De même, il est des cas où la nécessité est si contraignante qu'elle justifie un comportement particulier, s'agissant par exemple de prendre d'urgence des mesures pour protéger une espèce comme dans l'affaire des *Pêcheries des phoques à fourrure au large des côtes russes*[11], un argument invoqué par les deux parties dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. La CIJ aurait pu décider dans cette affaire que la Hongrie n'avait pas prouvé qu'elle était en état de nécessité – et cela que l'article 33 reflète ou non le droit international coutumier. Mais elle est allée plus loin et a expressément approuvé l'article 33 comme énonçant une règle du droit international général. Pour le Rapporteur spécial, c'est à bon droit qu'elle l'a fait et c'est aussi à bon droit qu'elle a fait preuve de prudence dans l'application de la doctrine au niveau du principe. Étant donné l'aval de la Cour, il serait peu judicieux que la Commission supprime l'article 33, d'autant plus que le Gouvernement du Royaume-Uni est le seul préconisant cette suppression, semblant ainsi contredire ses arguments en faveur du développement de la doctrine de l'intervention humanitaire en cas de détresse. En dépit des doutes exprimés lors de l'arbitrage du *Rainbow Warrior*, la doctrine de l'état de nécessité a été largement approuvée, est parfois invoquée par les États et fournit une porte de secours utile. Le Rapporteur spécial propose donc de la conserver.

27. Deux questions importantes peuvent néanmoins être examinées en ce qui concerne l'état de nécessité. Premièrement, il faut se demander si l'état de nécessité tel que défini à l'article 33 est bien un cadre approprié pour résoudre le problème de l'intervention humanitaire avec emploi de la force, c'est-à-dire de l'action sur le territoire d'un autre État en violation du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. À l'évidence, on ne peut jamais invoquer l'état de nécessité pour excuser une violation d'une norme du *jus cogens*, et cela est stipulé dans l'article 33. Mais il est généralement admis que les règles régissant l'usage de la force dans la Charte font partie du *jus cogens*, de telle manière que l'article 33, tel qu'il est libellé, ne couvre pas l'intervention humanitaire avec emploi de la force sur le territoire d'un autre État. Le commentaire de l'article 33[12] contient pourtant des arguments en faveur d'une version affinée du *jus cogens* qui autoriseraient ce type d'intervention, et ce faisant, pour le Rapporteur spécial, il s'écarte du texte. Les règles régissant l'intervention humanitaire sont des règles primaires qui font partie du régime de l'emploi de la force, un régime visé, sinon exhaustivement défini, dans la Charte. Elles ne font pas partie des règles secondaires de la responsabilité des États. Les règles secondaires ne doivent donc pas tenter de résoudre ce problème, et l'article 33 doit à cet égard demeuré inchangé.

28. Le second problème, celui de l'incertitude scientifique, se pose à chaque fois que l'état de nécessité est invoqué pour justifier les mesures de conservation d'une espèce ou la destruction d'un ouvrage important, par exemple un barrage, supposé menacer ruine. Aucune prédiction infaillible n'est possible avant que la catastrophe se produise. Il s'agit de savoir si l'article 33 fait une place suffisante à l'incertitude scientifique et au principe de précaution consacré, par exemple, dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[13] (principe 15) et dans l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires[14] (art. 5, par. 7). Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, les deux parties ont reconnu l'existence d'incertitudes scientifiques mais n'ont pu se mettre d'accord sur leur gravité. La CIJ a à juste titre déclaré que la seule existence d'une incertitude ne suffisait pas à créer un état de nécessité. L'organe d'appel de l'OMC a adopté une position similaire dans l'affaire du *Bœuf aux hormones*[15], déclarant que le principe de précaution et la notion connexe d'incertitude ne suffisaient pas à constituer l'exception en cause. D'autre part, l'article 33 ne doit pas être formulé d'une manière qui soit si restrictive que la partie l'invoquant

[11] Voir la sentence du Tribunal d'arbitrage constitué en vertu du traité conclu à Washington, le 29 février 1892, entre les États-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne, prononcée le 15 août 1893 (reproduite dans H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale, 1794-1900 : histoire documentaire des arbitrages internationaux*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, p. 426).

[12] Pour le commentaire des articles 33 à 35, voir *Annuaire… 1980*, vol. II (2e partie), p. 33 et suiv.

[13] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : *Résolutions adoptées par la Conférence*, résolution 1, annexe I.

[14] Voir 2570e séance, note 4.

[15] Voir *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, OMC, doc. WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, par. 194.

doive prouver sans l'ombre d'un doute que l'événement appréhendé se serait produit.

29. Après avoir hésité quelque peu et pesé le pour et le contre, le Rapporteur spécial a décidé de ne pas énoncer expressément le principe de précaution dans l'article, premièrement parce que la CIJ a approuvé l'article 33 et deuxièmement parce que l'état de nécessité se situe à la périphérie de la tolérance du droit international pour les comportements illicites. Toutefois, le Comité de rédaction pourra vouloir examiner s'il est possible de faire en sorte que l'article 33 tienne un peu plus compte des graves problèmes que pose l'incertitude scientifique.

30. Le Rapporteur spécial propose une modification mineure de l'article 33 pour tenir compte des situations dans lesquelles l'équilibre des intérêts n'est pas seulement bilatéral mais concerne l'exécution d'obligation *erga omnes*. Par exemple, dans les affaires relatives au *Sud-Ouest africain*, l'argument implicite selon lequel l'adoption de la politique d'apartheid dans le Sud-Ouest africain était nécessaire pour bien gouverner n'a pas affecté les intérêts individuels de l'Éthiopie ou du Libéria mais les intérêts de la population du Sud-Ouest africain. Cette idée devrait être reflétée à l'article 33. Sous ces réserves, le Rapporteur spécial propose de conserver cet article dans sa forme actuelle.

31. La légitime défense, qui fait l'objet de l'article 34, n'a jamais été omise d'une liste des circonstances excluant l'illicéité. Le seul argument, mineur, avancé contre l'article 34 dans les commentaires et observations reçus des gouvernements concerne sa formulation exacte, eu égard aux principes inscrits dans la Charte des Nations Unies. Pour le Rapporteur spécial, la notion de légitime défense que connaît le droit international est celle qui est énoncée mais non exhaustivement définie à l'Article 51 de la Charte. C'est au Comité de rédaction qu'il appartient de déterminer en quels termes, exactement, la Commission doit s'y référer.

32. Par contre, l'article 34 n'indique pas que certaines obligations, comme celles qui relèvent du droit international humanitaire ou des droits de l'homme auxquels on ne saurait déroger, ne peuvent être violées même en état de légitime défense. Il conviendrait de le souligner dans un alinéa supplémentaire. Heureusement, la CIJ a traité ce problème dans le cadre de l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. On avait argué que les armes nucléaires ne pouvaient être utilisées en violation des obligations environnementales. La Cour a distingué entre les obligations environnementales de caractère général et celles visant spécifiquement à imposer une abstention totale durant les conflits armés. Ce n'est que dans ce dernier cas que la légitime défense ne peut être invoquée. Le Rapporteur spécial a donc proposé un paragraphe (art. 29 *ter*, par. 2) consacrant cette idée.

33. On peut se demander si l'article 34 doit traiter spécifiquement du préjudice causé à des États tiers. Cet article envisage les circonstances excluant l'illicéité entre États agissant dans l'exercice du droit de légitime défense et États agresseurs. Or, un État agissant dans l'exercice de la légitime défense peut avoir le droit de prendre des mesures contre des États tiers. Pour le Rapporteur spécial, il n'est pas nécessaire de mentionner explicitement cette circonstance, qui est adéquatement couverte par les règles primaires pertinentes.

34. La question de l'exécution à l'encontre d'une norme impérative est une circonstance qui n'a pas été envisagée dans le projet d'articles. Elle avait été expressément proposée par Fitzmaurice dans son quatrième rapport[16] et mentionnée dans la doctrine. Le problème vient en partie du système établi par la Convention de Vienne de 1969 en ce qui concerne le *jus cogens*. Invoquer le *jus cogens* rend le traité nul dans son ensemble. Le traité de 1938 entre le III[e] Reich et la Tchécoslovaquie[17] est un exemple, mais de tels cas sont très rares. Habituellement, les violations du *jus cogens* se produisent dans le cadre de l'exécution continue d'un traité parfaitement normal lorsque, par exemple, une agression est préparée ou une assistance a été fournie à un régime devenu génocidaire. Dans l'exécution normale d'un traité, de telles violations sont occasionnelles ou incidentes.

35. Une autre particularité du régime établi par la Convention de Vienne est qu'il appartient aux parties elles-mêmes d'invoquer l'incompatibilité d'un traité avec le *jus cogens*, l'idée étant que les parties ont la faculté de faire passer le traité avant la norme. Ce problème peut aussi se poser avec les obligations relevant du droit international général. Par exemple, l'obligation d'autoriser le passage en transit par un détroit peut, en certaines circonstances exceptionnelles, être incompatible avec une norme du *jus cogens*. Faute de reconnaître de tels cas d'incompatibilité occasionnelle, les effets invalidants potentiels du *jus cogens* sur l'obligation en cause semblent excessifs. Le Rapporteur spécial propose une disposition à cet effet (art. 29 *bis*). La Commission a décidé, lorsqu'elle a examiné la question dans le contexte du paragraphe 2 de l'article 18 (Condition que l'obligation internationale soit en vigueur à l'égard des États) au chapitre III, qu'elle reviendrait sur la question de l'apparition d'une nouvelle norme du *jus cogens* si celle-ci n'était pas réglée de manière satisfaisante au chapitre V. Le paragraphe 2 de l'article 18 n'a trait qu'au cas inhabituel d'une nouvelle norme du *jus cogens*. Or, l'éclatement d'un nouveau conflit est plus probable que l'apparition d'une nouvelle norme impérative. C'est donc bien au chapitre V que l'article a sa place, ce qui a en outre l'avantage de régler le problème soulevé au paragraphe 2 de l'article 18.

36. Une deuxième nouvelle proposition concerne la maxime *exceptio inadimplenti non est adimplendum* (« l'exception »). Elle est bien établie dans les sources traditionnelles du droit international. La CPJI a jugé dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* qu'« une partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation […] si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question » [voir p. 31]. Ce principe a été appliqué dans des contextes divers. La Cour a évité de l'appliquer dans

[16] Voir *supra* note 4.

[17] Accord concernant la cession à l'Allemagne des territoires allemands des Sudètes, signé à Munich le 29 septembre 1938; voir H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. – Continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens*, 3[e] série, Leipzig, Hans Buske, 1939, t. XXXVI, p. 24.

l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*, mais ce désir même de ne pas l'appliquer équivaut à une reconnaissance puisqu'il est invoqué comme principe d'interprétation. La CIJ l'a appliqué à la perte du droit d'invoquer un motif pour mettre fin à un traité dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*.

37. L'exception a des fondements substantiels en droit comparé et a été largement acceptée par Fitzmaurice pour excuser l'inexécution des traités. M. Willem Riphagen, Rapporteur spécial sur la responsabilité des États, a proposé d'en traiter dans le cadre de ce qu'il appelait les « contre-mesures réciproques »[18]. Il a établi une distinction entre les contre-mesures de caractère général, prises en réaction à un fait illicite mais sans relation avec ce fait, et les contre-mesures de réciprocité. On peut donner, comme exemple de contre-mesure de caractère général, le gel par l'État A du compte en banque de l'État B ouvert sur son territoire à titre de contre-mesure prise en réaction à une violation des droits de l'homme par l'État B. Constituerait une contre-mesure réciproque la détention par l'État A de l'ambassadeur de l'État B en réaction à une mesure identique prise contre son ambassadeur dans l'État B. Que l'on puisse ou non prévoir le cas particulier, il existe à l'évidence des cas où des contre-mesures réciproques constituent une réaction raisonnable à la violation d'une obligation synallagmatique. Ces cas doivent être envisagés dans le projet d'articles.

38. Il faut distinguer clairement entre l'exception au sens large et l'exception au sens restreint. Fitzmaurice l'a formulée au sens large pour toute obligation synallagmatique. Mais l'exception est prise dans un sens beaucoup plus restreint dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* : il y a un lien causal entre la violation de l'obligation par l'État A et la violation de l'État B. L'article 80 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises reflète aussi l'approche restrictive : « Une partie ne peut pas se prévaloir d'une inexécution par l'autre partie dans la mesure où cette inexécution est due à un acte ou à une omission de sa part ». La définition large figure dans les rapports de Fitzmaurice et à l'article 7.1.3 des Principes relatifs aux contrats du commerce international de l'UNIDROIT[19], qui dispose que, lorsque les parties doivent s'exécuter simultanément, l'une ou l'autre peut refuser de s'exécuter si l'autre ne veut pas ou ne peut pas s'exécuter. La relation de cause à effet est ainsi passée sous silence. Pour les raisons qu'il a exposées à la section C du chapitre premier de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial estime que la conception étroite de l'exception devrait être exposée séparément. Il n'est pas suffisant d'en traiter au titre du droit de la suspension des traités parce que ce droit requiert une violation matérielle, étroitement définie. Deuxièmement, dans sa version limitée, l'exception s'applique de plein droit. C'est une excuse si la circonstance naît parce qu'elle constitue une forme distincte d'impossibilité qui doit être reconnue. La forme générique de l'exception est suffisamment définie par le droit des traités en ce qui concerne les obligations conventionnelles et par le droit des contre-mesures en ce qui concerne toutes les obligations. Il n'est nul besoin de reconnaître les contre-mesures réciproques de Riphagen, dans le droit des contre-mesures, mais il est nécessaire de reconnaître la variante *Usine de Chorzów* de la doctrine *inadimplenti* à titre d'excuse automatique et temporaire pour la non-exécution d'une obligation. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il a formulé une proposition à cet effet.

39. La doctrine dite « des mains propres », si elle existe bien, correspond pour le Rapporteur spécial à la doctrine de la recevabilité et n'est pas une circonstance excluant l'illicéité.

40. La question des incidents de procédure et autres pour invoquer les circonstances excluant l'illicéité comprend la question de l'article 35 (Réserve relative à l'indemnisation des dommages). Certains États ont reproché à cet article d'envisager une responsabilité sans faute. En fait, il ne le ferait que s'il indiquait qu'il n'y a aucun élément de faute dans le cas où l'inexécution d'un État est excusée, ce qui, a priori, n'a guère de chances de se produire. En l'absence de faute, comme en cas de légitime défense, il ne saurait être question d'indemnisation autre que celle prévue par les règles primaires pour le préjudice causé à des tiers. Il semble pourtant souhaitable, dans des situations comme l'état de nécessité, d'envisager une indemnisation. Par définition, l'état de nécessité ne peut être reproché à aucune des parties, et on ne voit donc pas pourquoi la partie créancière de l'exécution dont l'attente a été déçue devrait supporter la perte. Si un agent de l'État agissant en situation de détresse fait entrer un navire dans un port et, du fait de cette situation de détresse, pollue ce port, l'État de réception ne doit pas supporter seul le préjudice. Rien ne justifie une telle position. En outre, cela reviendrait à dissuader les États d'aider à sauver des vies en situation de détresse.

41. Pour ce qui est de l'état de nécessité, les arguments sont encore plus forts parce que, par définition, l'État se trouvant dans une telle situation agit selon son propre intérêt ou en fonction d'autres intérêts qui le concernent, et doit donc supporter les conséquences financières, au moins dans une mesure équitable ou appropriée. Le Rapporteur spécial est donc fermement convaincu qu'au moins dans les cas où les circonstances excluant l'illicéité constituent une excuse et non une justification, c'est-à-dire les cas où les circonstances excluent la responsabilité, le projet d'articles doit expressément envisager la possibilité d'une indemnisation. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Hongrie avait expressément prévu, en faisant fond sur l'état de nécessité, qu'elle assumait l'obligation d'indemniser la Tchécoslovaquie. Pour le Rapporteur spécial, il aurait été intolérable que la Hongrie se prétende incapable de supporter les coûts environnementaux et autres du projet tout en faisant supporter à l'autre partie des coûts importants résultant de sa faute. La Cour a expressément consigné cette position dans son arrêt. Personnellement, le Rapporteur spécial souhaiterait que l'article 35 soit formulé de manière assez rigoureuse dans le contexte des circonstances excluant l'illicéité. Le Comité de rédaction pourra décider, à la lumière du débat général, des termes exacts qu'il convient d'employer.

42. Il est clair que, lorsqu'un État fait fond sur une circonstance excluant l'illicéité, cela n'est que temporaire.

[18] Voir le sixième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire… 1985*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/389, p. 11.

[19] Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, 1994.

La Cour l'a indiqué clairement dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, et il faudrait aussi le préciser dans le projet d'articles et dans le commentaire. D'une manière générale, cela apparaît suffisamment dans les nouvelles versions des articles 34 et 35 (Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité) proposées dans les conclusions sur le chapitre V du projet d'articles, qui figurent à la section C du chapitre premier de son deuxième rapport. Le Rapporteur spécial indique qu'il propose néanmoins un nouvel article 34 *bis* (Procédure pour invoquer une circonstance excluant l'illicéité) contenant des dispositions rudimentaires concernant la procédure permettant d'invoquer une circonstance excluant l'illicéité. Le point essentiel est que d'une manière générale ces circonstances opèrent automatiquement : une situation de détresse ou de force majeure survient qui affecte l'exécution due à ce moment-là. Il ne s'agit donc pas nécessairement de notifier la circonstance, bien que cela doive être fait si possible. L'article 34 *bis* est rédigé compte tenu de cette contrainte.

43. Le nouvel article 34 *bis* proposé contient aussi, en son paragraphe 2, une disposition assez rudimentaire sur le règlement des différends, placée entre crochets simplement à titre de rappel. S'agissant des motifs permettant d'invoquer l'invalidité ou la caducité d'un traité, les États ont insisté pour qu'une référence relative au règlement des différends soit insérée. C'est pourquoi il doit au moins y avoir un lien entre le règlement des différends et l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité. On trouve des éléments concernant un tel lien dans l'arbitrage du *Rainbow Warrior* en ce qui concerne la détresse. D'autre part, la Commission ne devrait entrer dans le détail du paragraphe 2 de l'article 34 *bis* que lorsqu'elle examinera la question du règlement des différends dans son ensemble et décidera du statut qu'elle entend proposer pour l'ensemble du projet. La disposition de fond de l'article 34 *bis* pour les besoins actuels, à savoir le paragraphe 1, prévoit une procédure d'information et de consultation dans le cadre de laquelle l'État invoquant les circonstances excluant l'illicéité est tenu, au minimum, d'informer l'autre État de son intention de le faire.

44. Dans le nouvel article 35 proposé, outre l'indemnisation financière en cas de détresse et de nécessité, le Rapporteur spécial a inclus une disposition (al. *a*) traitant expressément de la cessation, reflétant les conclusions à laquelle la Cour est parvenue sur ce sujet dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Le Rapporteur spécial indique toutefois qu'il n'a pas envisagé d'indemnisation dans les cas de force majeure, et encore moins dans les cas de consentement. Il lui a en effet semblé anormal de dire que le consentement rend le fait licite mais qu'une indemnisation doit néanmoins être versée. Les États peuvent bien entendu exiger, comme condition de leur consentement, qu'une indemnisation leur soit versée à l'avance, et ils sont libres de le faire. Toutefois, il est curieux que l'article 35 tente d'intervenir dans des négociations menées à cette fin, même si le consentement est maintenu au chapitre V.

45. Enfin, la Commission notera une légère modification dans l'ordre dans lequel les circonstances excluant l'illicéité sont présentées dans le chapitre V. En raison de son importance, ce chapitre commence maintenant avec l'article 29 *bis* (Observation d'une norme impérative *[jus cogens]*). L'article 29 *ter* (Légitime défense) [le paragraphe 1 est l'ancien article 34], dont on peut dire qu'il s'agit d'une notion apparentée au *jus cogens*, lui fait suite. Puis viennent l'article 30, relatif aux contre-mesures, et l'article 30 *bis* (Inobservation causée par l'inobservation préalable d'un autre État), relatif à l'exception d'*inadimplenti*, qui est au moins analogue aux contre-mesures. Viennent ensuite les trois cas particuliers – force majeure, détresse et état de nécessité – qui, pour le Rapporteur spécial, seraient plutôt des circonstances excluant la responsabilité, et les deux dispositions procédurales.

46. Le chapitre V peut sembler, à première vue, avoir été fondamentalement remanié, mais en réalité le Rapporteur spécial a seulement essayé de régler certains problèmes particuliers et de réorganiser le chapitre afin que sa structure théorique apparaisse plus clairement. Pour le Rapporteur spécial, quoi qu'il en soit, le chapitre V constitue une contribution permanente au droit international général.

47. Le PRÉSIDENT invite les membres à prendre la parole dans le cadre du débat général sur le chapitre V.

48. M. ROSENSTOCK dit que d'une manière générale il appuie pratiquement tout ce qui figure dans la section C du chapitre premier du deuxième rapport relatif au chapitre V et ce qu'a dit le Rapporteur spécial dans sa présentation. La proposition de supprimer l'article 29 est acceptable pour les raisons exposées par le Rapporteur spécial, notamment parce que le consentement donné à l'avance peut être considéré comme une règle primaire, alors que donné a posteriori il suppose une renonciation. Bien entendu, exclure le consentement parce qu'il s'agit d'une règle primaire revient à adopter une conception très large des règles primaires. Mais l'approche pourrait néanmoins se révéler utile.

49. M. Rosenstock est néanmoins extrêmement préoccupé par la proposition tendant à ce que l'article 30, relatif aux contre-mesures, ne soit pas examiné à la session en cours. La Commission a déjà pris un an de retard dans ses travaux sur le sujet. L'article 30 a été assez bien accepté en première lecture, et peut-être ne serait-il pas trop difficile de recueillir un degré comparable d'acceptation en deuxième lecture. En outre, le règlement des difficultés qui restent en ce qui concerne la deuxième partie à la prochaine session ne sera pas facilité si la Commission doit en même temps examiner l'article 30. Bien sûr, les choses seraient plus claires si le Rapporteur spécial souscrivait à l'opinion du Royaume-Uni, à savoir que le consentement, les contre-mesures et, peut-être, la légitime défense constituent une catégorie différente. Il est néanmoins clair que le Rapporteur spécial n'en a pas l'intention.

50. M. Rosenstock n'insiste pas pour qu'un débat ait lieu au stade actuel sur l'article 30. Toutefois, si la Commission s'efforce d'examiner les autres dispositions du chapitre V aussi rapidement que possible, elle pourrait utiliser le temps ainsi gagné pour progresser dans l'étude de l'article 30 à la session en cours, améliorant ainsi considérablement ses chances d'achever ses travaux sur le sujet en temps voulu.

51. M. KATEKA a cru comprendre que le Président envisage d'examiner le chapitre V par groupes de projets d'article. Or, il vient de donner la parole à M. Rosenstock

dans le cadre d'un débat général sur le chapitre V. Une autre possibilité serait d'examiner le chapitre V article par article.

52. Après un débat de procédure auquel participent MM. CRAWFORD (Rapporteur spécial), KATEKA, SIMMA et TOMKA, le PRÉSIDENT dit que, en l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite examiner le chapitre V article par article, dans l'ordre proposé par le Rapporteur spécial dans les conclusions sur le chapitre V qui figurent à la section C du chapitre premier de son deuxième rapport.

Il en est ainsi décidé.

ARTICLE 29

53. M. GAJA dit qu'il faut conserver l'article 29. Nombre des activités qu'un État peut souhaiter mener sur le territoire d'un État étranger ne sont autorisées par le droit international qu'avec le consentement de ce dernier État. On peut, comme exemple, citer la construction de bases militaires et l'exercice de fonctions consulaires ou de fonctions d'enquête extrajudiciaire. La plupart de ces activités n'ont lieu qu'après que le consentement a été donné, en général sous la forme d'un accord entre les deux États concernés. Lorsqu'un tel accord est conclu, les règles du droit international interdisant l'activité en question cèderont le pas aux dispositions de cet accord, et il n'est donc pas nécessaire de traiter de telles situations dans le projet d'articles.

54. Toutefois, à défaut d'un tel accord, la règle s'appliquera, et l'État territorial pourra consentir à titre exceptionnel à une activité particulière. Dans de tels cas, l'illicéité sera assurément exclue. Pour prendre l'exemple du survol donné par le Rapporteur spécial, la Convention relative à l'aviation civile internationale confère aux aéronefs civils de tous les États parties le droit de survoler le territoire des autres États parties dans le cadre de vols réguliers. Il y a donc une dérogation à la règle du droit international général interdisant le survol. Mais il n'existe pas de dérogation générale de ce type dans le cas des appareils militaires, même s'il peut y avoir une exception à l'interdiction quand le consentement est donné soit pour une série de cas ou individuellement. Au paragraphe 20 du commentaire de l'article 29 adopté en première lecture, la Commission considère le consentement spécifique comme un accord. Comme de nombreux commentateurs, M. Gaja considère que ce n'est pas nécessairement le cas : souvent, le consentement peut être donné unilatéralement par l'État territorial. On ne peut donc assumer que dans tous les cas il existe un accord spécial dérogeant à la règle. Certes, on peut dire avec le Rapporteur spécial que la règle du droit international interdisant les survols est une règle qui les interdit excepté en cas de consentement. On peut dire, dans le même ordre d'idées – là le Rapporteur spécial ne serait probablement pas d'accord – que la règle interdit les survols sauf dans les cas de détresse ou de légitime défense, l'une ou l'autre des circonstances excluant généralement l'illicéité.

55. Lorsque, au paragraphe 257 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial examine l'article 31, il distingue entre ces cas, car récemment une explication ou une justification a été nécessaire, alors que cela n'est pas nécessaire dans le cas du consentement. Toutefois, ce n'est pas parce que les circonstances étaient intrinsèquement différentes. À l'évidence, lorsqu'un État a consenti, il n'a pas besoin d'être persuadé, alors que dans d'autres cas la persuasion est nécessaire.

56. Comme le Rapporteur spécial l'a noté au paragraphe 235 de son deuxième rapport, en examinant l'article 29, aucun État n'a formulé d'objection à l'encontre du principe consacré à cet article. C'est sûrement une raison supplémentaire de le conserver. Enfin, en ce qui concerne la validité du consentement, une question qui fait problème et sur laquelle les gouvernements ont appelé l'attention : si le consentement spécial prend la forme d'un accord, il n'y a pas besoin de s'occuper de la validité du consentement, car la Convention de Vienne de 1969 s'applique. M. Gaja ne voit pas pourquoi la Commission n'adopterait pas une solution analogue dans le cas des actes unilatéraux, en renvoyant simplement dans le commentaire aux dispositions qu'elle adoptera lorsqu'elle examinera les actes unilatéraux des États.

57. M. KATEKA dit qu'il est enclin à souscrire à la proposition du Rapporteur spécial tendant à supprimer l'article 29. De trop nombreux abus ont été commis, que ce soit en Europe durant la seconde guerre mondiale ou au Congo en 1960, au nom du consentement préalable valablement donné. Il est universellement admis qu'il faut protéger les États faibles contre les abus des États puissants. Le principe machiavélien de la fin justifie les moyens ne peut être invoqué pour excuser l'intervention dans les affaires intérieures des États ni la violation de normes impératives telles que le droit à l'autodétermination. Pour ces raisons, ainsi qu'à la lumière des arguments avancés par le Rapporteur spécial lorsqu'il a présenté le chapitre V, M. Kateka estime que le consentement (art. 29) ne doit pas figurer dans le projet d'articles.

58. M. LUKASHUK, après s'être félicité de la très haute tenue de la section du rapport à l'examen, dit que la distinction faite par le Rapporteur spécial entre deux types différents de consentement à l'inexécution d'un traité – le consentement donné, respectivement, avant et après – est parfaitement correct, mais les conséquences sont différentes dans chaque cas. Pour ce qui est du consentement préalable, le droit des traités reconnaît aux parties le droit de suspendre, par accord mutuel, l'application d'un traité dans son ensemble ou de dispositions particulières d'un traité. C'est pourquoi, dans la mesure où il traite du consentement préalable, l'article 29 relève à l'évidence du régime général des circonstances excluant l'illicéité et il peut être utile de le conserver dans le projet. Pour le consentement a posteriori, M. Lukashuk partage totalement l'opinion du Rapporteur spécial. Le Comité de rédaction pourrait peut-être envisager d'intituler l'article « Consentement préalable » et d'en modifier le texte en conséquence.

59. M. HAFNER souscrit à la plupart des observations de M. Gaja. S'il n'est pas opposé à la tendance générale visant à réduire le nombre des dispositions régissant la responsabilité des États, il ne pense pas que l'article 29 puisse être supprimé. En ôtant le consentement de la liste des circonstances excluant l'illicéité, on pourrait donner l'impression d'abroger un principe important. En outre,

M. Hafner n'est pas convaincu que toutes les règles primaires autorisent à consentir valablement à un acte qui n'est pas conforme à une obligation. Il y a deux manières de considérer un fait illicite. Du point de vue de la victime, un fait illicite ne peut être commis lorsqu'un consentement valable a été donné; mais, du point de vue des États tiers, l'acte peut demeurer illicite à moins qu'il ait été établi que le consentement a été donné. Cet aspect du problème doit être pris en considération compte tenu de l'importance croissante de la dimension multilatérale des normes internationales. À cet égard, M. Hafner est surpris par le commentaire de l'article 29. Il n'est pas convaincu, ainsi qu'il est dit au paragraphe 20 du commentaire, qu'un fait illicite par lequel un État neutre « victime » donne son consentement pour que des troupes étrangères pénètrent sur son territoire demeure illicite vis-à-vis des États tiers. En conclusion, M. Hafner appuie la proposition de M. Lukashuk tendant à intituler l'article 29 « Consentement préalable ».

60. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant à M. Hafner, dit que l'exemple de la neutralité montre pourquoi, du point de vue de la logique, il est préférable de concevoir le consentement comme faisant partie de la règle primaire. Un État qui, dans son propre intérêt, a proclamé sa neutralité peut renoncer à celle-ci dans un cas donné et, s'il le fait, cette renonciation est opposable au monde dans son ensemble. Mais lorsque la neutralité a dans les faits été imposée à un État ou acceptée par lui dans l'intérêt général – on songe à l'Antarctique –, le consentement opérera à l'évidence de manière bien différente. Il est donc préférable d'envisager l'ensemble de la question comme un aspect de la règle primaire particulière plutôt que d'essayer d'énoncer une règle d'application universelle. En proposant de supprimer cette règle, le Rapporteur spécial n'entend pas abroger un principe important mais veut simplement théoriser les circonstances excluant l'illicéité de manière légèrement moins large.

61. M. KAMTO dit qu'avant de décider de supprimer ou de conserver l'article 29, la Commission devrait examiner sérieusement la question de la validité du consentement donné. Dans certains cas, deux gouvernements qui sont en rivalité à l'intérieur du même État peuvent tous deux proclamer avoir pris une décision valide, éventuellement d'effet opposé. Qui décidera laquelle de ces deux décisions est valide ? L'article 29 risque d'être utilisé pour intervenir de manière inacceptable dans les affaires intérieures des États. Plus généralement, la notion de consentement prise en tant que circonstance excluant l'illicéité ne peut-elle pas permettre à deux États de violer par consentement mutuel une règle du droit international et se soustraire à toute responsabilité pour leur comportement ? Une telle possibilité ne portera-t-elle pas préjudice à l'ensemble des obligations internationales, qu'elles soient objectives ou *erga omnes* ? Il lui semble que le consentement préalable de l'État A exclut l'illicéité de l'acte de l'État B qui sans cela serait illicite; en quelque sorte, le consentement « légalise » l'acte et le place ainsi dans le cadre normal de la coopération entre États. Pour ces raisons, M. Kamto pense que l'article 29 doit être remanié par le Comité de rédaction ou purement et simplement supprimé.

62. M. MELESCANU se joint aux autres membres pour féliciter le Rapporteur spécial pour son excellent rapport, et en particulier pour la clarté des propositions et des notes qui les accompagnent dans les conclusions de chaque chapitre du projet d'articles. Il doute sérieusement que l'article 29 soit bien à sa place au chapitre V et même qu'il ait une place dans le projet d'articles. Le consentement n'est pas une circonstance excluant l'illicéité; il rend une obligation inexistante ou, pour utiliser la terminologie de l'article 53 de la Convention de Vienne 1969, nulle. Tout en reconnaissant pleinement la validité des arguments avancés par MM. Gaja et Hafner, M. Melescanu pense que ces craintes pourraient être levées si l'on ajoute les explications voulues quelque part dans le commentaire.

63. M. CRAWFORD dit qu'il y a certes des cas de disparition d'obligations, mais aussi d'application de la règle primaire. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, les agents de l'État de réception ne peuvent pénétrer dans les locaux d'une mission sans le consentement du chef de la mission. Avec ce consentement, l'entrée dans les locaux de la mission n'est pas illicite, même potentiellement.

64. M. SIMMA fait observer qu'il faut distinguer entre les obligations de caractère impératif qui continuent à lier les États qu'il y ait eu ou non consentement pour renoncer à leur exécution, et les obligations du type visé par M. Melescanu, que le consentement rend nulles.

65. M. Sreenivasa RAO dit qu'il apprécie les arguments avancés par MM. Kamto et Kateka mais qu'il pense avec MM. Gaja et Hafner que l'article doit être conservé moyennant certaines modifications. Il faudrait préciser dans le commentaire que le consentement ne doit pas pouvoir justifier une faute accessoire ou incidente. L'objet et le but précis du consentement s'agissant d'abroger une obligation doivent être énoncés avec précision dans chaque cas.

66. M. GOCO dit qu'il accepte la recommandation du Rapporteur spécial tendant à la suppression de l'article 29, mais qu'il se demande si dans certaines situations le consentement peut avoir un effet rétroactif.

67. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que des cas de consentement rétroactif valable, ne constituant pas simplement une renonciation, peuvent de fait exister. Néanmoins, de tels cas devraient normalement être traités dans la troisième partie du projet, dans laquelle il a l'intention de proposer un article sur la question de la renonciation et de l'élimination de la violation.

La séance est levée à 13 heures.