

Document:-  
**A/CN.4/461and Add.1-3 & Add.2/Corr.1**

**Sixième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz,  
Rapporteur spécial**

sujet:  
**Responsabilité des Etats**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**1994, vol. II(1)**

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

# RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/461 et Add.1 à 3\*

## Sixième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial

[Original : anglais]  
[19 et 26 avril,  
14 juin et  
21 juillet 1994]

### TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	Pages
INTRODUCTION .....	1-5	4
<i>Chapitres</i>		
I. ÉVALUATION DES DISPOSITIONS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS APPLICABLES PRÉALABLEMENT AUX CONTRE-MESURES ENVISAGÉES JUSQU'ICI POUR LE PROJET D'ARTICLES SUR LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS .....	6-93	5
A. Formulation adoptée en 1993 par le Comité de rédaction pour l'article 12 de la deuxième partie du projet .....	6-47	5
1. Alinéa <i>a</i> du paragraphe 1 .....	6-32	5
2. Alinéa <i>b</i> du paragraphe 1 .....	33-37	9
3. Paragraphe 2 .....	38-42	10
4. Paragraphe 3 .....	43-44	11
5. Principales lacunes du libellé de l'article 12 adopté par le Comité de rédaction en 1993 .....	45-47	11
B. La question cruciale de l'exigence du recours préalable à des procédures de règlement des différends .....	48-61	12
C. Autres aspects importants des moyens de règlement des différends préalables aux contre-mesures à prendre en considération dans l'article 12 de la deuxième partie ..	62-81	15
1. Emploi des termes « avoir épuisé » « toutes », et « disponibles » .....	63-64	15
2. Emploi de l'expression « communiqué à temps » .....	65	16
3. Exceptions à l'exigence du « recours préalable à des procédures de règlement des différends » .....	66	16
4. Emploi de l'expression « réponse satisfaisante » .....	67-68	16
5. Quelques observations sur la nécessité de faire preuve de souplesse .....	69-72	17
6. La question importante des mesures conservatoires .....	73-81	17
D. Propositions du Rapporteur spécial concernant les articles 11 et 12 de la deuxième partie du projet .....	82-93	18
II. PRINCIPALES QUESTIONS À EXAMINER LORS DU PROCHAIN DÉBAT SUR LES CONSÉQUENCES DES FAITS INTERNATIONALEMENT ILLICITES QUALIFIÉS DE CRIMES AUX TERMES DE L'ARTICLE 19 DE LA PREMIÈRE PARTIE DU PROJET .....	94-113	20
A. Peut-on définir les crimes ? .....	96-98	20
B. À supposer qu'on puisse dégager une définition acceptée, à qui appartiendra-t-il de déterminer qu'un « crime » a été commis ? .....	99-101	20
1. Les crimes comme l'agression .....	100	21
2. Les autres crimes .....	101	21
C. Quelles sont les conséquences possibles d'un constat de crime ? .....	102-113	21

\* Incorporant les documents A/CN.4/461/Add.2/Corr.1.

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
1. Recours disponibles et faculté de recourir à des contre-mesures.....	103-105	21
a) Recours disponibles .....	103-104	21
b) Faculté de recourir à des contre-mesures.....	105	21
2. Conditions dans lesquelles tous les États, et non seulement l'État victime, pourraient, en cas de crime, être autorisés à exercer des recours ou à recourir à des contre-mesures .....	106-109	22
3. Exclusion possible des crimes du champ d'application des dispositions sur les circonstances excluant l'illicéité .....	110	22
4. Obligation générale de ne pas reconnaître les conséquences d'un crime .....	111	22
5. Obligation générale de ne pas aider l'État « criminel » et de prêter assistance à la victime .....	112-113	22

## Introduction

1. Le présent rapport traite un certain nombre de questions touchant les dispositions relatives au règlement des différends figurant dans les deuxième et troisième parties du projet d'articles sur la responsabilité des États, conformément à l'orientation que la Commission a adoptée depuis ses trente-septième (1985) et trente-huitième sessions (1986). On se reportera aux choix importants faits lors des débats qui ont eu lieu en 1985 et 1986 puis en 1992 et 1993 sur la question<sup>1</sup>, et en particulier aux décisions de la Commission de renvoyer au Comité de rédaction d'abord le projet d'article 10 de la deuxième partie<sup>2</sup> et les projets d'articles 1 à 5 et l'annexe de la troisième partie<sup>3</sup> élaborés par le précédent Rapporteur spécial, puis le projet d'article 12 de la deuxième partie<sup>4</sup> et les projets d'articles 1 à 6 et l'annexe de la troisième partie élaborés par l'actuel Rapporteur spécial<sup>5</sup>.

2. L'article 12 de la deuxième partie formulé par le Comité de rédaction à la quarante-cinquième session se lisait comme suit :

### *Article 12. — Conditions liées au recours à des contre-mesures*

#### 1. Un État lésé ne peut pas prendre de contre-mesures à moins :

<sup>1</sup> Pour le résumé des débats de la CDI, voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 108 à 163, *Annuaire... 1986*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 40 à 65, *Annuaire... 1992*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 105 à 276, et *Annuaire... 1993*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 193 à 335. Pour un rappel détaillé de ses travaux sur ce sujet, voir *Annuaire... 1985*, vol. I, 1890<sup>e</sup> à 1902<sup>e</sup> séances, *Annuaire... 1986*, vol. I, 1952<sup>e</sup> à 1956<sup>e</sup> séances, *Annuaire... 1992*, vol. I, 2265<sup>e</sup> à 2267<sup>e</sup>, 2273<sup>e</sup> à 2280<sup>e</sup>, 2283<sup>e</sup>, 2288<sup>e</sup> et 2289<sup>e</sup> séances, et *Annuaire... 1993*, vol. I, 2305<sup>e</sup> à 2310<sup>e</sup>, 2314<sup>e</sup> à 2316<sup>e</sup> et 2318<sup>e</sup> séances.

<sup>2</sup> Voir *Annuaire... 1990*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 321; pour le texte du projet d'article 10 de la deuxième partie, *ibid.*, p. 81, note 291.

<sup>3</sup> Voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 63; pour le texte des articles 1 à 5 et de l'annexe de la troisième partie, *ibid.*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 1, doc. A/CN.4/397 et Add.1, chap. I, sect. A.

<sup>4</sup> Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 119; pour le texte de l'article 12 proposé par le Rapporteur spécial, *ibid.*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 1, doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3, par. 52.

<sup>5</sup> Voir *Annuaire... 1993*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 205; pour le texte des projets d'articles 1 à 6 et de l'annexe de la troisième partie, *ibid.*, notes 116, 117, 121 à 123 et 125.

a) de recourir à une procédure de règlement des différends [obligatoire/par tierce partie] que l'État lésé et l'État auteur du fait internationalement illicite sont l'un et l'autre tenus d'utiliser en vertu d'un traité pertinent auquel ils sont parties; ou

b) en l'absence d'un tel traité, d'offrir une procédure de règlement du différend [obligatoire/par tierce partie] à l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

2. Le droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures est suspendu dans les cas et dans la mesure où une procédure de règlement du différend [obligatoire] convenue est appliquée de bonne foi par l'État auteur du fait internationalement illicite, sous réserve que ledit fait ait cessé.

3. Le défaut de l'État auteur du fait internationalement illicite de se conformer à une demande ou à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend met fin à la suspension du droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures.

Toutefois, après avoir procédé à une étude plus approfondie de la question, et notamment à une réévaluation de certaines carences de la formulation qu'il avait lui-même initialement proposée pour l'article 12, le Rapporteur spécial estime qu'il pourrait être utile de réexaminer certaines des questions qui ont été abordées, ou ont été laissées de côté, dans le cadre de la reformulation élaborée par le Comité de rédaction en 1993. Ceci pour tenir compte tant des problèmes que cette formulation laisse sans solution — trop de dispositions clefs demeurent entre crochets — que des problèmes découlant de la relation entre l'article 12 de la deuxième partie et la troisième partie proposée en 1993.

3. La relation entre les obligations de règlement préalables aux contre-mesures énoncées à l'article 12 et les obligations de règlement postérieures aux contre-mesures prévues dans la troisième partie a été soulignée en 1993 par certains membres du Comité de rédaction<sup>6</sup>, qui estimaient qu'en fait il serait préférable d'examiner l'article 12 en même temps que la troisième partie. Néanmoins, le Comité de rédaction n'a pu, en 1993, procéder

<sup>6</sup> *Annuaire... 1993*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 257.

ainsi du fait que le projet de la troisième partie ne lui a été renvoyé que plus tard. De fait, l'article 12 de la deuxième partie et les dispositions de la troisième partie sont à la fois fonctionnellement distincts et liés entre eux et il n'est pas exclu qu'il y ait eu un malentendu au Comité de rédaction en 1993 quant au rôle de l'article 12 (par opposition à celui de la troisième partie). En 1994, le Comité de rédaction sera saisi des projets d'articles de la troisième partie et il sera ainsi mieux à même d'examiner en même temps les deux séries de dispositions.

4. Étant donné que, à sa quarante-cinquième session, la Commission n'a pas examiné les conséquences des « crimes » internationaux des États envisagés à l'article 19 de la première partie du projet<sup>7</sup>, le Rapporteur spécial

<sup>7</sup> Pour le texte de l'article 19 de la première partie, adopté provisoirement par la Commission, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 31.

n'a pas encore pu bénéficier des indications qu'il comptait recevoir de la Commission sur nombre des questions difficiles abordées dans le chapitre II de son cinquième rapport<sup>8</sup>. Il a toutefois l'intention d'aborder brièvement ces questions dans le chapitre II du présent rapport.

5. Le présent rapport comporte deux chapitres. Le chapitre premier est consacré à une réévaluation des solutions envisagées jusqu'ici pour les dispositions relatives au règlement des différends applicables préalablement aux contre-mesures, à savoir l'article 12 tel que formulé par le Comité de rédaction en 1993 et les propositions de l'actuel Rapporteur spécial et de son prédécesseur concernant lesdites dispositions. Le chapitre II, consacré aux conséquences des crimes internationaux visées *supra* au paragraphe 4.

<sup>8</sup> Voir *Annuaire... 1993*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 1, doc. A/CN.4/453 et Add.1 à 3.

## CHAPITRE PREMIER

### Évaluation des dispositions de règlement des différends applicables préalablement aux contre-mesures envisagées jusqu'ici pour le projet d'articles sur la responsabilité des États

#### A. — Formulation adoptée en 1993 par le Comité de rédaction pour l'article 12 de la deuxième partie du projet

##### 1. ALINÉA *a* DU PARAGRAPHE 1

6. L'aspect de loin le plus important de la formulation adoptée en 1993 par le Comité de rédaction pour l'article 12 est l'abandon de la caractéristique principale des propositions de 1985, 1986 et 1992, à savoir l'épuisement préalable des procédures de règlement des différends disponibles en tant que condition de la licéité du recours à des contre-mesures. Aux termes de la formulation retenue par le Comité de rédaction en 1993, « un État lésé ne peut pas prendre de contre-mesures à moins : *a*) de recourir à une procédure de règlement des différends [obligatoire/par tierce partie] (...) ». Le projet d'articles ne contenant aucune indication chronologique, il semble qu'il appartienne à l'État qui recourt à des contre-mesures de choisir le moment où il se conforme à la prescription en question. En d'autres termes, le recours à de tels moyens de règlement pourrait très bien accompagner ou suivre, au lieu de précéder, le recours à des contre-mesures<sup>9</sup>.

7. La déclaration faite par le Président du Comité de rédaction à la quarante-cinquième session semble de fait

<sup>9</sup> La formulation adoptée en 1993 par le Comité de rédaction pour l'article 12 s'écarte ainsi sensiblement des propositions faites par le précédent Rapporteur spécial en 1985 et 1986 et par l'actuel Rapporteur spécial en 1992, toutes deux renvoyées au Comité de rédaction. On se souviendra qu'aux termes de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé en 1992, l'État lésé ne pouvait prendre aucune contre-mesure « avant : *a*) d'avoir épuisé toutes les procédures de règlement amiables disponibles en vertu du droit international général, de la

autoriser une interprétation moins pessimiste. Selon cette déclaration, le Comité de rédaction « a préféré supprimer toute référence temporelle dans le texte et retenir une formulation qui *met l'accent sur les conditions qui doivent être d'emblée respectées* » pour que le recours à des

Charte des Nations Unies ou de tout autre instrument relatif au règlement des différends auxquels il est partie » (A/CN.4/444 et Add.1 à 3 [*supra* note 4], par. 52). Les procédures de règlement des différends envisagées comprenaient donc tous les modes de règlement énumérés à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, des formes les plus simples de négociation aux procédures les plus élaborées de règlement judiciaire.

En généralisant la notion de « procédures disponibles » au lieu de la limiter, comme avait envisagé de le faire le précédent Rapporteur spécial, aux procédures de règlement par tierce partie susceptibles d'être engagées unilatéralement, l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 visait à englober les obligations de règlement des différends découlant, pour l'État lésé, de toutes les sources autres qu'une convention sur la responsabilité des États.

D'autre part, la rigueur de cette condition était considérablement atténuée par les exceptions énoncées au paragraphe 2 du même projet d'article, qui prévoyait que la condition de recours préalable aux procédures de règlement des différends ne s'appliquait 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. »

Pour le Rapporteur spécial, ces exceptions n'ont malheureusement pas été examinées comme elles le méritaient par le Comité de rédaction en 1993. On doit dire la même chose de la condition de « réponse satisfaisante » énoncée à l'article 11 (*ibid.*). Ces éléments et d'autres,

(Suite de la note page suivante.)

contre-mesures soit licite »<sup>10</sup>. Ceci semble néanmoins être un euphémisme quant à l'effet juridique d'une disposition dans laquelle rien n'est dit au sujet de l'élément temporel. Cette omission serait inéluctablement interprétée comme signifiant que, en ce qui concerne l'article 12, la relation chronologique entre le recours à des contre-mesures et le recours à des procédures de règlement des différends serait indifférente; elle serait laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'État prétendument lésé.

8. À l'abandon de la condition préalable du recours à des procédures de règlement des différends, il faut ajouter un autre changement important (par rapport aux deux premières propositions), à savoir : la définition étroite des sources de l'obligation relative au règlement des différends dont l'État lésé doit tenir compte. Les procédures de règlement des différends auxquelles il devrait être recouru seraient, conformément à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12, celles que les États intéressés sont « *tenus d'utiliser\** en vertu d'un traité *pertinent\** auquel ils sont parties ».

9. Si l'on s'en tient au sens juridique couramment attaché à la notion de pertinence, on est amené à conclure qu'un traité pertinent s'entend de tout traité en vigueur entre les parties qui les oblige à avoir recours à des moyens amiables, c'est-à-dire à des moyens ne comportant pas de contre-mesures unilatérales. Si tel devait être le cas, l'obligation imprécise découlant de l'exigence de recourir à des procédures de règlement des différends, sans autre précision, deviendrait moins vague, ou moins dans son objet, à savoir : les procédures de règlement des différends à utiliser. Celles-ci comprendraient — sous réserve des précisions provisoirement laissées entre crochets et sur lesquelles nous reviendrons plus loin — toutes procédures de règlement des différends que les parties sont tenues d'utiliser en vertu d'un traité relatif au règlement des différends, tel que la Charte des Nations Unies, les accords multilatéraux régionaux relatifs au règlement des différends et, bien entendu, les instruments bilatéraux relatifs à l'arbitrage, à la conciliation ou au règlement judiciaire<sup>11</sup>. Considérant qu'un différend relatif à un fait illicite international serait un différend d'ordre juridique, il est très probable qu'un ou plusieurs de ces traités mul-

tilatéraux ou bilatéraux répondraient au critère de la « pertinence ».

10. Toutefois, il ne semble pas que telle ait été l'intention des membres du Comité de rédaction qui ont fait inscrire le mot « pertinent » dans l'alinéa *a* du paragraphe 1. Premièrement, il n'est pas certain que les termes « traité pertinent » s'appliqueraient aussi à la Charte des Nations Unies, qui est, en général, nominalement désignée. Deuxièmement, selon la déclaration du Président du Comité de rédaction (*supra* par. 7), « le terme « pertinent » (qui sera probablement précisé ultérieurement dans le commentaire relatif à l'article avant son adoption en séance plénière) « se réfère à un traité applicable au domaine auquel se rapportent l'acte illicite et les contre-mesures\* »<sup>12</sup>. En d'autres termes, les seuls traités pertinents du point de vue de l'obligation imprécise qui incombe à l'État lésé en matière de règlement des différends seraient ceux dont relève la matière faisant l'objet de l'acte illicite et des contre-mesures en question dans chaque cas concret. Si telle devait être l'interprétation à donner à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12, l'État lésé serait en droit de ne tenir aucun compte, aux fins du recours à des contre-mesures, non seulement du paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et de l'ensemble du Chapitre VI de la Charte, mais aussi de tous les traités généraux relatifs à la conciliation, à l'arbitrage ou au règlement judiciaire en vigueur entre les parties, sans parler des déclarations générales d'acceptation de la juridiction de la CIJ prévues au paragraphe 2 de l'article 26 du Statut de la Cour (clause dite « facultative »). Resterait seulement les clauses compromissaires inscrites dans les traités applicables au domaine ou à la matière auxquels se rapportent l'acte illicite et les contre-mesures en question. Il est permis de se demander si le Comité de rédaction a vraiment voulu pousser si loin la restriction. Il est vrai que, conformément à l'Article 103 de la Charte, l'obligation relative au règlement des différends prévue au paragraphe 3 de l'Article 2 l'emporterait sur les obligations découlant d'une convention relative à la responsabilité des États. Il serait toutefois extrêmement regrettable que la CDI soumette aux États un projet se prêtant à des interprétations qui le rendrait incompatible avec les dispositions fondamentales de la Charte.

11. La déclaration du Président du Comité de rédaction est, dans un sens très général, une interprétation « faisant foi » de la disposition en question, mais force est de se demander sur quelle base, une fois le texte adopté dans une convention, il pourrait être soutenu, par exemple, qu'un traité général prévoyant le recours obligatoire à la conciliation, à l'arbitrage ou au règlement judiciaire (« obligatoire » signifiant que la procédure peut être engagée par une demande ou requête unilatérale) n'est pas « pertinent » à l'égard d'un différend, uniquement parce qu'il se trouve que le différend est lié à un acte illicite international. La même question pourrait être posée dans le cas où un lien juridictionnel s'appliquant incontestablement au différend relatif à l'acte illicite en question existerait entre l'État présumé lésé et l'État présumé auteur du fait de leur acceptation de la clause facultative du Statut de la Cour internationale de Justice.

(Suite de la note 9.)

qui assurent au texte une certaine souplesse, sont examinés *infra* aux paragraphes 63 et suivants.

Si, au cours du débat qui a eu lieu en 1992, de nombreux membres de la Commission ont estimé que les efforts faits pour renforcer la condition de recours préalable aux moyens de règlement amiable n'étaient pas sans mérite, certains autres ont jugé cette condition trop rigoureuse. Ils étaient en particulier opposés à son extension à toutes les procédures disponibles, et jugeaient la notion de « disponibilité » et le mot « épuisement » trop vagues : sur ces trois points, on pourrait procéder à des ajustements, bien qu'il ne faille pas vider indûment de leur sens le paragraphe 3 de l'article 2 et l'Article 33 de la Charte (tel qu'interprétés, par exemple, dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies [résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970, annexe]). Lesdits points sont examinés ci-après, aux paragraphes 63 et suivants.

<sup>10</sup> *Annuaire... 1993*, vol. I, 2318<sup>e</sup> séance, par. 14.

<sup>11</sup> La définition des procédures de règlement des différends à utiliser serait ainsi analogue, *mutatis mutandis*, à la définition résultant du terme « disponibles » utilisé à l'alinéa *a* du paragraphe I du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992.

<sup>12</sup> *Annuaire... 1993*, vol. I (*supra* note 10), par. 11.

12. Considérant, toutefois, que le texte à l'étude a été présenté en ces termes par le Président du Comité de rédaction, on peut difficilement s'attendre à ce que l'idée que le terme « pertinent » doit être interprété dans son sens large pourrait prévaloir en séance plénière, sauf si la question y était réexaminée en profondeur et renvoyée au Comité de rédaction pour qu'il clarifie le texte. Il faudrait aussi clarifier le texte en ce qui concerne une omission manifeste — l'absence de toute référence à la Charte : lacune gênante dans un projet qui émane d'un organe de l'Organisation des Nations Unies.

13. La restriction découlant du terme « pertinent », qui qualifie les traités que l'État lésé doit prendre en considération aux fins de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 adopté par le Comité de rédaction en 1993, serait encore aggravée si l'on acceptait, en particulier, comme « faisant foi », la partie des explications du Président du Comité de rédaction donnée dans le membre de phrase « domaine auquel se rapporte l'acte illicite *et*\* les contre-mesures ». Si le mot « et » a la signification habituelle, le traité devrait être doublement pertinent : à l'égard de l'acte illicite *et* à l'égard des contre-mesures. Mais alors, qu'en serait-il lorsque « l'acte illicite » et les contre-mesures portent sur des domaines différents ? Considérant que la plupart des contre-mesures n'appartiennent pas à la catégorie des mesures dites de « réciprocité », la possibilité qu'il n'y ait pas coïncidence est loin d'être hypothétique. Qu'arrivera-t-il alors si les deux domaines sont régis par des régimes de règlement différents ? Que se passera-t-il, en particulier, si une clause compromissive est applicable au domaine ou à la matière sur lequel porte l'acte illicite mais non les contre-mesures, ou vice-versa ? Une fois encore, il est permis de se demander quelle était l'intention derrière le membre de phrase ci-dessus — encore un point qui pourrait être utilement clarifié par le Comité de rédaction à la quarante-sixième session (1994).

14. Si le terme « pertinent » devait être maintenu dans l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 que le Comité de rédaction de 1993 a adopté, la future convention sur la responsabilité des États pourrait bien entraîner un affaiblissement considérable, sinon une abrogation partielle, des obligations relatives au règlement amiable des différends existant entre les parties à cette convention.

15. Autoriser le recours à des contre-mesures revient à autoriser le non-respect d'obligations internationales en tant que moyen de forcer une partie à un différend de mettre fin à un fait illicite ou de le réparer, selon le cas. Le faire sans prévoir au moins qu'il faut se conformer d'abord aux instruments en vigueur en matière de règlement des différends reviendrait à mettre en doute, fût-ce indirectement, les obligations découlant de ces instruments. L'entrée en vigueur d'une convention sur la responsabilité des États pourrait alors constituer un recul du droit régissant le règlement amiable et la Commission contribuerait par là, dans ce domaine, à un développement régressif du droit international. Nous reviendrons plus loin sur cette question primordiale<sup>13</sup>.

16. Pour revenir à cet aspect encore plus primordial de la formulation proposée par le Comité de rédaction de

1993, qui consiste à abandonner l'obligation de recourir préalablement à des procédures de règlement des différends, l'explication de cet important changement d'optique se trouve dans la déclaration ci-dessus mentionnée, que le Président du Comité de rédaction a faite à la Commission en séance plénière. Après avoir indiqué que la question qui avait « suscité de nombreux débats au Comité de rédaction » était celle de savoir « si l'application d'une procédure de règlement devait nécessairement ou non précéder le recours à des contre-mesures » et avoir ajouté, ce qui est encore plus important, que « la première solution [avait] incontestablement la préférence de nombreux membres du Comité\* », le Président a déclaré qu'un autre choix l'avait emporté parce que la solution préférée (c'est-à-dire le recours préalable à une procédure de règlement) risquerait « de susciter plusieurs problèmes », à savoir : *a*) l'exigence du recours préalable « serait injustifiable dans les cas où le fait internationalement illicite se poursuit » ; *b*) cette exigence ne tiendrait pas compte du fait que « l'État lésé pourrait devoir prendre des « mesures conservatoires » comme le gel d'avoirs, sans recourir préalablement à une procédure de règlement » ; et *c*) il existait, selon « certains membres » du Comité des cas (hormis les mesures conservatoires et la continuation du fait illicite) « où il ne serait pas toujours justifié d'exiger que le recours à une procédure de règlement des différends précède l'exercice de contre-mesures »<sup>14</sup>.

17. Puisque ce sont là les raisons qui ont dicté le choix important qui a été fait, il semble approprié, pour bien comprendre le texte, de les examiner de plus près<sup>15</sup>.

18. Pour ce qui est du premier point, l'hypothèse du préjudice continu ne devrait pas empêcher d'envisager, en principe, dans le projet sur la responsabilité des États, à la charge de l'État qui se prétend lésé, une obligation de recourir à des procédures de règlement des différends *avant* de prendre des contre-mesures.

19. En premier lieu, toutes les violations des obligations internationales n'ont pas un caractère continu. Même si l'obligation de recours préalable à des procédures de règlement des différends devait être écartée pour les violations de caractère continu — ce qui est moins certain qu'il n'y paraît à première vue —, on voit mal pourquoi elle ne serait pas conservée *au moins* pour les violations n'ayant pas un caractère continu.

20. Deuxièmement, il est loin d'être certain que l'obligation de recours préalable à des procédures de règlement des différends ne puisse être utilement étendue aux violations de caractère continu. Il ne faut pas oublier que, même si l'on parle, par souci de brièveté, de l'« État lésé » et de « l'État qui a commis le fait internationalement illicite », il serait dans tous les cas plus correct de parler de l'État *prétendument* lésé et de l'État qui *aurait* commis le fait internationalement illicite, ou à tout le moins de *penser* en ces termes. Comme il n'existe au départ aucune

<sup>14</sup> *Annuaire... 1993*, vol. I (*supra* note 10), par. 14.

<sup>15</sup> On pourrait ainsi être mieux à même de comprendre correctement ce que voulait dire le Président du Comité de rédaction dans la déclaration précitée lorsqu'il décrivait le texte adopté pour l'alinéa *a* du paragraphe 1 comme mettant l'accent « sur les conditions qui doivent être d'emblée\* respectées pour que le recours à des contre-mesures soit licite » (*ibid.*).

<sup>13</sup> Voir *infra* par. 48 à 61.

certitude que l'État prétendument auteur a commis ou est en train de commettre un fait illicite, on devrait uniquement parler, jusqu'à ce que la question soit réglée d'une manière ou d'une autre, d'une *prétendue* obligation de cessation et d'une *prétendue* obligation de réparer. Par ailleurs, il n'y a en réalité guère de différence, de ce point de vue, entre la cessation et la réparation; toutes deux font l'objet d'une demande du ou des États qui se prétendent lésés. Ainsi, dans la plupart des cas de violation ordinaire (excepté pour les mesures conservatoires), le recours immédiat à des contre-mesures n'est pas nécessairement plus justifié pour la cessation d'une violation de caractère continu qu'il ne l'est pour la réparation d'une violation qui est terminée. Dans les deux cas, le recours à des contre-mesures doit en principe être précédé non seulement par une demande mais aussi par une tentative de dialogue et éventuellement de règlement amiable. Pour les faits illicites de caractère continu — ainsi que pour ce qui est de la réparation d'urgence en cas de fait illicite très grave —, des mesures conservatoires s'imposent, dont il nous faut maintenant parler.

21. Quoi qu'il en soit de ce qui précède, l'obligation de l'État lésé de recourir au préalable à des moyens de règlement amiable ne doit pas être considérée comme absolue dans tous les cas. Que le prétendu préjudice soit ponctuel ou de caractère continu, une certaine latitude devrait être laissée pour la prise des mesures pouvant être nécessaires pour protéger provisoirement des droits de l'État qui se prétend lésé. Il est vrai que les mesures conservatoires ne sont pas faciles à définir — un point sur lequel nous reviendrons ultérieurement<sup>16</sup> — mais cette difficulté [à laquelle ni le Comité de rédaction ni la Commission elle-même ne se sont attaqués à la quarante-cinquième session (1993)] ne justifiait certainement pas l'abandon — pour l'un et l'autre type de prétendue violation — de toute idée de recours préalable à des procédures de règlement des différends.

22. Comme l'a reconnu le Président du Comité de rédaction dans sa déclaration, le projet d'article 12 proposé en 1992<sup>17</sup> prévoyait bien pour les mesures conservatoires une exception à la règle générale du recours préalable à des procédures de règlement des différends. Le paragraphe 2 du projet d'article disposait que la condition de recours préalable aux procédures de règlement des différends disponibles ne s'applique pas

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;

[...]

Selon la déclaration du Président du Comité de rédaction,

Il est vrai que le Rapporteur spécial a tenu compte de cette hypothèse [la question des mesures conservatoires unilatérales] en prévoyant [...] une exception à la règle générale du recours préalable [...]. Le Comité de rédaction n'a cependant pas jugé opportun de suivre cette démarche en raison du caractère peu précis de la notion de « mesures conservatoires prises par l'État lésé »<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Voir *infra* par. 73 et suiv.

<sup>17</sup> *Annuaire... 1992*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 28, note 61.

<sup>18</sup> Voir *supra* note 14.

On peut toutefois s'étonner que les mesures conservatoires aient été exclues (parce que la notion était vague), mais que, en pratique et comme le montre la déclaration précitée du Président du Comité de rédaction, le Comité ait conservé la notion dans le cadre de son propre raisonnement.

23. De fait, on voit mal comment l'imprécision de la notion de mesures conservatoires peut avoir amené le Comité de rédaction à évacuer le problème des faits illicites de caractère continu en abandonnant la condition du recours préalable à des procédures de règlement des différends. Le flou — déploré et en partie inévitable — de la notion de mesures conservatoires telle qu'utilisée par le Rapporteur spécial ne peut que favoriser la position de l'État prétendument lésé. En effet, plus la notion de mesures conservatoires est vague, plus nombreuses sont les possibilités pour cet État de se prévaloir d'une exception à l'obligation de recours préalable. À supposer que l'on considérât que cela ne fût pas souhaitable, on aurait dû à tout le moins tenter de réduire l'incertitude entourant la notion, mais l'on n'a rien fait pour cela. Il est donc encore plus difficile de comprendre pourquoi, en 1993, le Comité de rédaction a pu être persuadé au contraire qu'il fallait abandonner purement et simplement la condition de « recours préalable », en raison de la trop large portée de l'exception à l'assujettissement des mesures conservatoires à cette condition (en particulier dans le cas d'une violation de caractère continu), pour tous les types de violations.

24. S'agissant de la troisième raison indiquée, on comprend difficilement dans quelles situations, mis à part les faits illicites continus et autres cas appelant des mesures conservatoires, « certains membres » ont estimé qu'« il ne serait pas toujours justifié d'exiger que le recours à une procédure de règlement des différends précède l'exercice de contre-mesures »<sup>19</sup>. Là encore, on voit mal pourquoi, si l'on ne pouvait faire de la condition de recours préalable une règle intangible, l'on n'a pas pu prévoir des exceptions en autorisant des mesures conservatoires peut-être mieux définies ou en autorisant expressément tout type de contre-mesures lorsque l'État prétendument auteur « ne coopère pas de bonne foi au choix et à la mise en œuvre des procédures de règlement disponibles » (comme le prévoyait l'alinéa a du paragraphe 2 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992). On voit mal en quel sens l'approche opposée, celle qui consiste à écarter toute idée de recours préalable à des moyens de règlement amiable en faisant fond exclusivement sur l'appréciation discrétionnaire de l'État qui se prétend lésé, a été jugée inéluctable.

25. Outre qu'elle abandonne l'obligation de recours préalable à des procédures de règlement des différends (envisagée en 1985, 1986 et 1992), la formulation adoptée en 1993 par le Comité de rédaction présente d'autres caractéristiques très importantes sur lesquelles la Commission pourra souhaiter réfléchir.

26. Étroitement liée à l'abandon de l'obligation de recours préalable est la suppression de toute obligation pour l'État qui se prétend lésé d'informer l'État qui aurait commis le fait illicite de son intention d'appliquer des

<sup>19</sup> *Ibid.*

contre-mesures. L'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992, qui était une version simplifiée des dispositions très détaillées proposées par le précédent Rapporteur spécial en matière de notification, enjoignait à l'État lésé de ne pas prendre de contre-mesures avant « d'avoir fait part de son intention, à temps et dans les formes requises » à l'État auteur. On peut supposer que le Comité de rédaction n'a pu, faute de temps, examiner ce point en 1993.

27. Un autre point important est que le libellé de 1993, outre qu'il ne définit pas les « traités pertinents », ne précise pas non plus la nature de la procédure de règlement des différends à laquelle un État prétendument lésé devrait avoir recours. Comme l'indique la présence de crochets dans les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 — sans parler, pour le moment, du paragraphe 2 — le texte du Comité de rédaction de 1993 laisse à la Commission le soin de décider de cette question. Plus de trois possibilités peuvent être envisagées.

28. Une possibilité serait que soient envisagées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 toutes procédures amiables de règlement des différends, allant des procédures ordinaires de négociation, de médiation et de conciliation à l'arbitrage, au règlement judiciaire et au recours à des organes politiques internationaux ou régionaux. Une deuxième possibilité serait que soient envisagées, dans les mêmes alinéas, uniquement les procédures de règlement *par tierce partie*, comprenant, toutefois, les procédures tant obligatoires que non obligatoires. Cette possibilité comprendrait la conciliation aussi bien que l'arbitrage et le règlement judiciaire. Une troisième possibilité (à en juger d'après les mots entre crochets) serait que soient envisagées aux mêmes alinéas, en tant qu'objet de l'obligation plutôt vague de l'État lésé de recourir à des moyens de règlement amiables, uniquement les procédures *obligatoires* de règlement par tierce partie, c'est-à-dire seulement l'arbitrage et le règlement judiciaire.

29. Ce ne sont toutefois pas là les seules possibilités. Comme l'a fort justement indiqué le Président du Comité de rédaction de 1993 dans sa déclaration, certains membres du Comité de rédaction ont prôné une solution pour l'alinéa *a* et une autre pour l'alinéa *b*. Une telle diversification ouvrirait la voie à plusieurs autres possibilités<sup>20</sup>.

30. Pour être brefs, nous nous en tiendrons aux trois principales possibilités. S'il fallait interpréter les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 de l'article 12 au sens large, c'est-à-dire comme visant toutes les procédures de règlement des différends, la liberté d'agir de l'État lésé serait soumise à un degré de restriction relativement proche, *mutatis mutandis*, de celui qui était envisagé dans le projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial et renvoyé au Comité de rédaction en 1992. Toute procédure de règlement des différends, de la simple négociation à toutes les procédures de règlement par tierce partie de caractère judiciaire ou politique, obligatoire ou non obligatoire, ferait partie des moyens amiables de règlement auxquels serait tenu d'avoir recours l'État lésé.

<sup>20</sup> Si, par exemple, toute procédure de règlement des différends était envisagée à l'alinéa *a* et seulement les procédures de règlement par tierce partie à l'alinéa *b* ou vice-versa, et, au paragraphe 2, l'une ou l'autre de ces solutions ou même une troisième, les combinaisons possibles seraient manifestement très nombreuses.

31. Toutefois, deux différences capitales distingueraient encore le libellé du Comité de rédaction de 1993 des textes proposés en 1985, 1986 et 1992, dont il était saisi. L'une est, naturellement, la disparition fondamentale, déjà signalée, de l'obligation d'avoir préalablement recours à des procédures de règlement des différends<sup>21</sup>. L'État lésé resterait libre de déterminer si le recours à des moyens amiables doit précéder, accompagner ou suivre le recours à des contre-mesures. La deuxième différence, tout aussi fondamentale, réside dans le fait que le caractère déjà vague de l'obligation de l'État lésé serait probablement encore accentué par les termes « traité *pertinent* », comme on l'a déjà dit plus haut. L'obligation de l'État lésé pourrait bien ne pas être d'une très grande portée. Elle ne s'appliquerait ni aux moyens prévus par les instruments généraux comme la Charte des Nations Unies ni aux moyens prévus par les traités généraux, bilatéraux ou multilatéraux relatifs au règlement des différends. Le recours préalable, simultané ou ultérieur à ces procédures ne serait obligatoire, selon l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 adopté par le Comité de rédaction, que dans la mesure où le prévoirait la clause compromissoire du traité qu'aurait enfreint l'acte illicite et les contre-mesures.

32. L'obligation de recourir à des procédures de règlement des différends serait encore moins stricte si l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 adopté par le Comité de rédaction de 1993 devait être interprété, selon la deuxième et la troisième possibilité, comme se référant uniquement à des procédures de règlement *par tierce partie*, ou, pis encore, uniquement à des procédures *obligatoires* de règlement par tierce partie. Si l'on y ajoute la restriction découlant de la proposition selon laquelle seules les procédures prévues par les traités « pertinents », vraisemblablement au sens restreint du terme, sont l'objet de l'obligation de recourir à des procédures de règlement des différends, l'obligation de l'État lésé serait beaucoup plus restreinte que l'obligation que prévoirait la même disposition dans la première possibilité. Elle serait *a fortiori* plus restreinte que l'obligation découlant de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992. Dans la deuxième possibilité, l'État ne serait obligé d'avoir recours qu'à la conciliation, à l'arbitrage ou au règlement judiciaire selon les dispositions des traités « pertinents » (au sens restreint du terme, comme indiqué ci-dessus), et dans la troisième possibilité, il ne serait obligé d'avoir recours qu'à l'arbitrage et au règlement judiciaire selon les dispositions desdits traités « pertinents ».

## 2. ALINÉA *b* DU PARAGRAPHE 1

33. L'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 12 tel que l'a formulé le Comité de rédaction en 1993 prévoit le cas où il n'existe pas, entre les parties liées par un rapport de responsabilité, d'obligation « pertinente » en matière de règlement du différend. En pareil cas, que l'on peut supposer fréquent, surtout si le choix de la Commission

<sup>21</sup> La question de savoir si l'obligation doit être énoncée en termes de recours, d'application ou « d'épuisement » (cette dernière notion étant celle qui figure dans le projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992) devrait être débattue plus soigneusement que cela n'a été le cas jusqu'ici à la Commission. [Voir *infra* par. 62 à 81.]



devait se porter sur la deuxième ou la troisième des possibilités laissées ouvertes par le Comité de rédaction à l'alinéa *a* du paragraphe 1<sup>22</sup>, l'État lésé est tenu d'offrir à l'autre partie une procédure de règlement du différend. Considérant que le genre de procédure à offrir est définie à l'alinéa *b* par les mêmes termes entre crochets que ceux qui figurent à l'alinéa *a*, on se trouve de nouveau en face de plusieurs possibilités dont les principales sembleraient être au nombre de trois, à savoir : *a*) toutes procédures de règlement des différends; *b*) toutes procédures de règlement des différends *par tierce partie*; et *c*) uniquement les procédures *obligatoires* de règlement des différends *par tierce partie*<sup>23</sup>.

34. Selon la déclaration du Président du Comité de rédaction de 1993, la possibilité visée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 tel que libellé par le Comité ne figurait pas dans le texte proposé par le Rapporteur spécial en 1992. Ceci est *théoriquement* et à *première vue* exact, en ce sens que le texte proposé ne prévoyait pas expressément le cas où aucune procédure de règlement du différend n'était offerte à l'État lésé par une règle juridique internationale applicable. Mais la teneur de l'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992 était de nature à rendre extrêmement improbable, sinon inexistante, la possibilité même d'une telle « lacune » dans les obligations des parties en matière de règlement du différend.

35. En effet, en imposant à l'État lésé d'avoir recours à *toutes* procédures de règlement des différends *juridiquement disponibles* en vertu du droit international général, de la Charte des Nations Unies ou de tout autre instrument relatif au règlement des différends en vigueur entre les parties, le texte du Rapporteur spécial, contrairement à la formule des « traités pertinents » interprétée dans son sens strict, couvrirait un tel  *éventail*  de procédures de règlement des différends que l'État lésé serait *au moins* tenu de chercher à négocier *et, par là*, si rien d'autre n'était « disponible », pourrait aussi proposer de passer à des moyens plus efficaces parmi ceux qui sont prévus au paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte. La « lacune » théorique serait donc comblée en pratique grâce au moins à cette dernière disposition. Elle serait *a fortiori* comblée par les obligations en matière de règlement des différends existant entre les parties en vertu de traités généraux relatifs à la conciliation, à l'arbitrage ou au règlement judiciaire, ou en vertu des clauses compromissaires ou des déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour internationale de Justice.

36. La véritable différence entre le libellé de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 12 adopté par le Comité de rédaction en 1993 et le texte proposé par le Rapporteur spécial en 1992 ne se trouve pas dans les considérations qui précèdent. Elle réside, comme on l'a expliqué plus haut aux paragraphes 3 et 6, dans l'élément temporel. Selon le texte de 1992, toute offre devrait *précéder* le recours à des contre-mesures. Selon le texte de 1993, une offre *faisant suite* aux contre-mesures ou les *accompagnant* remplirait la condition requise.

37. Une autre différence apparaîtrait si la Commission décidait, en mettant au point le paragraphe en question,

d'exclure la première possibilité (*tous* moyens de règlement des différends) et ne conservait que la deuxième (*toutes* procédures de règlement *par tierce partie*) ou la troisième (*seulement* les procédures obligatoires de règlement *par tierce partie*). L'offre de l'État lésé devrait donc se limiter à des moyens plus efficaces que la négociation, selon la deuxième possibilité, ou à la conciliation, selon la troisième. Dans cette *très modeste* mesure, n'était la « lacune » fondamentale représentée par la clause relative au traité « pertinent » figurant dans l'alinéa *a* du paragraphe 1, la solution proposée par le Comité de rédaction de 1993 pourrait sembler plus contraignante pour l'État lésé. Considérant, toutefois, l'élément temporel, c'est-à-dire le fait que l'État lésé n'est pas tenu d'offrir un règlement *par tierce partie* ou un règlement obligatoire *par tierce partie avant* de recourir à des contre-mesures, cet avantage *apparent* semble illusoire. Quoi qu'il en soit, il serait souhaitable, avant d'éliminer la première possibilité, d'examiner plus soigneusement les conséquences négatives qui pourraient découler de l'exclusion d'un moyen de règlement aussi important que la négociation.

### 3. PARAGRAPHE 2

38. Tout en abandonnant l'exigence du recours *préalable* à une procédure de règlement des différends, le libellé de l'article 12 élaboré par le Comité de rédaction en 1993 s'efforce de limiter le droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures. À cet effet, le paragraphe 2 de l'article dispose que ce droit est « suspendu dans les cas et dans la mesure où une procédure de règlement du différend [obligatoire] convenue est appliquée de bonne foi par l'État auteur du fait internationalement illicite, sous réserve que ledit fait ait cessé ». Comme le Président du Comité de rédaction de 1993 l'a expliqué dans sa déclaration, le terme « convenue » semble viser

autant les procédures appliquées en vertu d'obligations préexistantes, qui sont envisagées à l'alinéa *a* du paragraphe 1, que les procédures acceptées à la suite d'une offre, qui font l'objet de l'alinéa *b*<sup>24</sup>.

39. Il est difficile d'analyser la raison d'être de cette disposition du fait des obscurités qu'on relève dans le texte. La principale obscurité provient du fait que le paragraphe 2, contrairement aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1, n'emploie pas le mot « obligatoire » en conjonction avec l'expression « par tierce partie ». Il semblerait cependant que les membres du Comité de rédaction qui souhaitaient omettre les procédures non obligatoires entendaient exclure non seulement la conciliation, mais également la négociation du nombre des procédures dont l'engagement suspendrait le droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures. Le libellé du paragraphe 2 adopté par le Comité de rédaction comporterait donc une double option. Dans la première de ces options, le droit en question serait suspendu en cas d'application d'une procédure d'arbitrage ou de règlement judiciaire; dans la seconde option, il serait suspendu en cas de recours à la conciliation ou à la négociation.

40. La solution consistant à interdire le recours à des contre-mesures et à suspendre toutes contre-mesures déjà

<sup>22</sup> Voir *supra* par. 32 et *infra* par. 37.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Voir *Annuaire... 1993*, vol. I (*supra* note 10), par. 15.

prises, pendant la procédure de règlement amiable, paraît adéquate. Il va de soi également que la suspension ne devrait pas être obligatoire lorsque l'État qui est présumé avoir enfreint la loi ne poursuit pas la procédure de bonne foi. Il semble particulièrement indiqué d'exiger la bonne foi en cas de règlement empruntant la voie de la négociation ou de la conciliation. Ce l'est peut-être moins lorsque les parties sont engagées dans une procédure arbitrale ou judiciaire, car dans ce cas la bonne foi des deux parties est l'objet de la vigilance exercée par l'organe juridictionnel et des mesures qu'il décide. La condition de la bonne foi demeurerait cependant essentielle dans trois cas : premièrement, pendant la mise en place de la procédure arbitrale ou judiciaire; deuxièmement, lorsque le tribunal indique des mesures conservatoires; troisièmement, lorsque le tribunal a rendu une décision à laquelle les deux parties doivent se conformer de bonne foi.

41. En revanche, on peut douter, pour les raisons indiquées plus haut au paragraphe 20, de l'opportunité de la seconde condition de suspension, telle qu'elle a été formulée par le Comité de rédaction dans le paragraphe 2, à savoir que l'État présumé auteur doit avoir mis fin au comportement présumé illicite.

42. Comme on l'a expliqué plus haut, cette condition serait parfaitement justifiée s'il n'y avait pas de doute quant à l'existence et à l'imputabilité du fait illicite ni quant à l'absence de toutes circonstances excluant le caractère illicite. Encore une fois, la cessation du fait ne devrait normalement pas être traitée différemment de la réparation. Cette solution, qui semble tout particulièrement indiquée lorsque la procédure en cours est une procédure de règlement par tierce partie, devrait s'appliquer également même lorsque l'État présumé auteur poursuit les négociations de bonne foi<sup>25</sup>.

#### 4. PARAGRAPHE 3

43. Conformément au paragraphe 3 de l'article 12 élaboré par le Comité de rédaction en 1993,

Le défaut de l'État auteur du fait internationalement illicite de se conformer à une demande ou à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend met fin à la suspension du droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures.

Même si elle n'apparaît pas dans le texte de cette disposition, l'expression « mesures conservatoires » est vraisemblablement visée par le membre de phrase « à une demande ou à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend », et il n'est que normal que le défaut de l'État présumé auteur de se conformer à une telle demande ou injonction mette fin à la suspension du droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures.

<sup>25</sup> Ce point nous paraît visé non seulement par la mention de la « bonne foi » figurant à l'alinéa a du paragraphe 2 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992, mais aussi par la notion de « réponse satisfaisante » énoncée comme condition du recours licite à des contre-mesures dans le projet d'article 11 proposé par le Rapporteur spécial en 1992 également. Cette dernière notion a également été écartée parce que trop vague par le Comité de rédaction en 1993 (voir *Annuaire... 1993*, vol. I [*supra* note 10], par. 6). Sur ce point et sur d'autres éléments autorisant une certaine latitude selon la proposition de 1992, voir *infra* par. 62 à 81.

44. On notera cependant que les seules procédures de règlement du différend dont pourrait émaner « une demande ou une injonction » de mesures conservatoires sont les procédures par tierce partie, et qu'il s'agit en principe uniquement de procédures judiciaires. Il faudrait donc peut-être réexaminer cette disposition au cas où les procédures de règlement censées suspendre le droit de prendre des contre-mesures (art. 12, par. 2) engloberaient également, une fois résolue la question que recouvrent les mots placés entre crochets, les procédures qui ne prévoient pas la possibilité de mesures conservatoires. Ce serait le cas de la négociation et, en principe, de la conciliation ordinaire et des formes ordinaires d'arbitrage.

#### 5. PRINCIPALES LACUNES DU LIBELLÉ DE L'ARTICLE 12 ADOPTÉ PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION EN 1993

45. Outre les obscurités et les incertitudes notées plus haut, les principales lacunes du libellé de l'article 12 adopté par le Comité de rédaction en 1993, en laissant de côté pour le moment l'article 11<sup>26</sup>, sont, à notre avis, les suivantes.

46. Tout d'abord, à peu de chose près, le libellé du Comité de rédaction *omet de contrebalancer* la légitimité de contre-mesures unilatérales par une obligation suffisamment stricte de recourir *préalablement* aux procédures de règlement amiable disponibles. Au contraire :

a) L'État présumé lésé serait libre, conformément à la future convention sur la responsabilité des États, de recourir à des contre-mesures sans avoir à recourir *au préalable* à une quelconque procédure de règlement amiable;

b) Un tel État n'aurait comme autre obligation, sauf évidemment l'« offre » envisagée à l'alinéa b du paragraphe 1 du texte élaboré par le Comité de rédaction en 1993, que de recourir (à tout moment de son choix) aux moyens fournis par un traité « pertinent » (au sens étroit expliqué plus haut);

c) L'obligation définie de manière tellement restrictive verrait sa portée encore davantage limitée si la future convention sur la responsabilité des États devait la cantonner à des moyens comme des procédures *par tierce partie* ou, pis encore, à des procédures de tierce partie *obligatoires*, négligeant ainsi le rôle essentiel qui est et doit être celui de la négociation;

d) De surcroît, le libellé adopté par le Comité de rédaction en 1993 ignore purement et simplement l'obligation de l'État lésé d'avoir communiqué dûment son intention, à temps et de manière appropriée, de recourir à des contre-mesures, obligation qui était énoncée à l'alinéa b du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial. Dans le libellé adopté par le Comité de rédaction, l'État lésé est déchargé de toute obligation de notification préalable de contre-mesures (et l'État auteur est privé de toute occasion de « se repentir »).

47. En deuxième lieu, mais ceci n'est pas moins important, en n'interdisant pas le recours à des contre-mesures *avant* de recourir à des procédures de règlement des diffé-

<sup>26</sup> Pour la discussion de certains éléments importants de l'article 11, voir *infra* par. 62 et suiv., en particulier par. 67 et par. 69 et suiv.

rends auxquelles l'État lésé pourrait être tenu de recourir en vertu d'instruments *autres que* la future convention sur la responsabilité des États elle-même (*tout ce qui était envisagé dans les propositions de 1985, 1986 et 1992*), le libellé adopté par le Comité de rédaction en 1993 semble décharger les États, s'agissant de la convention sur la responsabilité des États, de leurs obligations en matière de règlement des différends. Le simple fait de ne pas exiger que le recours aux procédures de règlement amiable disponibles ait lieu *avant les contre-mesures*, ce qui a inévitablement pour effet de saper lesdites obligations en matière de règlement des différends, serait encore aggravé par : a) la clause relative à un traité « pertinent » et b) l'exclusion des procédures de règlement des différends prévues dans les deuxième et troisième options examinées plus haut au paragraphe 37.

### B. — La question cruciale de l'exigence du recours préalable à des procédures de règlement des différends

48. Il est certes difficile de faire progresser sensiblement le développement du droit régissant la responsabilité des États et celui du droit régissant le règlement des différends, mais on ne peut manquer d'être frappé par le fait que le libellé adopté en 1993 par le Comité de rédaction pour l'article 12, sans parler de l'article 11<sup>27</sup>, ne représente absolument aucun progrès dans ces domaines vitaux. De fait, ce libellé s'écarte considérablement non seulement des éléments essentiels des propositions de l'actuel Rapporteur spécial qui ont été renvoyées au Comité de rédaction en 1992<sup>28</sup>, mais aussi de ceux du projet assez semblable d'article 10 proposé par son prédécesseur et renvoyé au Comité de rédaction il y a près de dix ans<sup>29</sup>. Le Rapporteur spécial est prêt, comme il se doit, à respecter toute décision de la Commission, mais il estime aussi de son devoir d'exprimer pleinement ses vues avant qu'elle ne fasse un choix définitif, en particulier s'agissant d'une question aussi complexe et délicate que celle du lien à établir, dans le projet relatif à la responsabilité des États, entre le droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures unilatérales et ses obligations en matière de règlement du différend.

49. À notre avis, il est tout aussi indispensable de prévoir, dans une convention sur la responsabilité des États, l'exigence du « recours préalable à des procédures de règlement des différends » que d'y prévoir les règles régissant les conditions du recours aux contre-mesures et en réglementant l'application. Ce dernier point a été contesté avec force (pour des raisons probablement différentes) d'abord par quelques membres de la Commission du droit international<sup>30</sup>, puis, par la suite, par divers représentants à la Sixième Commission en 1992<sup>31</sup>, mais il

serait extrêmement difficile d'accepter l'idée que le projet ne devrait traiter des conséquences des actes internationalement illicites que du point de vue des droits et obligations relatifs à la cessation et à la réparation. Que la prérogative de l'État lésé de recourir à des représailles ou à des contre-mesures soit techniquement qualifiée de droit ou de faculté, elle est considérée comme faisant partie intégrante des conséquences d'un acte internationalement illicite dans toute théorie relative à la responsabilité internationale. En particulier, cette prérogative reste partie intégrante desdites conséquences qu'elles soient qualifiées de conséquences « de fond » ou, de façon plus appropriée, « de forme » d'un acte internationalement illicite. Dire que le régime des contre-mesures n'a pas sa place dans la convention sur la responsabilité des États reviendrait à dire que les contre-mesures ne sont pas considérées par les règles coutumières du droit international comme un droit ou une faculté de l'État lésé. Cela reviendrait en outre à dire que le droit international coutumier n'impose ni condition ni restriction à l'usage de contre-mesures<sup>32</sup>.

50. Si le projet doit couvrir le régime des contre-mesures, comme la Commission et le Comité de rédaction lui-même l'ont reconnu sans difficulté, il doit alors aussi prévoir certaines obligations en matière de règlement des différends. La nature des obligations en matière de règlement des différends à envisager dans le projet dépend, naturellement, dans une certaine mesure, du degré de développement progressif que l'on veut réaliser. À cet égard, la Commission, en tant que « législateur » international, devra décider si elle veut adopter l'attitude maximaliste ou l'attitude minimaliste dont il a été question dans le cinquième rapport<sup>33</sup>.

51. Il est essentiel que la convention sur la responsabilité des États comprenne au moins les obligations en matière de règlement des différends qui seraient indispensables *pour préserver la validité et l'efficacité* de toutes obligations de ce genre découlant pour l'État présumé lésé de règles internationales *autres que* celles qui sont contenues dans la convention sur la responsabilité des États. Sinon, le fait même de déclarer que l'existence d'un acte internationalement illicite justifie *ipso facto* le recours à des contre-mesures rendrait en fait sans objet les règles relatives au règlement des différends par lesquelles sont liés les futurs États parties. En effet, puisque la solution imposée à l'auteur de l'acte illicite au moyen des contre-mesures tiendrait plus que probablement lieu de règlement au différend, les procédures de règlement des différends n'auraient plus guère de rôle à jouer. Tel serait le résultat si la convention légitimait les contre-mesures sans exiger le recours *préalable* aux moyens de règlement des différends disponibles, c'est-à-dire *légalement prescrits*. Tel serait précisément l'effet d'une convention comprenant une disposition comme celle de l'alinéa a du para-

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Voir *Annuaire... 1992*, vol. I, 2288<sup>e</sup> séance.

<sup>29</sup> Voir *supra* note 2.

<sup>30</sup> Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 20, par. 124 et suiv.

<sup>31</sup> Voir, par exemple, la déclaration faite par le représentant de la France à la quarante-septième session de l'Assemblée générale (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission, 26<sup>e</sup> séance*, par. 5 et suiv.).

<sup>32</sup> Les contre-mesures seraient donc en dehors du domaine du droit et devraient y rester, ce qui est manifestement une absurdité. Si tel était le cas, on pourrait se demander s'il n'a pas été tenu compte des contre-mesures dans la convention parce qu'elles sont illicites, comme l'ont suggéré quelques membres de la Commission, ou parce qu'elles sont licites a priori et ne se prêtent donc pas à la réglementation, comme l'ont suggéré quelques représentants à la Sixième Commission de l'Assemblée générale.

<sup>33</sup> *Annuaire... 1993*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 19 et suiv., document A/CN.4/453 et Add.1 à 3, par. 62 et suiv.

graphe 1 de l'article 12 tel que l'a formulé le Comité de rédaction de 1993.

52. Pour éviter tout malentendu au sujet de la nature de l'exigence du recours préalable à des procédures de règlement des différends, il y a lieu de souligner qu'une telle exigence (telle qu'elle est formulée à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 présenté par le Rapporteur spécial en 1992 ainsi que, *mutatis mutandis*, à l'article 10 proposé par le précédent Rapporteur spécial en 1985 et 1986) n'imposerait aucune *nouvelle* obligation en matière de règlement des différends aux États qui deviendraient parties à la convention sur la responsabilité des États. Une telle disposition ne ferait que préserver toutes obligations en matière de règlement incombant à un État présumé lésé et existant indépendamment de la convention sur la responsabilité des États des conséquences préjudiciables découlant de la codification des conditions du recours aux contre-mesures, qui seraient autrement inévitables.

53. On peut soutenir que la disposition en question n'est même pas, en fait, un élément de développement progressif. À cet égard, il y a lieu de souligner la nette différence qui existe entre l'article 12 de la deuxième partie et les projets d'articles de la troisième partie<sup>34</sup>. Ces derniers introduiraient de *nouvelles* obligations en matière de règlement, qui seraient manifestement du développement progressif. Par contre, le projet d'article 12, tel que l'a proposé le Rapporteur spécial, aurait simplement pour effet de préserver les règles en vigueur régissant le règlement des différends dont l'objet est de garantir des solutions plus justes et plus impartiales que celles qui seraient imposées par voie de coercition, et de prévenir tout affaiblissement, ou même toute interprétation restrictive, de ces règles. Aucune obligation supplémentaire en matière de règlement des différends ne serait imposée aux États parties à la convention en vertu de l'article 12, qui ne crée pas de nouvelles obligations en la matière mais ne fait que préserver celles qui existent déjà ainsi que la possibilité de leur futur développement.

54. Pour donner un exemple, l'exclusion d'une disposition telle que l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial ou, *mutatis mutandis*, du projet d'article 10 proposé par le précédent Rapporteur spécial en 1985 et 1986 serait cause non seulement de *lucrum cessans* du point de vue du développement progressif du droit international relatif au règlement des différends, mais aussi, dans une très grande mesure, de *damnum emergens*. Un tel *lucrum cessans* se produirait si la troisième partie n'était pas adoptée ou était sensiblement écourtée et le *damnum emergens* se produirait pour les raisons brièvement exposées ci-après.

55. L'effet préjudiciable de l'absence, dans l'article 12 de la deuxième partie du projet, d'une disposition exigeant le « recours préalable à des procédures de règlement des différends » est plus grave qu'il n'y paraît. On pourrait soutenir, à première vue, que le fait qu'une convention sur la responsabilité des États *n'exige pas* le recours *préalable* à des procédures de règlement des différends prévues par des instruments en vigueur entre les parties —

comme ce serait le cas conformément au libellé adopté par le Comité de rédaction de 1993 pour l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 — ne porterait pas atteinte aux obligations qui incombent aux parties en vertu de ces instruments. On pourrait soutenir, par exemple, que, puisque les représailles armées sont interdites — règle de droit coutumier que la convention ne pourrait manquer de codifier —, les contre-mesures auxquelles un État lésé pourrait avoir licitement recours ne devraient pas contrevenir à l'obligation générale (et pratiquement universelle) de régler les différends par des moyens *pacifiques*, comme le prévoit le paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Il ne fait aucun doute que des contre-mesures licites doivent se limiter aux contre-mesures pacifiques prévues à l'article 14 de la deuxième partie du projet<sup>35</sup>.

56. Il est permis de se demander, toutefois, si cette considération suffit à dissiper les doutes. Sans parler de la question de savoir dans quelle mesure le fait de recourir à des contre-mesures avant d'avoir recours à des procédures de règlement des différends serait compatible avec les dispositions du paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte aux termes desquelles les différends internationaux doivent être réglés de telle manière que « la paix et la sécurité internationales *ainsi que la justice\** ne soient pas mises en danger »<sup>36</sup>, la légitimation des contre-mesures consacrée dans le libellé adopté par le Comité de rédaction de 1993 pour l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 ne semble pas être compatible avec les obligations *positives* en matière de règlement des différends. Nous nous référons, par exemple, aux obligations générales de tous les États Membres énoncées à l'Article 33 de la Charte ainsi qu'à toutes obligations particulières découlant, pour des États entre lesquels existe un lien de responsabilité réelle ou supposée, de leurs traités bilatéraux ou de clauses compromissaires concernant le règlement des différends. Nonobstant le principe du « libre choix » des moyens conformément à l'interprétation généralement acceptée du paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte, il est difficile d'admettre l'idée que le fait de recourir à des contre-mesures avant de rechercher une solution par l'une des voies énumérées au paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte serait compatible avec le droit coutumier en vigueur ou avec la Charte<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Pour le texte de l'article 14 de la deuxième partie, voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 32, note 69.

<sup>36</sup> Ce point était pris en compte dans le paragraphe 3 de l'infortuné projet d'article 12 du Rapporteur spécial (voir *infra* par. 59 et 66).

<sup>37</sup> Il est difficile de soutenir que, puisque le paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies s'applique aux différends « dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales », de nombreux différends se produisant dans le domaine de la responsabilité des États ne seraient pas de nature à relever de l'obligation générale énoncée dans cette disposition. Le premier paragraphe du deuxième principe de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (voir *supra* note 9), qui n'est certainement pas à négliger aux fins d'une interprétation moderne de la Charte, devrait écarter tout argument de ce genre au moins pour un organe de l'Organisation des Nations Unies comme la Commission (sinon de *lege lata*, du moins de *lege ferenda*). Pour un examen des dispositions pertinentes de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, tenue à Helsinki, voir *infra* l'alinéa *c* du paragraphe 59.

<sup>34</sup> Pour le texte des projets d'articles de la troisième partie, voir *supra* notes 3 et 5.

57. Le recours immédiat à des contre-mesures serait manifestement incompatible avec un traité déterminé ou avec une clause compromissoire prévoyant l'arbitrage des différends d'ordre juridique qui n'ont pas été réglés par la voie diplomatique. Ce serait particulièrement le cas lorsqu'il existe entre les États concernés un lien juridique en raison du fait qu'ils reconnaissent

comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale [...] la juridiction de la Cour [internationale de Justice] sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet :

[...]

c. la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international; [ou]

d. la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international<sup>38</sup>.

Conformément à la plupart des instruments de règlement des différends, le « mécanisme déclencheur » de l'obligation de règlement, à savoir l'obligation de recourir à la procédure envisagée, est l'existence d'un différend qui n'a pas été réglé par voie de « négociation » ou par la « voie diplomatique ». On voit mal comment le recours à des contre-mesures pourrait être considéré comme relevant de la négociation ou de la diplomatie.

58. Il convient de noter que la référence limitative à un traité pertinent que l'on trouve à l'alinéa a du paragraphe 1 de l'article 12 élaboré par le Comité de rédaction aboutirait non seulement à saper un grand nombre des instruments conventionnels existants ou futurs en matière de règlement amiable des différends, mais également à jeter une suspicion « légitime » sur toutes les règles du droit international général en vigueur dans ce domaine.

59. Il faut examiner de très près plusieurs questions importantes concernant l'état actuel et le développement du droit dans le domaine du règlement des différends :

a) Si l'on admet que le paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies constitue désormais un principe de droit international coutumier, le maintien et le développement ultérieur de ce principe pourraient se ressentir d'une disposition figurant dans une convention (voire, en l'occurrence, dans un projet de codification élaboré par la Commission) qui autorise tout État qui se prétend lésé à recourir *ipso facto* à des contre-mesures, c'est-à-dire sans rien tenter *au préalable* pour régler le différend par voie de négociation ou selon des procédures par tierce partie disponibles (même sans qu'il doive y avoir une communication préalable). Ceci pose la question de savoir si le paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte emporte uniquement une conséquence négative, en condamnant le recours à des moyens non pacifiques, ou si, comme le Rapporteur spécial a tendance à le croire, cette disposition emporte également une conséquence positive, en exigeant le recours aux moyens de règlement disponibles afin de réaliser la « justice ». L'autorisation d'ignorer les procédures de règlement disponibles, comme celles mentionnées expressément dans la Charte, peut influencer sur le degré de justice qui sera atteint dans le règlement final<sup>39</sup>. Même si l'alinéa a du paragraphe 1 du texte con-

sidéré ne devait pas compromettre le maintien du principe général en question, il pourrait néanmoins entraver le développement ultérieur de celui-ci;

b) La question se pose aussi de savoir dans quelle mesure la Commission peut ou pourrait ne pas tenir compte des résolutions pertinentes, notamment de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies et la Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux<sup>40</sup>, qui ont été adoptées par l'Assemblée générale, dont la Commission du droit international est un organe subsidiaire. Compte tenu de ce type de relation, ces déclarations solennelles devraient normalement avoir une incidence déterminante sur toutes dispositions relatives au règlement des différends que la Commission insérera dans son projet, même si lesdites déclarations n'ont pas un caractère contraignant;

c) En outre, la question se pose de savoir dans quelle mesure la Commission devrait tenir compte de la disposition énoncée dans le deuxième alinéa du principe V de la Déclaration sur les principes régissant les relations mutuelles entre les États participants, inscrite dans l'Acte final d'Helsinki<sup>41</sup>, aux termes de laquelle les États, en cas de différend, « s'efforcent, de bonne foi\* et dans un esprit de coopération\*, d'aboutir à une solution rapide et équitable, sur la base du droit international\* ». Les membres de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe qui ont participé à l'élaboration de l'Acte final ont estimé généralement que les principes énoncés dans la Déclaration étaient pleinement conformes au droit de la Charte des Nations Unies. Ceci pose la question plus précise de savoir si le passage cité représente une étape significative dans le développement du droit des Nations Unies en matière de règlement des différends ou si la bonne foi et l'esprit de coopération ainsi mentionnés sont des exigences dont on peut ne pas tenir compte. Il semblerait qu'il y a une contradiction inhérente entre l'idée d'une tentative de bonne foi d'aboutir à une solution rapide dans un esprit de coopération *sur la base du droit international*, d'une part, et l'idée d'un recours immédiat à des contre-mesures, d'autre part. Le membre de phrase « sur la base du droit international », qu'il se rapporte au droit substantiel ou au droit procédural ou à l'un et à l'autre, constitue une référence qui devrait avoir à tout le moins une certaine incidence sur les conditions prévues pour que le recours à des contre-mesures soit licite, en ce sens qu'il faudrait s'acquitter des obligations existantes en matière de règlement des différends *avant* de prendre des contre-mesures.

60. Pour conclure la discussion de cette question essentielle, on peut dire que le point de savoir si une clause imposant le recours préalable à des procédures de règlement des différends devrait être insérée dans l'article 12 de la deuxième partie du projet de convention sur la responsabilité des États par le truchement du développement progressif du droit dans le domaine du règlement des différends ou du droit de la responsabilité des États ne se pose pas ici et qu'il devra être examiné par la CDI

<sup>38</sup> Paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice.

<sup>39</sup> La référence à la « justice » était couverte, dans la proposition du Rapporteur spécial de 1992, par le paragraphe 3 de l'article 12. Sur cette disposition, voir *supra* par. 56 et *infra* par. 66.

<sup>40</sup> Résolution 37/10 de l'Assemblée générale, en date du 15 novembre 1982, annexe.

<sup>41</sup> Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, signé à Helsinki le 1<sup>er</sup> août 1975, Lausanne, Imprimeries Réunies.

lorsqu'elle abordera la troisième partie du projet, à savoir les procédures de règlement des différends postérieures à l'adoption de contre-mesures. Le point qui se pose dans le cadre de l'article 12 est de savoir si un projet de convention sur la responsabilité des États ne devrait pas exclure catégoriquement toutes dispositions dont l'adoption par la Commission et, en définitive, par les États, affaiblirait l'efficacité des procédures de règlement des différends, lesquelles, indépendamment du fait qu'elles sont prévues par les règles existantes, sont de nature plus susceptibles de déboucher sur des solutions impartiales et justes que des mesures unilatérales<sup>42</sup>. Compte tenu de l'importance accordée généralement aux projets d'articles émanant de la CDI, les conséquences négatives d'une telle situation se feraient sentir non seulement lors de l'adoption de la future convention sur la responsabilité des États, mais également dès l'adoption en première lecture de l'article 12 élaboré par le Comité de rédaction en 1993. Cela porterait un coup sérieux au droit international existant dans le domaine du règlement des différends, ainsi qu'aux perspectives de développement de ce même droit pendant le laps de temps requis pour achever la seconde lecture et finalement adopter la convention sur la responsabilité des États, éventuellement lors d'une conférence diplomatique.

61. Sauf le respect qui leur est dû, le Rapporteur spécial pense que les quelques membres du Comité de rédaction de 1993 qui se sont prononcés pour l'abandon de l'exigence du « recours préalable aux procédures de règlement des différends » à l'article 12 de la deuxième partie pourraient être utilement invités par la Commission à revoir cette question de plus près à la lumière des paragraphes qui précèdent, ainsi que de la discussion qui lui est consacrée dans le quatrième rapport<sup>43</sup>. Après avoir mûrement réfléchi à la question, le Rapporteur spécial est d'avis que ces membres n'ont peut-être pas tenu compte de l'incidence que la codification des contre-mesures ne manquerait pas d'avoir sur le droit international dans le domaine du règlement des différends et sur son développement ultérieur. On ne saurait trop souligner que ledit droit correspond à un domaine du droit international où il est moins malaisé de réaliser des progrès que d'autres d'un accès aussi difficile que la législation et la sécurité collec-

<sup>42</sup> Il est évident que les procédures de règlement des différends et les contre-mesures présentent une différence significative, si on se place du point de vue de leur aptitude respective à assurer une application correcte de la loi. Les procédures de règlement des différends, en particulier les procédures par tierce partie, sont de nature plus aptes à ménager une solution correcte et équitable des différends. Quant aux contre-mesures, elles constituent assurément en théorie un « mécanisme » acceptable de droit international général conçu à l'effet de réparer le fait illicite. Leur nature même en fait, cependant, un instrument des plus discutables pour faire respecter le droit. Tout d'abord, elles présentent la particularité indésirable de légitimer des violations d'obligations internationales. Ensuite, et ceci est le plus important, elles devraient, en raison de leur caractère unilatéral, favoriser les États puissants au détriment des États plus faibles. Lors du débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale en 1992, la plupart des représentants ont dénoncé longuement ces inconvénients ainsi que d'autres inconvénients des contre-mesures, comme le Rapporteur spécial l'a noté dans son cinquième rapport [A/CN.4/453 et Add.1 à 3 (voir supra note 33), par. 10 et suiv.].

<sup>43</sup> Voir doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3 (supra note 4), par. 24 à 51, en particulier par. 32 et suiv.

tive<sup>44</sup>. Il s'ensuit que, même si l'on pose, ce que le Rapporteur spécial ne peut faire, que l'obligation de régler les différends par des moyens donnés n'implique pas à l'heure actuelle l'interdiction de prendre des contre-mesures avant d'avoir eu recours à des procédures de règlement des différends, un organe comme la CDI n'en devrait pas moins impérativement prévoir d'imposer cette interdiction, de manière à éviter à tout le moins d'entraver le développement progressif du droit dans le domaine du règlement des différends.

### C. — Autres aspects importants des moyens de règlement des différends préalables aux contre-mesures à prendre en considération dans l'article 12 de la deuxième partie

62. Maintenant que notre position concernant l'exigence du « recours préalable à des procédures de règlement des différends » a été clarifiée, c'est d'un oeil neuf que nous pouvons examiner les principaux éléments controversés du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial et en discussion depuis 1992<sup>45</sup>, à savoir : a) les termes « avoir épuisé », « toutes » et « disponibles », qui figurent à l'alinéa a du paragraphe 1 du projet d'article; b) la référence aux « mesures conservatoires », qui figure à l'alinéa b du paragraphe 2; c) la disposition de l'« exception aux exceptions », qui fait l'objet du paragraphe 3; d) les mots « réponse satisfaisante », qui figurent dans le projet d'article 11 proposé en 1992<sup>46</sup>; et, plus généralement, l'importance qu'il y a à conserver aux dispositions de l'article 12 une certaine souplesse (que garantit la terminologie qui précède). Il conviendrait aussi d'examiner plus avant la question de l'exigence de la communication ou notification préalable des contre-mesures.

#### 1. EMPLOI DES TERMES « AVOIR ÉPUISÉ », « TOUTES » ET « DISPONIBLES »

63. Comme il ressort des débats de 1992, ce sont en particulier les termes « avoir épuisé » et « toutes » qui ont amené certains membres de la Commission à craindre que la condition énoncée à l'alinéa a du paragraphe 1 de l'article 12 ne soit trop contraignante<sup>47</sup>. Il leur a semblé, en effet, que la procédure que ces termes imposaient à l'État lésé de suivre avant de pouvoir recourir à des mesures unilatérales était trop longue. Or, l'intention du Rapporteur spécial, qui aurait peut-être pu être clarifiée au Comité de rédaction, n'était pas d'imposer à un État présumé lésé la charge excessive que représente l'épuisement successif de toutes les procédures de règlement des différends énumérées, par exemple, à l'Article 33 de la Charte

<sup>44</sup> Cette opinion largement partagée est illustrée d'une manière magistrale dans le précieux ouvrage de H. Kelsen, *Peace through Law*, University of North Carolina Press, 1944, en particulier p. 13 et suiv. et dans d'autres parties du livre (à l'inverse de ce que l'on peut lire p. 3 à 13), ainsi que dans les ouvrages antérieurs de l'auteur (*op. cit.*, p. 14 et 15).

<sup>45</sup> Voir supra note 4.

<sup>46</sup> Voir doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3 (supra note 4), par. 52.

<sup>47</sup> Voir *Annuaire... 1992*, vol. I, 2274<sup>e</sup> séance, par. 11, 2277<sup>e</sup> séance, par. 9, 2279<sup>e</sup> séance, par. 4 et 21, et 2280<sup>e</sup> séance, par. 32. Voir aussi supra par. 6.

des Nations Unies. Son intention était de demander que l'État lésé s'efforce *sérieusement* d'utiliser *pleinement* toute procédure de règlement des différends à la disposition des États intéressés conformément aux obligations qui leur incombent en vertu des traités en vigueur entre eux et compte tenu de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies et autres instruments pertinents.

64. En ce qui concerne le terme « disponibles », il est employé dans un sens plutôt large. Dans le projet d'article 10 proposé par le précédent Rapporteur spécial en 1985 et 1986<sup>48</sup>, il semble avoir été censé s'appliquer uniquement aux procédures de règlement par tierce partie (éventuellement obligatoires) dont l'État lésé pourrait prendre unilatéralement l'initiative. Pour l'actuel Rapporteur spécial, le terme a un sens plus large, qui s'étend à toutes les procédures de règlement des différends disponibles en vertu de tout traité bilatéral ou multilatéral en vigueur entre les parties. Employé dans ce sens, le terme « disponibles » s'entendrait aussi de la négociation et de la conciliation. L'exigence de la disponibilité ne devait pas être comprise uniquement dans le sens d'une disponibilité purement juridique. Elle dépendrait aussi de la mesure dans laquelle l'État auteur du fait illicite serait disposé à accepter les procédures de règlement telles que la négociation et la conciliation, ou même l'arbitrage, auquel il ne peut être recouru unilatéralement. L'alinéa *a* du paragraphe 1 aurait donc dû être lu en parallèle avec l'exigence de la « bonne foi » énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 2 du même article et la condition de la « réponse satisfaisante » posée dans le projet d'article 11. Force est de reconnaître que cette corrélation ne ressortait pas clairement du texte proposé. Toutefois, le Comité de rédaction aurait pu trouver un moyen plus satisfaisant d'exprimer cette idée s'il avait pu consacrer plus de temps à la question.

## 2. EMPLOI DE L'EXPRESSION « COMMUNIQUÉ À TEMPS »

65. On se rappellera que l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992 prévoyait que l'État lésé devait communiquer à temps à l'État auteur du fait illicite son intention de recourir à des contre-mesures. La question de la notification préalable n'ayant pas pu, faute de temps, être prise en considération par le Comité de rédaction en 1993, il pourrait être utile de l'examiner à la quarante-sixième session.

## 3. EXCEPTIONS À L'EXIGENCE DU « RECOURS PRÉALABLE À DES PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS »

66. Les exceptions à l'exigence du « recours préalable à des procédures de règlement des différends » énoncées aux alinéas *b* et *c* du paragraphe 2 de l'article 12 (concernant les mesures conservatoires et la réaction au non-respect d'une mesure conservatoire prise dans le cadre d'une procédure de règlement par une « tierce partie ») ne seraient pas applicables lorsque les mesures envisagées ne sont pas conformes à l'obligation prévue au paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Le

Rapporteur spécial avait d'abord renoncé à cette disposition, que certains membres de la Commission avaient jugée peu claire. À la réflexion, toutefois, il estime qu'elle devrait être réexaminée. Elle devrait être un des éléments de souplesse dont il est question plus haut, dans le point 1, et plus loin, dans le point 6 de la section C du présent chapitre. Elle a aussi son importance du point de vue du développement progressif tant du droit relatif à la responsabilité des États que du droit relatif au règlement des différends<sup>49</sup>.

## 4. EMPLOI DE L'EXPRESSION « RÉPONSE SATISFAISANTE »

67. L'un des principaux changements apportés par le Comité de rédaction de 1993 au projet d'article 11 qu'avait proposé le Rapporteur spécial en 1992 a été l'élimination de la notion de « réponse satisfaisante », qui y figurait en bonne place<sup>50</sup>. La disposition proposée aurait permis à l'État présumé auteur d'échapper aux contre-mesures en se reconnaissant en principe responsable du fait illicite ou en poursuivant les négociations sur la question. L'État présumé lésé n'aurait pas pu recourir à des contre-mesures tant que l'État présumé auteur aurait continué au moins à dialoguer de bonne foi. Cette possibilité semble exclue du libellé adopté par le Comité de rédaction de 1993 pour l'article 11. En effet, selon ce libellé, l'État présumé lésé conserverait la faculté de recourir à des contre-mesures « aussi longtemps que » l'État présumé auteur « ne s'acquitte pas de ses obligations » relatives à la cessation ou à la réparation. Il semblerait donc que des contre-mesures, et pas seulement des mesures conservatoires, seraient admissibles même si l'État présumé auteur répondait favorablement, bien que pas encore définitivement ou complètement, aux protestations ou aux demandes de l'État présumé lésé. En d'autres termes, la formule « ne s'acquitte pas de ses obligations » laisse à l'État lésé une trop grande latitude pour recourir à des contre-mesures alors même que l'État auteur est disposé à tenter de résoudre la question. Premièrement, en ce qui concerne la cessation du comportement illicite, ce membre de phrase implique qu'un État lésé peut avoir recours à des contre-mesures dès l'instant où il estime, à raison ou à tort, qu'un fait illicite ayant un caractère de continuité est commis par l'État présumé auteur, sans que la possibilité soit donnée à celui-ci d'expliquer, par exemple, qu'il n'y a pas de fait illicite ou que le fait illicite ne lui est pas attribuable. La notion de « réponse satisfaisante » offrirait plus qu'une possibilité de dialogue. Deuxièmement, en ce qui concerne la réparation, la condition posée par les mots « ne s'acquitte pas de ses obligations » semble vouloir dire que les contre-mesures pourraient rester en vigueur tant que l'État auteur n'a pas intégralement réparé le dommage résultant du fait illicite. À moins que l'État auteur ne soit capable de procéder instantanément à la réparation intégrale et complète, ce qui serait plus que vraisemblablement exceptionnel, il pourrait continuer à faire l'objet de contre-mesures même après avoir entièrement reconnu sa responsabilité et alors même qu'il aurait commencé à procéder à la réparation ou à donner satisfaction.

<sup>49</sup> Voir *supra* par. 56 et 59.

<sup>50</sup> Pour le texte de l'article 11, voir *Annuaire... 1993*, vol. I (*supra* note 10), par. 3.

<sup>48</sup> Voir *supra* note 2.

68. Le Rapporteur spécial est d'avis qu'il pourrait aussi être utile que cette disposition soit réexaminée par le Comité de rédaction à la quarante-sixième session.

#### 5. QUELQUES OBSERVATIONS SUR LA NÉCESSITÉ DE FAIRE PREUVE DE SOUPLESSE

69. Malgré tout le désir qu'on peut avoir de remédier aux imperfections du système interétatique actuel par des règles claires et précises faciles à appliquer par les États eux-mêmes, l'acceptation même de telles règles vient buter contre l'absence d'institutions efficaces. Les règles de droit international se caractérisent donc par un degré de généralité et de flou relativement plus élevé que les règles de droit interne. C'est ainsi que les règles du système interétatique se fondent fréquemment sur des notions exprimées par des mots comme « raisonnable », « voulu », « approprié », « adéquat » ou comme, dans le cas du régime des contre-mesures, « réponse satisfaisante » (projet d'article 11), la coopération « de bonne foi » de l'État auteur à la mise en œuvre des procédures de règlement (projet d'article 12), les procédures de règlement amiable « disponibles » (projet d'article 12, par. 1, a), ainsi que sur des expressions définies d'une manière aussi imprécise que « mesures conservatoires » (projet d'article 12, par. 2) et « justice » (projet d'article 12, par. 3).

70. Selon le Rapporteur spécial, ces notions ont pour objet de *limiter les contraintes* liées à l'obligation du recours préalable aux procédures de règlement des différends disponibles, énoncées à l'alinéa a du paragraphe 1 de l'article 12<sup>51</sup>. Non content de répondre aux préoccupations exprimées par certains, le Rapporteur spécial a souhaité incorporer à cette obligation des éléments de souplesse permettant de procéder à des ajustements en fonction des conditions objectives et subjectives propres à chaque cas.

71. Il incomberait évidemment à la partie ou aux parties appelées à donner effet aux articles pertinents dans les différentes phases d'un cas donné de s'acquitter de l'obligation dans l'ordre suivant : tout d'abord, l'État qui se prétend lésé, après avoir introduit une demande de cessation/réparation; en deuxième lieu, l'État présumé auteur, lorsqu'il répond à la demande de l'autre partie; puis, à nouveau l'État qui se prétend lésé, lorsqu'il réagit à la réponse de l'autre partie, et ainsi de suite. À un moment, l'obligation ainsi appliquée à un cas particulier peut faire l'objet d'un désaccord entre les parties, ce qui peut déclencher le recours à des contre-mesures et donner lieu à un différend entre les parties à ce sujet. En l'absence d'une solution convenue, l'obligation de recourir à des procédures de règlement des différends devrait se traduire par l'appel à une tierce partie (une commission de conciliation, un tribunal arbitral ou la CIJ) habilitée à s'occuper du différend en vertu des dispositions pertinentes énoncées dans la troisième partie du projet (telle qu'elle a été proposée par le Rapporteur spécial en 1993)<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> On pourrait peut-être introduire un élément de souplesse supplémentaire à l'alinéa a du paragraphe 1, en supprimant le mot « toutes » et en remplaçant le mot « épuisé » par un mot moins fort.

<sup>52</sup> A/CN.4/453 et Add.1 à 3 (voir *supra* note 33), par. 106.

72. Le Rapporteur spécial n'est pas en mesure de déterminer avec certitude si les éléments de flexibilité précités étaient adéquats. Il estime avoir fait de son mieux, persuadé que la Commission ou le Comité de rédaction seraient amenés à réfléchir au sens et à la portée de chacun de ces éléments, de manière à formuler des critiques constructives et à améliorer le texte. Il n'est pas trop tard pour faire un tel effort.

#### 6. LA QUESTION IMPORTANTE DES MESURES CONSERVATOIRES

73. Il convient de s'étendre davantage, principalement mais non exclusivement dans le cadre du problème posé par le règlement des différends surgis avant la prise de contre-mesures, sur le rôle que peuvent ou devraient jouer les mesures conservatoires. On établira évidemment une distinction entre les mesures conservatoires indiquées ou ordonnées par une tierce partie et celles qui sont prises unilatéralement par l'État lésé.

74. En ce qui concerne la première catégorie de mesures conservatoires, les règles générales en la matière sont édictées par les textes bien connus que sont l'Article 41 du Statut de la Cour internationale de Justice, où est employée l'expression « mesures conservatoires », et l'Article 40 de la Charte des Nations Unies, où il est question de « mesures provisoires ». Dans les propositions du Rapporteur spécial, les mesures conservatoires décidées à la suite d'une procédure par tierce partie sont envisagées essentiellement dans la troisième partie, c'est-à-dire dans le cadre des obligations relatives au règlement des différends surgis après l'adoption de contre-mesures. Conformément aux dispositions contenues dans cette partie du projet, la tierce partie appelée à résoudre un différend surgi après la prise de contre-mesures serait habilitée par la future convention à ordonner des mesures conservatoires, que cette tierce partie soit une commission de conciliation, un tribunal arbitral ou la CIJ. Les mesures conservatoires indiquées ou ordonnées par une tierce partie sont également examinées, en même temps que les mesures conservatoires unilatérales [prises par l'État lésé], dans le texte de l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992.

75. S'agissant des mesures conservatoires unilatérales prises par l'État lésé, le Rapporteur spécial les envisage dans sa proposition de 1992 comme une exception à l'obligation dudit État de recourir préalablement aux procédures de règlement des différends disponibles. Le droit de l'État lésé de prendre des mesures conservatoires unilatérales est subordonné, conformément à l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article précité, à deux conditions restrictives. En premier lieu, les mesures en question doivent être dictées par un souci de *protection* qui est inhérent à la notion de mesures conservatoires. Tel serait le cas, par exemple, d'une mesure consistant à geler une partie des avoirs de l'État présumé auteur, mesure qui ne se confond pas avec la confiscation et la saisie, d'une suspension partielle de l'exécution des obligations de l'État lésé vis-à-vis de l'État présumé auteur en matière de droits de douane ou de quotas d'importation, ou, plus généralement, de la mise en œuvre, en tant que mesure conservatoire évidemment, du principe *inadimplenti non est adimplendum*. En second lieu, le droit de l'État lésé de prendre



des mesures conservatoires ne peut s'exercer qu'à titre temporaire, c'est-à-dire « 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 ».

76. La notion de mesures conservatoires pouvant se révéler trop vague, comme certains membres l'ont signalé à juste titre lors du débat de 1992<sup>53</sup>, d'autres précisions pourraient être insérées dans le paragraphe en vue de réduire la possibilité d'abus de la part de l'État lésé. Même s'il n'est guère aisé de définir *in abstracto* les mesures conservatoires, le Comité de rédaction devrait s'y employer sérieusement en 1994.

77. Quoi qu'il en soit, même si l'on s'accorde sur une définition plus précise, il est inévitable que la question reste dans une large mesure à la discrétion de l'État lésé. Il ne faudrait pas cependant que les adversaires de l'obligation du recours préalable aux procédures de règlement des différends, qui sont manifestement soucieux de préserver les prérogatives de l'État lésé, se prévalent de cette circonstance pour supprimer toute mention de la possibilité de prendre des mesures conservatoires unilatérales. Les mesures conservatoires ont été envisagées dans le projet de proposition du Rapporteur spécial précisément afin d'apporter une certaine souplesse, dans l'intérêt de l'État lésé, à l'obligation exigeante du « recours préalable aux procédures de règlement des différends ». Le Rapporteur spécial estime que ce texte était donc plus équilibré que ne paraît l'être le libellé adopté par le Comité de rédaction en 1993.

78. De toute façon, trois facteurs devraient inciter les autorités de l'État lésé à faire preuve d'une retenue raisonnable lorsqu'elles entendent se prévaloir de la dérogation que sont les mesures conservatoires.

79. En premier lieu, l'État lésé devrait procéder à une évaluation minutieuse et de bonne foi de la réponse de l'État présumé auteur à la demande de cessation/réparation. Ce facteur sous-tend plusieurs aspects des propositions formulées par le Rapporteur spécial en 1992 à propos de tout type de contre-mesures, y compris, bien entendu, les mesures conservatoires. Il est inhérent à la notion générale de « réponse satisfaisante » de la part de l'État présumé auteur (dans le projet d'article 11)<sup>54</sup>. Il apparaît également à l'alinéa a du paragraphe 2 de l'article 12 en relation avec l'obligation de l'État auteur de coopérer de bonne foi au choix et à la mise en œuvre des procédures de règlement disponibles.

80. Le deuxième facteur, que l'on retrouve dans les propositions du Rapporteur spécial de 1992, est l'exclusion figurant au paragraphe 3 de l'article 12 de toute mesure (y compris une mesure conservatoire) qui « 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 »<sup>55</sup>.

81. Le troisième facteur, qui est le plus important et que l'on retrouve, lui aussi, dans les propositions formulées

par le Rapporteur spécial en 1992, est constitué par le système de règlement des différends surgis après les contre-mesures qui figurent dans la troisième partie du projet. Toute tierce partie (une commission de conciliation, un tribunal arbitral ou la CIJ) à laquelle il est fait appel dans le cadre d'un différend conformément à la troisième partie du projet serait habilitée par la future convention non seulement, comme cela a été indiqué plus haut, à ordonner des mesures conservatoires, mais également à suspendre toutes mesures prises antérieurement par l'État qui se prétend lésé.

#### D. PROPOSITIONS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL CONCERNANT LES ARTICLES 11 ET 12 DE LA DEUXIÈME PARTIE DU PROJET

##### Article 11

1. Sous réserve des dispositions des articles 12 à 14 [des articles suivants], l'État lésé dont les demandes au titre des articles 6 à 10 *bis* n'ont pas reçu une réponse satisfaisante de la part de l'État qui a commis le fait internationalement illicite est en droit de ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers ledit État, pour autant que cela soit nécessaire pour inciter cet État à s'acquitter de ses obligations [au titre des articles 6 à 10 *bis*].

2. Une réponse satisfaisante peut :

a) Faire disparaître la base sur laquelle l'État victime était raisonnablement fondé à croire que l'État contre lequel les contre-mesures sont envisagées a commis un fait internationalement illicite; ou

b) Offrir un moyen de régler le différend dans un délai raisonnable.

Cependant, une réponse n'est pas [ne sera pas] réputée insatisfaisante du simple fait qu'elle ne répond pas [immédiatement] à toutes les demandes de l'État lésé [en particulier aux demandes de réparation].

3. Si une contre-mesure visant un État qui a commis un fait internationalement illicite entraîne la violation d'une obligation envers un État tiers, cette violation ne peut être justifiée à l'encontre de l'État tiers par les dispositions du paragraphe 1.

82. Le Rapporteur spécial est d'avis que l'un des principaux changements apportés par le Comité de rédaction de 1993 au projet d'article 11 qu'avait proposé le Rapporteur spécial en 1992 a été l'élimination de la notion de « réponse satisfaisante », qui y figurait en bonne place. Selon le libellé proposé par le Comité de rédaction, l'État présumé lésé conserverait la faculté de recourir à des contre-mesures aussi longtemps que l'État présumé auteur « ne s'acquitte pas de ses obligations » relatives à la cessation ou à la réparation. Il semblerait donc que des contre-mesures, et pas seulement des mesures conservatoires, seraient admissibles même si l'État présumé auteur répondait favorablement, bien que pas encore définitivement ou complètement, aux protestations ou aux demandes de l'État présumé lésé.

83. Premièrement, en ce qui concerne la cessation du comportement illicite, ce membre de phrase du Comité de rédaction implique qu'un État lésé peut avoir recours à des contre-mesures dès l'instant où il estime, à raison ou à tort, qu'un fait illicite ayant un caractère de continuité est commis par l'État présumé auteur, sans que la possibilité soit donnée à celui-ci d'expliquer, par exemple, qu'il n'y a pas de fait illicite ou que le fait illicite ne lui est pas attribuable. La notion de « réponse satisfaisante » offrirait plus qu'une possibilité de dialogue.

84. Deuxièmement, en ce qui concerne la réparation, la condition posée par les mots « ne s'acquitte pas de ses

<sup>53</sup> Voir *Annuaire... 1992*, vol. I, 2274<sup>e</sup> séance, par. 7, 2276<sup>e</sup> séance, par. 34 et 37, 2277<sup>e</sup> séance, par. 9 et 28, et 2279<sup>e</sup> séance, par. 4.

<sup>54</sup> Voir *supra* par. 67.

<sup>55</sup> Voir *supra* par. 56, 59 et 66.

obligations » semble vouloir dire que les contre-mesures pourraient *rester en vigueur* tant que l'État auteur n'a pas intégralement réparé le dommage résultant du fait illicite. À moins que l'État auteur ne soit capable de procéder instantanément à la réparation intégrale et complète, ce qui serait plus que vraisemblablement exceptionnel, il pourrait continuer à faire l'objet de contre-mesures même *après* avoir entièrement reconnu sa responsabilité et alors même qu'il aurait commencé à procéder à la réparation ou à donner satisfaction.

85. Il pourrait être utile que cette disposition soit réexaminée par le Comité de rédaction à la quarante-sixième session.

#### Article 12<sup>56</sup>

1. [À l'exception des dispositions énoncées au paragraphe suivant,] L'État lésé ne recourt à aucune [contre-]mesure avant :

a) De s'être acquitté [de bonne foi] des obligations internationales qui lui incombent en matière de règlement [négocié ou par une tierce partie] des différends internationaux;

b) D'avoir communiqué dûment son intention à temps et de manière appropriée à l'État auteur.

2. Les restrictions énoncées au paragraphe précédent ne s'appliquent pas :

a) Aux mesures conservatoires [provisoires] urgentes que l'État lésé peut prendre pour protéger les droits auxquels le fait internationalement illicite [la violation] a porté atteinte ou pour limiter [réduire] le préjudice qui en découle;

b) Si l'État auteur ne coopère pas de bonne foi aux négociations ou à la procédure par une tierce partie proposées par l'État lésé en application de l'alinéa a du paragraphe 1 du présent article.

3. Le droit [la faculté] de l'État lésé de prendre des mesures est suspendu[e] dès qu'une procédure de règlement des différends

<sup>56</sup> À la suite de la décision prise par la Commission de renvoyer au Comité de rédaction ses précédentes propositions concernant les articles 11 et 12, le Rapporteur spécial a présenté une version révisée de l'article 12 qui se lit comme suit :

1. L'État lésé ne recourt à aucune contre-mesure avant la conclusion :

a) D'une procédure de règlement par tierce partie obligatoire qui lui est accessible unilatéralement sur sa propre initiative au titre d'un traité ou autre instrument de règlement des différends en vigueur;

b) À défaut de titre conventionnel, d'une procédure de règlement par tierce partie obligatoire offerte à l'État qui a commis le fait internationalement illicite et acceptée par lui.

2. Les conditions énoncées au paragraphe précédent :

a) Ne s'appliquent pas aux mesures conservatoires urgentes qui peuvent être nécessaires pour protéger les droits de l'État lésé ou pour limiter le préjudice causé par le fait internationalement illicite;

b) Cessent de s'appliquer si l'État qui a commis le fait internationalement illicite :

i) N'accepte pas l'offre d'une procédure par tierce partie obligatoire faite en application de l'alinéa b du paragraphe 1 du présent article;

ii) Ne coopère pas de bonne foi à la mise en place ou à la mise en œuvre de la procédure par tierce partie obligatoire envisagée aux alinéas a et b du paragraphe 1 du présent article;

iii) Ne défère pas à une demande ou injonction provenant de ladite procédure; ou

iv) Ne se conforme pas à la décision rendue à l'issue de ladite procédure.

3. Sauf dans le cas de mesures conservatoires urgentes envisagées à l'alinéa a du paragraphe 2 du présent article, l'État lésé ne recourt à aucune contre-mesure sans avoir dûment communiqué son intention, à temps et de manière appropriée, à l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

[obligatoire] par une tierce partie est engagée et que ladite partie est investie du pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires de protection.

86. Le Rapporteur spécial est d'avis que la disposition de l'alinéa a du paragraphe 1, comparée à celle de l'alinéa a du paragraphe 1 de la proposition initiale<sup>57</sup>, réduit sensiblement — et au strict minimum — l'obligation d'engager une procédure amiable préalable qui incombe à l'État lésé. En particulier :

a) En ont disparu : i) les mots « avoir épuisé »; ii) le terme « toutes »; et iii) les références au « droit international général » et à la « Charte des Nations Unies »;

b) En faisant simplement référence au respect des obligations (en vigueur) de règlement des différends qui incombent à l'État lésé, elle laisse la solution concrète de la question temporelle à l'interprétation de ces obligations, qui, de toute évidence, doit s'opérer cas par cas sur la base des instruments de règlement des différends pertinents en vigueur entre les parties;

c) Elle laisse une certaine place à l'évolution future du droit international du règlement des différends en encourageant les États (contrairement à ce que ferait un texte qui ne mentionnerait pas la question de la priorité) à tenter de régler cette question dans les accords de règlement des différends qu'ils sont appelés à conclure à l'avenir;

d) Elle renvoie expressément aux négociations (comme le demandaient plusieurs membres qui siégeaient aussi au Comité de rédaction en 1993) en tant que procédure essentielle de règlement des différends, outre le recours à une tierce partie.

87. La disposition de l'alinéa b du paragraphe 1 réintroduit l'exigence de la « communication préalable » omise par le Comité de rédaction l'année dernière.

88. Le paragraphe 2 exempte l'État lésé des exigences tenant à la fois aux mesures de règlement des différends et à la communication préalable, chaque fois que :

a) Il s'agit de « mesures conservatoires de protection » (vaste notion qui devrait amoindrir considérablement la restriction imposée à l'État lésé en matière de liberté de choix);

b) L'État auteur ne coopère pas de bonne foi au règlement des différends.

89. Dans l'un et l'autre cas, la faculté de l'État lésé de recourir à des contre-mesures demeurerait pratiquement illimitée; même l'obligation de communiquer préalablement son intention disparaîtrait.

90. Il est important de souligner que la notion de mesures conservatoires de protection est une notion assez large. Elle englobe des mesures telles que le gel ou la saisie de capitaux, l'interdiction d'exporter certaines marchandises et d'autres mesures semblables. L'État lésé dispose donc d'une certaine latitude pour préserver ses droits jusqu'à ce que la question soit réglée par voie de négociation ou à la faveur d'une procédure faisant intervenir une tierce partie.

<sup>57</sup> Voir supra note 17.

91. La crainte que le pouvoir discrétionnaire ainsi laissé à l'État lésé en ce qui concerne les mesures conservatoires réduirait à néant l'obligation énoncée au paragraphe 1 ne serait pas justifiée, car le concept de mesures conservatoires n'est pas indéfiniment extensible et, au cas où une procédure de règlement du différend par tierce partie serait engagée, la tierce partie pourrait sanctionner toutes mesures conservatoires abusives (et ordonner que réparation soit donnée). Une certaine protection serait donc également assurée à l'État auteur du fait internationalement illicite. Il va de soi que mieux vaut un progrès modeste (dans la bonne direction) que pas de progrès du tout.

92. Il n'est naturellement pas question d'exclure, comme c'est le cas devant la CIJ, la possibilité de recourir à des mesures conservatoires si l'octroi de dommages-intérêts représente une mesure suffisante.

93. Conformément au texte du Comité de rédaction de 1993, la disposition contenue au paragraphe 3 suspend la faculté de l'État lésé de recourir à des contre-mesures dès qu'une procédure de règlement [obligatoire] par tierce partie est engagée. Ainsi, cette faculté ne serait pas même suspendue, par exemple (sauf accord contraire) si des négociations sont en cours.

## CHAPITRE II

### Principales questions à examiner lors du prochain débat sur les conséquences des faits internationalement illicites qualifiés de crime aux termes de l'article 19 de la première partie du projet

94. Selon ce qui est prévu, une partie du temps de la quarante-sixième session de la CDI sera consacrée à un débat sur les conséquences des crimes des États tels qu'ils sont définis à l'article 19 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États<sup>58</sup>, et ce compte tenu du cinquième rapport du Rapporteur spécial<sup>59</sup>. Eu égard à l'extrême complexité du sujet et au grand nombre de questions soulevées dans ledit rapport, le Rapporteur spécial, d'accord en cela avec M. Bowett, a pensé qu'il serait utile de classer ces questions dans un ordre logique en vue de favoriser un débat ordonné et fécond, ce qui permettrait au Rapporteur spécial de puiser dans le débat les orientations dont il a besoin pour la suite de son travail sur le sujet.

95. On trouvera ci-après une liste des questions, accompagnée de références aux paragraphes pertinents du cinquième rapport.

#### A. — Peut-on définir les crimes ?

96. L'article 19 contient bien entendu une « définition ». Mais la définition du paragraphe 2 s'apparente en quelque sorte à une définition circulaire, car il y est question d'une violation qui *est* reconnue comme un crime par la communauté internationale, ce qui laisse intacte la question de savoir quels sont les crimes ainsi reconnus.

97. Le paragraphe 3 de l'article 19 identifie quatre catégories de violations sur la base du droit en vigueur, à savoir :

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

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

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

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

98. Outre qu'on peut se demander s'il convient de retenir la notion même de crimes internationaux des États<sup>60</sup>, il est très probable que la question surgira de savoir si la liste des crimes au paragraphe 3 de l'article 19 a jamais été et est actuellement la meilleure<sup>61</sup>. Bien que cette question puisse sembler se rapporter exclusivement à l'article 19, il paraît difficile de ne pas en tenir compte actuellement, s'agissant de déterminer les conséquences des actes illicites en question. Aussi la définition devrait-elle retenir l'attention comme un point préliminaire du débat attendu à la quarante-sixième session<sup>62</sup>.

#### B. — À supposer qu'on puisse dégager une définition acceptée, à qui appartiendra-t-il de déterminer qu'un « crime » a été commis ?

99. Une distinction claire semble s'imposer d'elle-même entre les crimes comme l'agression et les autres crimes<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Pour le texte des articles 1 à 35 de la première partie, adoptés en première lecture à la trente-deuxième session de la Commission, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 29 à 32.

<sup>59</sup> Voir *supra* note 33.

<sup>60</sup> Voir doc. A/CN.4/453 (*supra* note 33), par. 250 à 267.

<sup>61</sup> *Ibid.*, par. 269, b.

<sup>62</sup> *Ibid.*, par. 268 et 269.

<sup>63</sup> *Ibid.*, par. 269, a.

## 1. LES CRIMES COMME L'AGRESSION

100. Dans un tel cas, il appartiendrait de déterminer qu'un crime a été commis :

a) À l'État victime de l'agression<sup>64</sup>, fût-ce à titre provisoire, dans le cadre de la décision de cet État d'invoquer le droit de légitime défense;

b) Aux autres États qui viennent au secours de la victime dans le cadre du droit de légitime défense collective<sup>65</sup>, ici encore à titre provisoire;

c) Au Conseil de sécurité. En fait, jusqu'ici le Conseil de sécurité n'a jamais qualifié un État d'« agresseur ». S'il lui arrivait de le faire, cette constatation serait-elle définitive ou seulement provisoire, une constatation définitive incombant à une juridiction internationale ? Et dans ce cas, à quelle juridiction<sup>66</sup> ?

## 2. LES AUTRES CRIMES

101. Dans ce cas, il appartiendrait de déterminer qu'un crime a été commis :

a) À l'État victime; il s'agit là d'une solution peu plausible, car elle va à l'encontre de la maxime *nemo iudex in sua causa*;

b) Aux autres États; cette solution paraît tout aussi peu satisfaisante, à moins que lesdits États n'agissent par l'entremise d'une instance possédant une autorité et reconnue internationalement;

c) À l'Assemblée générale; toutefois, même s'il est évident que l'Assemblée revendique un tel pouvoir en ce qui concerne des crimes comme l'apartheid et le colonialisme, elle demeure une instance éminemment politique et elle ne serait pas habilitée à faire une constatation contraignante<sup>67</sup>;

d) Au Conseil de sécurité; cependant, le lien avec le Chapitre VII de la Charte est loin d'être évident, et cet organe, lui aussi, est politique<sup>68</sup>;

e) À une juridiction internationale; toutefois, il n'existe pas de telle juridiction. La Cour internationale de Justice ne paraît pas indiquée en l'espèce, car sa compétence se fonde sur le consentement, et on ne peut s'attendre au consentement d'un État accusé d'un crime<sup>69</sup>. Quant à la juridiction dont la création a été proposée récemment, elle sera appelée à juger des individus, et non pas des États.

## C. — Quelles sont les conséquences possibles d'un constat de crime ?

102. Les conséquences possibles d'un constat de crime peuvent avoir trait, premièrement, au type spécifique de

recours disponible ainsi qu'à la faculté de recourir à des contre-mesures, et, deuxièmement, aux conditions dans lesquelles tous les États, et non pas le seul État victime, peuvent être autorisés à exercer des recours ou à recourir à des contre-mesures<sup>70</sup>.

## 1. RECOURS DISPONIBLES ET FACULTÉ DE RECOURIR À DES CONTRE-MESURES

## a) Recours disponibles

103. Dans son cinquième rapport, le Rapporteur spécial a indiqué que, en ce qui concerne la cessation de la violation, il ne semblait pas que les crimes présentent un caractère spécial quelconque les distinguant des faits illicites « ordinaires »<sup>71</sup>. Pour ce qui est de la réparation *lato sensu*, le Rapporteur spécial a soulevé, à propos de la *restitution en nature*, la question de savoir si les restrictions énoncées aux alinéas c et d de l'article 7 de la deuxième partie<sup>72</sup>, concernant respectivement la disproportion par rapport à l'indemnisation et la menace grave pour l'État intéressé, devraient s'appliquer dans le cas des crimes<sup>73</sup>. En ce qui concerne l'*indemnisation*, il a demandé si l'interdiction, énoncée au paragraphe 3 de l'article 10 de la deuxième partie<sup>74</sup>, des exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'État intéressé devrait s'appliquer dans le cas des crimes<sup>75</sup>.

104. De plus, si les crimes sont considérés comme des violations *erga omnes*, les États non victimes sont-ils en droit d'exercer ces mêmes recours<sup>76</sup> ? Dans l'affirmative, ce droit est-il subordonné à une décision d'un organe compétent de l'Organisation des Nations Unies, tel que le Conseil de sécurité, ou les États peuvent-ils exercer ces recours de leur propre initiative ?

## b) Faculté de recourir à des contre-mesures

105. Plusieurs questions se posent à ce sujet :

a) Tous les États peuvent-ils prendre des contre-mesures dans le cas des crimes ? En d'autres termes, tous les États deviennent-ils des « États lésés » aux fins de l'article 11<sup>77</sup> ?

b) Les conditions énoncées à l'article 12 s'appliquent-elles ?

c) Le principe de proportionnalité s'applique-t-il comme le prévoit l'article 13<sup>78</sup> ?

d) Les interdictions de l'article 14<sup>79</sup> s'appliquent-elles, ou faut-il permettre, par exemple, des mesures

<sup>70</sup> Ibid., par. 119 et suiv.

<sup>71</sup> Ibid., par. 171 à 176.

<sup>72</sup> Pour le texte des articles 1 à 6, 6 bis, 7, 8, 10 et 10 bis, voir *Annuaire... 1993*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 55 et 56.

<sup>73</sup> Voir doc. A/CN.4/453 (*supra* note 33), par. 179 et 180.

<sup>74</sup> Voir *supra* note 72.

<sup>75</sup> Voir doc. A/CN.4/453 (*supra* note 33), par. 182.

<sup>76</sup> Ibid., par. 122, 136 et 184 à 186.

<sup>77</sup> Ibid., par. 226 à 240.

<sup>78</sup> Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 31, note 67.

<sup>79</sup> Ibid., p. 33, note 69.

<sup>64</sup> Ibid., par. 171 et suiv.

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Ibid., par. 160 à 166 et 210 à 217.

<sup>67</sup> Ibid., par. 208 et 209.

<sup>68</sup> Ibid., par. 160 à 164 et 210 et suiv., notamment par. 218 à 223.

<sup>69</sup> Ibid., par. 214 à 217.

extrêmes de coercition politique et économique, voire l'emploi de la force armée, avec ou sans l'autorisation préalable du Conseil de sécurité<sup>80</sup> ?

e) Les dérogations aux conditions normales régissant les contre-mesures seraient-elles permises à tous les États, ou seulement à l'État victime du crime ?

2. CONDITIONS DANS LESQUELLES TOUS LES ÉTATS, ET NON SEULEMENT L'ÉTAT VICTIME, POURRAIENT, EN CAS DE CRIME, ÊTRE AUTORISÉS À EXERCER DES RECOURS OU À RECOURIR À DES CONTRE-MESURES

106. La question se pose de savoir si, en cas de crime, tout État devrait pouvoir exercer des recours ou recourir à des contre-mesures de sa propre autorité ou avec l'autorisation du Conseil de sécurité ou encore avec l'autorisation d'un tribunal compétent.

107. Dans la première hypothèse, le droit conféré à l'État devrait sans doute être subordonné à l'exercice par le Conseil de sécurité de ses pouvoirs en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies et aux obligations d'un État en vertu de l'Article 25 de la Charte.

108. Dans la deuxième hypothèse, le Conseil de sécurité serait-il compétent s'il ne s'agissait pas d'un crime impliquant l'agression ou l'emploi illicite de la force ?

109. La troisième hypothèse est théorique puisque aucun tribunal compétent pour connaître de ces questions n'existe actuellement.

3. EXCLUSION POSSIBLE DES CRIMES DU CHAMP D'APPLICATION DES DISPOSITIONS SUR LES CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICÉITÉ

110. Cette question se pose dans le cas du consentement (article 29 de la première partie), de la force majeure (article 31 de la première partie), de la détresse (article 32 de la première partie) et de l'état de nécessité (article 33 de

la première partie). En ce qui concerne la légitime défense (article 34 de la première partie)<sup>81</sup>, il faut noter que la notion de crime et celle de légitime défense sont incompatibles<sup>82</sup>.

4. OBLIGATION GÉNÉRALE DE NE PAS RECONNAÎTRE LES CONSÉQUENCES D'UN CRIME<sup>83</sup>

111. L'obligation de ne pas reconnaître comme juridique toute acquisition territoriale résultant d'une agression est déjà acceptée. Reste la question de savoir si cette obligation prend effet après qu'un organe impartial de la communauté internationale a constaté de manière autorisée que le crime d'agression a été commis : le Conseil de sécurité est-il le seul organe habilité à faire une telle constatation et faut-il que le Conseil de sécurité ait spécifiquement appelé à la non-reconnaissance pour que l'obligation puisse prendre effet ?

5. OBLIGATION GÉNÉRALE DE NE PAS AIDER L'ÉTAT « CRIMINEL » ET DE PRÊTER ASSISTANCE À LA VICTIME<sup>84</sup>

112. Ici encore, la question se pose de savoir si l'obligation en question naît spontanément ou si elle résulte de décisions spécifiques prises en vertu de la Charte des Nations Unies, en particulier du paragraphe 2 de l'Article 2, des Articles 24 et 25, du Chapitre VII et de l'Article 102.

113. Bien entendu, la liste ci-dessus n'empêche pas de discuter toutes autres questions pertinentes traitées dans le cinquième rapport ou jugées importantes par des membres de la Commission.

<sup>81</sup> Voir *supra* note 7.

<sup>82</sup> Le Rapporteur spécial, lors du débat à la quarante-sixième session de la Commission, a attiré l'attention des membres sur « la fausse impression » que pouvait donner la lecture de ce paragraphe. Pour plus de clarification, voir *Annuaire... 1994*, vol. I, 2342<sup>e</sup> séance, par. 30.

<sup>83</sup> Voir doc. A/CN.4/453 (*supra* note 33), par. 241 et suiv.

<sup>84</sup> *Ibid.*, par. 244 à 249.

<sup>80</sup> Voir doc. A/CN.4/453 (*supra* note 33), par. 192 et 198 à 213.