

Document:-
A/CN.4/SR.1617

Compte rendu analytique de la 1617e séance

sujet:
Responsabilité des Etats

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1980, vol. I

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

19. Par ailleurs, il conviendrait de remplacer, dans la version espagnole du paragraphe 3, al. *b*, le mot « texto » par « instrumento », conformément à l'original français. A ce propos, M. Calle y Calle souscrit aux observations que M. Díaz González a formulées à la séance précédente : il est regrettable que les rapports des rapporteurs spéciaux perdent de leur clarté du fait de la traduction.

20. M. VEROSTA dit qu'à son avis le paragraphe 1 du projet d'article 33 devrait être formulé de manière plus restrictive, afin de souligner le caractère exceptionnel de l'état de nécessité. Il n'est pas vraiment certain que l'exemple des difficultés financières avancé par M. Ago entre véritablement dans le cadre de l'état de nécessité.

21. M. Verosta estime que l'emploi de la formule « invoquer comme excuse », au paragraphe 2, laisse percer les doutes de M. Ago quant au caractère absolu du principe posé au paragraphe 1. Si le libellé du paragraphe devait être maintenu sans changement, il semblerait plus exact de parler au paragraphe 2 d'une « exception ». M. Ago s'est d'ailleurs déclaré d'accord pour que le Comité de rédaction examine le texte dans cet esprit. Il conviendrait aussi d'ajouter à ce même paragraphe une disposition sur la charge qui peut incomber à l'Etat victime, afin, là encore, d'atténuer le caractère absolu de la règle.

22. M. Verosta approuve le texte de l'alinéa *a* du paragraphe 3, mais il se demande, au sujet de l'alinéa *b*, s'il est souhaitable de conserver une formule aussi absolue que celle que propose M. Ago. Celui-ci n'a d'ailleurs cité parmi les exemples qu'il donne à ce sujet dans son rapport aucune des situations de caractère dramatique dans lesquelles certains Etats se sont effectivement trouvés. M. Verosta pense notamment au cas de l'Empire danubien, qui, lié à l'Allemagne par une convention antérieure à la première guerre mondiale, a refusé d'invoquer l'état de nécessité pour se délier de ses obligations, malgré les fortes pressions intérieures qui se sont manifestées à partir de 1916, et que sa fidélité à sa parole a conduit à la disparition. Il cite aussi le cas du Royaume d'Italie, lié, pendant la seconde guerre mondiale, à l'Allemagne et au Japon en vertu d'une convention qui ne prévoyait pas l'état de nécessité. Or, en 1943, le Grand Conseil fasciste a décidé de déposer Mussolini et de changer de camp. Pour M. Verosta, ces exemples militent en faveur d'une formulation moins absolue de l'alinéa *b* du paragraphe 3.

La séance est levée à 12 h 35.

1617^e SÉANCE

Lundi 23 juin 1980, à 15 h 15

Président : M. C. W. PINTO

Présents : M. Barboza, M. Calle y Calle, M. Díaz González, M. Francis, M. Jagota, M. Ouchakov, M. Quentin-Baxter, M. Riphagen, M. Šahović, M. Schwebel, M. Tabibi, M. Tsuruoka, sir Francis Vallat, M. Yankov.

Egalement présent : M. Ago.

Responsabilité des Etats (suite) [A/CN.4/318/Add.5 à 7, A/CN.4/328 et Add.1 à 4] [Point 2 de l'ordre du jour]

PROJET D'ARTICLES
PRÉSENTÉ PAR M. AGO (suite)

ARTICLE 33 (Etat de nécessité)¹ [suite]

1. M. YANKOV dit qu'il approuve l'analyse que M. Ago a faite des principaux éléments constitutifs de la notion d'état de nécessité, à savoir l'aspect intentionnel, l'innocence de l'Etat lésé, et les rapports avec d'autres circonstances excluant l'illicéité. Il a été particulièrement intéressé par l'analyse consacrée au caractère exceptionnel de l'« excuse de nécessité ». A cet égard, M. Yankov note que l'intérêt menacé doit revêtir « une importance exceptionnelle pour l'Etat qui entend le faire valoir » (A/CN.4/318/Add.5 à 7, par. 12), et en outre que la notion d'état de nécessité n'est pas nécessairement liée à l'existence de l'Etat, puisque l'identification erronée de cette notion à la notion d'autoconservation peut « créer une fausse image de la question » (*ibid.*). Cependant, il lui semble que la condition selon laquelle l'état de nécessité doit avoir un caractère exceptionnel comporte une part de subjectivité, car il est extrêmement difficile de trouver à cet égard un critère d'appréciation objectif. A son avis, ce point mérite plus ample examen.

2. M. Ago qualifie d'« essentiel » l'intérêt qui doit être menacé pour que l'Etat puisse invoquer l'excuse de nécessité. Là encore, il est difficile de trouver un critère juridique d'appréciation. Comme le prévoit le projet d'article 33, cet intérêt ne justifie évidemment pas le sacrifice d'un intérêt « comparable ou supérieur à celui qu'on a entendu sauvegarder », mais sur ce point également un jugement subjectif intervient dans chaque cas d'espèce. Ainsi, dans certains domaines du droit relatif à la protection de l'environnement, on rencontre différentes valeurs selon les priorités nationales, politiques, économiques et autres de l'Etat concerné. Ce qui peut être qualifié d'intérêt écologique supérieur peut néanmoins être contesté sur le plan des intérêts économiques ou politiques, qui, pour certains pays, l'emportent. Comme M. Ago le fait observer, c'est une question d'importance relative plutôt que de valeur absolue, mais le problème fondamental de la mesure de cette relativité subsiste. Le raisonnement de M. Ago est très convaincant, mais il manque un lien dans l'enchaînement des propositions, qu'il faudra trouver pour que la notion d'intérêt essentiel puisse être considérée comme ayant un fondement valable.

3. M. Yankov approuve la condition fondamentale selon laquelle l'état de nécessité ne peut être invoqué que si un intérêt essentiel de l'Etat est menacé par un péril grave et imminent. Il admet aussi que la situation « doit être absolument indépendante de la volonté de l'Etat dont l'intérêt se trouve menacé » (*ibid.*, par. 13), et que les mesures prises par l'Etat doivent représenter pour lui « le seul moyen de conjurer le péril extrêmement grave et imminent qu'il appréhende » (*ibid.*, par. 14). En d'autres termes, « il faut que ce péril

¹ Pour texte, voir 1612^e séance, par. 35.

ne puisse être écarté par un autre moyen, même beaucoup plus onéreux, mais pouvant être adopté dans le respect des obligations internationales » (*ibid.*). Un jugement subjectif jouera une fois de plus un rôle de premier plan pour déterminer si le fait en question est en réalité absolument indépendant de la volonté de l'Etat dont l'intérêt est menacé. De l'avis de M. Yankov, il n'y a donc pas de base fiable sur laquelle on puisse s'appuyer pour reconnaître cet élément comme faisant partie du concept de nécessité.

4. M. Yankov approuve la limitation apportée, au paragraphe 16 du rapport, à la notion de nécessité, le domaine en question étant de ceux dans lesquels la preuve peut être apportée. Il admet aussi la limitation mentionnée au paragraphe 17, car, s'il peut y avoir des difficultés à fournir la preuve, il s'agit d'un domaine qui offre un plus grand degré de certitude et se prête moins à une interprétation unilatérale.

5. Les règles du *jus cogens* apportent une autre limitation à la notion de nécessité. A cet égard, M. Yankov est heureux que M. Ago ait mentionné l'interdiction de l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale et l'indépendance politique d'un Etat et l'interdiction des actes d'agression. Cependant, il considère que d'autres règles impératives du droit international, reconnues par la communauté internationale comme normes auxquelles aucune dérogation ne saurait être permise, devraient être traitées sur le même pied. Il aimerait connaître l'opinion de M. Ago sur ce point. Par exemple, la règle *pacta sunt servanda*, énoncée à l'article 26 de la Convention de Vienne², et la règle formulée à l'article 27 de la même convention, en vertu de laquelle un Etat ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution par cet Etat des obligations que lui impose un traité, s'appliquent-elles ? L'avis de M. Yankov est qu'en pareil cas l'obligation prévue au traité doit l'emporter et qu'aucun état de nécessité ne peut être invoqué.

6. Eu égard à ces limitations, il semble que la notion d'état de nécessité jouera, premièrement, pour les obligations financières, deuxièmement, pour les obligations concernant la protection de l'environnement et, troisièmement, peut-être pour les obligations relatives aux communications internationales et autres domaines techniques de la coopération internationale. Par exemple, si un Etat est menacé par l'extension d'une épidémie de choléra, les règlements sanitaires internationaux de l'OMS s'appliqueront. Ces règlements stipulent qu'un Etat voisin peut introduire certaines restrictions, mais ne peut fermer ses frontières ou empêcher le fonctionnement normal des transports et des communications. Si cet Etat voisin, considérant que ses intérêts sont comparables ou même supérieurs à ceux du premier Etat, ne se conforme pas à ses obligations, il invoquera l'état de nécessité, et l'importance respective des deux intérêts sera évaluée, ce qui conduira à l'exclusion de la responsabilité de l'Etat qui a fermé ses frontières pour prévenir l'extension du choléra. Une affaire de ce genre a été en fait soumise à l'arbitrage.

7. Tout bien considéré, M. Yankov estime donc que l'état de nécessité est une notion fragile, en premier lieu en raison de la confusion possible avec d'autres circonstances excluant l'illicéité et en deuxième lieu en raison des paramètres douteux de la notion, qui reposent davantage sur un jugement subjectif que sur des critères objectifs : l'intervention d'un jugement subjectif ouvre la porte à des violations injustifiées des obligations internationales. M. Ago a du reste exprimé sur ce point des préoccupations tout à fait justifiées. Néanmoins, il subsiste une possibilité sérieuse que la notion d'état de nécessité influe défavorablement sur la stabilité de l'ordre juridique international. Il est donc juste de dire que l'Etat qui prétendrait se libérer d'une obligation internationale en alléguant un intérêt qu'il s'arrogerait le droit de qualifier unilatéralement d'essentiel pour lui « ne pourrait qu'aller au-devant d'un échec, sous peine de réduire à néant le système entier des relations juridiques internationales » (*ibid.*, par. 11).

8. En outre, la notion de nécessité élargira inévitablement le domaine des litiges, en particulier à une époque où la situation financière mondiale est instable, et elle aggravera aussi le conflit entre les intérêts des Etats et les droits subjectifs reconnus en droit international – la question des considérations écologiques et des priorités nationales en est un exemple.

9. La discussion a permis de constater qu'il existe une tendance à la prudence. Cela étant, une autre possibilité serait de limiter les circonstances excluant l'illicéité à des notions qui reposent sur des critères objectifs, ou qui se prêtent à l'administration d'une preuve suffisante. M. Yankov serait personnellement enclin à adopter une attitude prudente à ce stade et à inclure dans le commentaire une déclaration selon laquelle la notion d'état de nécessité n'est applicable qu'à la question du degré de la responsabilité internationale et aux circonstances qui, sans l'exclure, atténuent cette responsabilité. Il estime aussi que la question devrait être renvoyée aux gouvernements et que, sur la base des observations reçues, la Commission pourra ensuite s'efforcer de trouver une solution. La notion d'état de nécessité telle que l'a exposée M. Ago est plausible et logique, mais la question se pose de savoir si elle est viable.

10. M. JAGOTA note que, dans son rapport, M. Ago a expliqué que le caractère controversé de la notion d'état de nécessité tient à ce que nombre d'auteurs ont été incapables de se mettre d'accord sur le fondement de cette exception ou ont craint qu'elle puisse donner lieu à des abus répétés. M. Ago a toutefois fait observer que, dans la pratique, toute notion prête à des abus. Tout en sachant parfaitement que nombre de voleurs jouissent d'une impunité de fait, les Etats maintiennent une législation interne du vol parce qu'ils se rendent compte qu'elle est nécessaire et utile à la société. De plus, il conviendrait d'étudier au fond la notion d'état de nécessité, quels que soient les abus auxquels cette notion risque de donner lieu. M. Ago a suggéré de traiter la question des abus lorsque la notion et ses éléments constitutifs auront été définis. Il a signalé par ailleurs que les abus se sont produits, pour la plupart, dans le cadre du recours à la force contre le territoire d'un autre Etat – notamment après la seconde guerre mondiale, époque depuis laquelle la guerre d'agression

² Voir 1615^e séance, note 3.

est considérée comme un crime international relevant du *jus cogens*. Les règles de *jus cogens* devant être exclues de l'application de la notion de nécessité, les principaux abus auxquels se prête la doctrine de la nécessité se trouvent de ce fait éliminés.

11. Une question qu'il appartient à la Commission de trancher est de savoir s'il convient d'employer le terme « nécessité », l'expression « état de nécessité » ou quelque autre expression. Il y a évidemment une différence entre « nécessité » et « état de nécessité », de même qu'il y en a une entre « guerre » et « état de guerre », et la Commission devrait par conséquent indiquer sa préférence. Il faudrait par ailleurs uniformiser la terminologie employée dans le projet d'article 33.

12. M. Ago a déclaré qu'un état de nécessité n'est pas un droit, mais une situation de fait par laquelle l'illicéité est exclue. En conséquence, la Commission devrait étudier la notion de nécessité sous cet angle plutôt que sous celui d'un droit découlant du droit international. M. Ago a dit, de même, que ladite notion doit nécessairement être invoquée et établie par l'Etat qui s'en prévaut, et cela à la satisfaction de ceux qui sont appelés à déterminer si l'excuse est ou non fondée.

13. En ce qui concerne les aspects de fond de la notion, M. Ago a expliqué que celle-ci vise à protéger un intérêt étatique exceptionnel ou essentiel, par opposition à tout intérêt réglementé par voie de traité (plusieurs exemples sont d'ailleurs cités dans le rapport pour indiquer dans quelles situations précisément l'excuse de nécessité peut être invoquée). Toutefois, vu les éléments subjectifs inhérents à ladite notion, l'excuse de nécessité risque de subir le même sort que l'excuse d'intérêt vital, et c'est pourquoi il est indispensable d'établir la différence entre un intérêt vital et un intérêt essentiel, et de déterminer s'il convient de garder l'élément subjectif de ce dernier. M. Jagota, pour sa part, avait initialement l'impression que M. Ago atténuerait l'élément subjectif en faisant référence aux autres éléments, à caractère objectif, qui gravitent autour de la notion. Ces éléments objectifs auraient à leur tour une incidence sur les conditions restrictives imposées à l'application de la notion de nécessité.

14. Ces conditions sont les suivantes : premièrement, l'intérêt essentiel doit être menacé par un péril grave et imminent ; deuxièmement, l'Etat doit avoir épuisé tous les moyens de droit possibles, si bien qu'il est forcé d'agir comme il le fait. Toutefois, la notion est encore précisée davantage au regard des contre-mesures. Si un Etat est lésé parce qu'un autre Etat viole son obligation internationale et que cet autre Etat invoque une exception de nécessité, le premier Etat est un Etat innocent : tout préjudice causé à l'Etat innocent doit nécessairement être moindre ou relativement moindre que celui qui aurait été causé à l'Etat qui invoque l'excuse de nécessité. Cette analyse reconnaît tacitement que l'Etat innocent pourrait être en droit de réclamer réparation – selon les circonstances de l'espèce – du préjudice que lui aura causé l'acte justifiable d'un autre Etat. C'est là que réside la différence entre les contre-mesures et la nécessité. La question de la réparation n'est toutefois pas expressément mentionnée dans le projet d'article 33. Il faudrait peut-être, par conséquent, faire figurer dans ce projet d'article un renvoi pour indiquer la distinction qui est faite entre les contre-

mesures et la nécessité – ou encore mentionner la question dans la deuxième partie du sujet.

15. Le rapport traite de deux exceptions fondamentales à la notion de nécessité, qui se rapportent, la première au *jus cogens* et la seconde aux traités en vertu desquels la nécessité ne saurait être invoquée, ni expressément ni implicitement. En ce qui concerne la première de ces exceptions, M. Ago, renvoyant au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, a soulevé la question de savoir si tous les recours à la force, y compris la menace de la force, constituent une agression – tout en signalant par ailleurs que la Commission n'a pas compétence pour interpréter la Charte. La Commission est toutefois censée se prononcer sur certaines questions, comme celle de savoir si le recours à la force, dès lors qu'il ne constitue pas à proprement parler une agression contre un autre Etat, est autorisé. S'il l'est, la question de la nécessité ne se posera pas ; dans le cas contraire, il s'agira de savoir si l'excuse de nécessité peut supprimer l'interdiction d'un tel recours. Le rapport, qui n'évoque pas cette question, aurait peut-être pu traiter l'exception de façon plus spécifique.

16. En revanche, la seconde exception à la notion de nécessité – à savoir l'existence de dispositions conventionnelles – est remarquablement bien traitée, et M. Ago, en analysant les dispositions conventionnelles et la pratique, donne des indications précieuses quant à la façon dont certains traités peuvent être modifiés ou suspendus en période d'urgence. Ainsi, un traité peut expressément prévoir que ses dispositions seront modifiées pour certains motifs particuliers. Une telle clause peut être rédigée en termes positifs – si bien qu'un état de nécessité peut être invoqué à l'égard de certains articles, l'application de la notion étant alors implicitement exclue dans le cas des autres articles – ou, inversement, être rédigée en termes négatifs.

17. Le paragraphe 80 du rapport semble contenir une affirmation quelque peu catégorique, et la dernière phrase, en particulier, suscite des doutes de la part de M. Jagota. Il est toutefois disposé à accepter cette affirmation sous réserve de toutes observations qu'il pourrait faire par la suite, après avoir étudié plus amplement le rapport. Il est également disposé à approuver le projet d'article 33, sous réserve des restrictions et conditions définies par M. Ago.

18. En ce qui concerne le texte du projet d'article 33, M. Jagota dit qu'il faudrait s'efforcer d'uniformiser autant que possible les expressions employées. Il se demande pourquoi, aux paragraphes 2 et 3, le mot « nécessité » figure entre guillemets alors qu'il n'en est pas ainsi dans le titre. A la fin du paragraphe 2, M. Jagota suggère d'ajouter le membre de phrase « ou si cet Etat a contribué à la survenance de cette situation », afin d'imposer à l'Etat demandeur l'obligation de faire tout ce qui est en son pouvoir pour éviter que se produise la situation de nécessité. A cet effet, on pourrait encore ajouter à la fin du paragraphe, ainsi remanié, les mots « ou s'il n'a pas pris de mesures efficaces pour éviter ce péril grave ou imminent ». A l'alinéa a du paragraphe 3, les mots « et notamment si ce fait » pourraient être remplacés par « ou si le fait se rapporte à un crime international ou ».

19. M. BARBOZA s'associe aux observations faites par M. Díaz González, à la 1615^e séance, au sujet de la version espagnole du rapport, qui renferme quelques erreurs de traduction.

20. Dans un rapport plus brillant encore que la Commission ne l'espérait, M. Ago a exposé une foule d'éléments de documentation qui ont permis de décider s'il convenait ou non de faire figurer dans le projet un article sur l'état de nécessité – question fort controversée en raison des abus auxquels elle a donné lieu dans le passé. Tout comme M. Ago, la Commission devrait prendre les précautions nécessaires non seulement pour empêcher des abus analogues à l'avenir, mais aussi pour déterminer la nature de l'hostilité à la notion de nécessité et restreindre la portée juridique de cette notion.

21. M. Ago s'est engagé dans un triple processus d'analyse détaillée de la notion, en commençant par examiner si celle-ci a quelque rapport avec le droit naturel. Certes, dans le passé, des Etats forts ont fréquemment pris avantage d'Etats plus faibles en invoquant une excuse très générale de droit naturel, sans aucunement faire référence aux restrictions y relatives ou aux exceptions à ces restrictions. En rejetant tout lien avec le droit naturel, M. Ago en est venu à examiner s'il existe une règle coutumière consacrant le principe de l'état de nécessité, car en cas d'existence d'une règle coutumière pertinente la question relèverait du droit positif. M. Ago a ensuite – aux paragraphes 7, 9 et 10 de son rapport – examiné, puis rejeté, l'idée selon laquelle l'état de nécessité constitue un droit subjectif, pour se déclarer, en définitive, opposé à l'idée d'un droit à l'autoconservation. M. Ago a préféré, à juste titre, parler d'« intérêt essentiel », démarche plus conforme à la philosophie qui sous-tend le principe de l'état de nécessité, et plus générale en ce qu'elle tient compte de tous les cas où un état de nécessité pourrait se présenter.

22. Le rapport ne propose aucune définition des « intérêts essentiels », mais fournit, en son paragraphe 2, des exemples utiles : danger grave pour l'existence de l'Etat lui-même, pour sa survie politique ou économique, pour le maintien de la possibilité de fonctionnement de ses services essentiels, pour la conservation de sa paix intérieure ou pour la conservation écologique de son territoire, etc. Certes, d'aucuns ont exprimé l'avis qu'une comparaison des intérêts des Etats fait intervenir un élément trop important de subjectivité, mais M. Barboza, pour sa part, est convaincu que, tout comme l'appréciation de la force majeure ou de tout autre principe du droit international, l'appréciation d'un état de nécessité ne va pas sans une certaine subjectivité. De toute évidence, la Commission ne sera pas en mesure d'établir quelque échelle des intérêts, encore qu'il ne devrait pas être trop difficile de déterminer quel intérêt est supérieur dans un cas précis.

23. Quant à savoir s'il existe ou non une règle de droit positif, et plus particulièrement une règle coutumière, consacrant le principe de l'état de nécessité, il est évident que la divergence de la doctrine est moins profonde qu'on aurait pu le supposer. Certains auteurs, adoptant une position négative, ont rejeté le principe, tout en reconnaissant néanmoins qu'il s'applique dans

certaines domaines du droit international. D'autres auteurs, adoptant une position positive, ont affirmé que le principe existe, mais ont stipulé des conditions très restrictives afin d'empêcher que des abus ne soient commis. Un terrain d'entente existe, par conséquent, dans une certaine mesure. Mais ce qui importe bien davantage, c'est le fait que la pratique des Etats reconnaisse le principe de la nécessité. Les avis d'éminents juges, arbitres, et agents de gouvernements présentent un intérêt particulier à cet égard. Il en ressort que le principe effectif de la nécessité n'a jamais été contesté. Les auteurs de ces avis se sont bornés à soutenir que les conditions nécessaires pour qu'une excuse de nécessité soit valable n'étaient pas remplies dans tel ou tel cas. Ce qui importe, encore une fois, c'est que les exemples cités dans le rapport soient plus symptomatiques que la seule doctrine, parce qu'ils témoignent de la pratique des Etats. De l'avis de M. Barboza, une règle pertinente existe effectivement dans le droit international coutumier, et cette règle est non seulement exprimée, mais aussi en partie développée, dans le projet d'article 33, qui a logiquement sa place dans l'économie du projet.

24. M. Šahović (1615^e séance) a signalé à juste titre que le chapitre V du projet énumère les exceptions au projet d'article 33, et, plus expressément, à l'alinéa *b* de son paragraphe 3. A sa trente et unième session, la Commission, à l'issue d'un large débat, a rigoureusement limité la notion de force majeure aux cas d'impossibilité matérielle – en d'autres termes, aux cas où l'obligation ne peut être accomplie en raison de quelque force extérieure irrésistible ou d'un événement imprévisible. D'autres situations ont toutefois été exposées, à savoir des situations caractérisées par une impossibilité relative d'accomplir l'obligation et que désignait, à une certaine époque, la notion de force majeure, aussi bien dans la doctrine que dans la pratique des Etats. A la même session, la Commission a néanmoins souscrit à un article consacré à un cas particulier de nécessité, à savoir l'article 32, qui prévoit la nécessité où se trouve un organe de l'Etat dans une situation de détresse.

25. L'article 33 remédie par conséquent à une lacune du projet et fait pendant à l'article 32. Etant donné que la Commission a accepté le principe de la nécessité dans le cas d'un organe de l'Etat, on ne voit pas pourquoi elle le rejeterait lorsqu'il s'agit de l'Etat lui-même. Qui plus est, les dispositions de l'article 33 apportent de la souplesse aux règles de la responsabilité des Etats et permettent d'éviter le genre de situation illustré par l'adage *summum jus, summa injuria*. Pour autant que M. Barboza sache, le principe de la nécessité existe dans tous les systèmes juridiques. En conséquence, il faut l'incorporer dans le projet, sous réserve des limites et des conditions que M. Ago a indiquées fort judicieusement et qui permettront d'empêcher que l'excuse de nécessité ne soit invoquée de façon abusive à l'avenir.

26. Dans l'examen de l'article 33, il faut partir du fait évident, mais non moins essentiel, que l'obligation a d'ores et déjà été violée et ne peut être accomplie. Ce qui est fait ne saurait être défait. En conséquence, une relation juridique nouvelle s'instaure entre l'Etat défaillant et l'Etat envers lequel l'obligation était

contractée, ce qu'illustrent parfaitement les obligations *de ne pas faire*. Si, dans l'*Affaire de la chasse des otaries à fourrure dans la mer de Béring* (v. A/CN.4/318/Add.5 à 7, par. 34), par exemple, le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique avait chargé des navires de mettre fin à l'activité des pêcheurs canadiens, l'obligation aurait été violée, et la seule solution aurait consisté à instaurer, entre le Gouvernement des Etats-Unis et le Gouvernement canadien, une relation juridique nouvelle dans le cadre de laquelle le Gouvernement des Etats-Unis aurait été tenu de faire réparation. Le Canada aurait toutefois eu la possibilité de prendre des contre-mesures – par exemple en gelant les fonds des Etats-Unis. En revanche, si le Gouvernement des Etats-Unis avait invoqué un état de nécessité en fournissant des justifications à l'appui, l'obligation aurait été violée, mais le comportement des Etats-Unis aurait été licite, cependant que toute contre-mesure du Gouvernement canadien aurait été illicite. Si un dommage avait été causé, il y aurait eu obligation de faire réparation – mais cette question relève du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

27. On constate les mêmes effets, encore que moins nettement peut-être, dans le cas des obligations *de faire*. Si un Etat A omet de rembourser, à une date déterminée, la somme due à un Etat B, il viole son obligation, le facteur temporel étant un aspect essentiel de l'obligation. Un tribunal peut ordonner la *restitutio in integrum*. Toutefois, si l'Etat débiteur invoque, en la justifiant, une excuse de nécessité, le tribunal peut très bien spécifier diverses modalités de paiement de la somme, une fois que l'état de nécessité aura pris fin. De toute évidence, les conséquences de la violation d'une obligation dépendent de la question de savoir si l'existence d'un état de nécessité peut ou non être démontrée. L'objet du projet d'article 33 n'est par conséquent pas de réduire la responsabilité de l'Etat, mais d'exclure l'illicéité, encore que la responsabilité puisse subsister pour tout dommage causé par des faits licites.

28. A cet égard, M. Barboza, à la différence d'autres membres de la Commission, considère que les engagements financiers représentent l'un des domaines où une excuse de nécessité peut être valablement invoquée. Comme M. Ago l'a montré, plusieurs gouvernements ont – dans leurs réponses à la demande d'informations formulée par le Comité préparatoire de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930) – soutenu qu'un Etat ne saurait priver sa population de services essentiels afin d'honorer en temps utile ses engagements financiers. De fait, en droit international, la non-exécution d'engagements financiers a longtemps été exclue en tant que motif justifiant une intervention armée de la part des Etats créanciers. Des mesures coercitives ayant été employées contre le Venezuela par des Etats créanciers, Luis María Drago, ministre argentin des affaires étrangères, a exposé, en 1902, la doctrine selon laquelle les dettes d'un Etat souverain ne sauraient être recouvrées au moyen de la force armée – avis qu'il a exprimé une nouvelle fois à la Deuxième Conférence internationale de la paix (La Haye, 1907), et qui a entraîné, à l'initiative des Etats-

Unis, la conclusion d'une nouvelle convention stipulant qu'il ne saurait être fait recours à la force armée aux fins de recouvrer des dettes contractuelles, à moins que l'Etat débiteur ne repousse l'arbitrage ou n'omette de se conformer à la sentence arbitrale.

29. Enfin, la thèse selon laquelle l'urgence est indispensable pour établir l'existence d'un état de nécessité n'a pas de fondement dans les avis d'éminents auteurs en la matière. A cet égard, il importe de se rappeler que des situations pourraient se présenter où un Etat serait empêché de s'acquitter de son obligation pour de multiples raisons autres que le simple manque de temps.

30. Quant au libellé de l'article 33, la première et la deuxième phrase du paragraphe 1 devraient faire l'objet de paragraphes distincts, étant donné que l'une expose le principe général de l'état de nécessité alors que l'autre apporte des réserves à ce principe. Enoncer un principe et évoquer les cas où ce principe ne s'applique pas sont deux choses bien différentes. De plus, il serait peut-être souhaitable d'exprimer sous une forme négative le principe de l'état de nécessité, afin de faire droit aux préoccupations de ceux qui tiennent à ce qu'il fasse l'objet d'une interprétation restrictive. Qui plus est, le paragraphe 2 évoque « la survenance de la situation », alors qu'il vaudrait peut-être mieux suivre le libellé des articles 31 et 32, qui parlent de l'Etat qui « a contribué » à la survenance de la situation. Un tel libellé prendrait en considération les cas où des Etats omettent de prendre certaines mesures propres à empêcher que la situation envisagée ne se présente.

31. M. TSURUOKA rend hommage au dévouement de M. Ago à la cause de la codification et du développement progressif du droit international.

32. Comme la majorité des membres de la Commission qui ont pris la parole, M. Tsuruoka approuve les grandes lignes du projet d'article 33. Il est favorable au maintien de l'article sur l'état de nécessité, qui s'impose en vertu de la pratique même des Etats et de l'économie générale du projet, dont il complète les dispositions précédentes. Toutefois, M. Tsuruoka partage la préoccupation des membres de la Commission qui ont constaté que la notion d'état de nécessité est peu précise et propice à des applications abusives. Il convient donc de délimiter prudemment les domaines où l'on admet et ceux d'où l'on exclut son application.

33. Comme on l'a souligné, le Rapporteur spécial a bien mis en évidence que la notion d'état de nécessité n'intervient dans l'édifice du droit international qu'à titre exceptionnel. S'il est possible, il serait souhaitable d'aller plus loin encore dans ce sens.

34. Certains membres de la Commission ont aussi jugé nécessaire d'éliminer toute subjectivité de la définition des cas dans lesquels peut s'appliquer cette notion – que M. Tsuruoka juge empreinte elle-même d'une certaine subjectivité. Il pense donc que, s'il n'est pas possible d'éliminer totalement cet élément de subjectivité, la Commission devrait présenter dans son commentaire une analyse détaillée de la notion, accompagnée de nombreux exemples des cas d'application et d'exclusion fournis par la pratique, afin que les Etats disposent ainsi de critères qui permettraient d'éviter les abus. En outre, pour prévenir ou corriger les

erreurs éventuelles dans l'application de la notion, une procédure devrait exister qui prévoirait le recours au jugement de tiers.

35. Quant à la forme du projet d'article 33, M. Tsuruoka souhaiterait que les formules employées soient alignées sur celles des articles 31 et 32, et notamment que le libellé du paragraphe 2 du projet d'article soit aligné sur celui des paragraphes 2 des articles 31 et 32, en anglais comme en français.

36. M. Tsuruoka constate enfin que la question de la réparation suscite des préoccupations pour plusieurs membres de la Commission. Lui-même juge indispensable que l'Etat innocent soit indemnisé, et il considère que la meilleure solution serait d'ajouter au projet d'article 33 un paragraphe 4 qui pourrait être libellé comme suit :

« L'exclusion de l'illicéité par l'application du paragraphe 1 n'implique pas l'exclusion de l'obligation d'indemniser les dommages qu'a occasionnés l'acte de nécessité. »

La séance est levée à 17 h 55.

1618^e SÉANCE

Mardi 24 juin 1980, à 10 h 20

Président : M. C. W. PINTO

Présents : M. Barboza, M. Calle y Calle, M. Díaz González, M. Francis, M. Jagota, M. Ouchakov, M. Quentin-Baxter, M. Riphagen, M. Šahović, M. Schwebel, M. Tabibi, M. Tsuruoka, sir Francis Vallat, M. Yankov.

Egalement présent : M. Ago.

Responsabilité des Etats (suite)

[A/CN.4/318/Add.5 à 7, A/CN.4/328 et Add.1 à 4]
[Point 2 de l'ordre du jour]

PROJET D'ARTICLES
PRÉSENTÉ PAR M. AGO (suite)

ARTICLE 33 (Etat de nécessité)¹ [*fin*]

1. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en qualité de membre de la Commission, dit que, tout au long de l'histoire du droit international et du droit en général, on relève l'existence d'un moyen de défense fondé sur la nécessité. Cette notion était connue en droit romain comme moyen de défense dans l'action en dommages-intérêts : si le défendeur n'avait fait que ce qu'un homme raisonnable aurait fait, la faute était exclue et il n'était pas tenu à réparation pour le préjudice ainsi causé de façon licite. Grotius a accepté cette notion, tout en prescrivant des précautions et des restrictions qui ressemblent de façon frappante à celles que le Rapporteur spécial a dégagées avec tant de soin d'une abondante masse d'informations. A cet égard, M. Pinto appelle l'attention de la Commission sur le paragraphe 3

de l'article 142 du projet de convention sur le droit de la mer², qui mentionne le droit des Etats côtiers de prendre les mesures qui peuvent être nécessaires pour prévenir, atténuer ou éliminer un danger grave et imminent menaçant leurs côtes ou des intérêts connexes.

2. Cependant, malgré l'abondance de la documentation contenue dans le rapport qui vient à l'appui de la thèse défendue et le caractère convaincant des conclusions, M. Pinto éprouve encore des doutes quant à l'opportunité d'une disposition sur l'état de nécessité dans le projet d'articles. En premier lieu, il semble que la plupart des autorités qui sont citées dans le rapport, tout en parlant du moyen de défense fondé sur la nécessité comme d'un élément du droit, ne se sont pas senties effectivement tenues d'en faire la base de leur décision. En deuxième lieu, le projet d'article 33 envisage la sauvegarde non pas des droits, mais d'un intérêt essentiel, d'un Etat, et demande d'évaluer si l'intérêt de l'autre Etat est comparable ou supérieur à l'intérêt que le fait du premier Etat a eu pour objet de sauvegarder. Le mot « intérêt » peut recevoir des sens variés, et il rendra sans nul doute difficile une application de cette disposition qui soit conforme à la justice dans chaque cas d'espèce. La nécessité de comparer les intérêts en présence, qui semble exiger des jugements de valeur, en l'absence d'une échelle de valeurs universellement acceptée, peut poser des problèmes qui compromettront sérieusement l'utilité de la notion de nécessité, et donc du projet d'articles.

3. Il y a plus grave encore : la notion de nécessité, par sa nature même, introduit un élément de subjectivité tellement dominant qu'une règle qui s'en inspire ne peut être convenablement appliquée par un tribunal. Il est à craindre que, en dépit de tous les exemples de cas d'« état de nécessité » qui sont cités dans le rapport et toutes les règles au moyen desquelles les juristes se sont efforcés de donner à la notion objectivité et précision, la nécessité ne soit pas un état ou une condition de choses, mais bien plutôt une interprétation ou une évaluation d'une situation, et donc un état d'esprit. De plus, le contenu de la notion peut être subjectif au point de n'être d'aucun secours pour régler les relations entre les Etats. Ou bien l'application de cette notion peut être si étroitement délimitée qu'elle la prive de toute utilité. Il est vrai que les exemples d'affaires financières, où juges ou défenseurs ont soutenu la thèse que des contraintes financières ou économiques sévères pouvaient dégager les Etats débiteurs de leur obligation de payer, ou de payer selon un certain calendrier d'échéances, peuvent susciter beaucoup de sympathie à une époque où la plupart des pays en développement mènent une bataille constante pour soutenir leur économie grâce à des prêts étrangers, et où les plans de remboursement les menacent d'écrasement. Cependant, un Etat débiteur qui se prévaut de la nécessité comme moyen de défense pour éviter un remboursement ou obtenir un réaménagement de sa dette peut se trouver dans une situation

² « Texte de négociation composite officieux/Révision 2 », établi en avril 1980 par le Président de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et les présidents des grandes commissions de la Conférence (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 et Corr.2 et 3).

¹ Pour texte, voir 1612^e séance, par. 35.