Document:-
A/CN.4/SR.1618

Compte rendu analytique de la 1618e 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)

Copyright © Nations Unies

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.

1618e 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 mer [2], 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 ou 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

---

[1] Pour texte, voir 1612e séance, par. 35.

[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).

très grave en ce sens qu'aucun Etat pourrait ne plus accepter à l'avenir de lui prêter une assistance financière. En donnant une base juridique d'action dans les situations de nécessité économique, on peut saper la force des traités dans ce domaine et renforcer les tendances au protectionnisme dans le monde industrialisé.

4. Malgré ces doutes qu'éveillent en lui la reconnaissance d'une norme juridique relative à la nécessité en droit international, M. Pinto se déclare prêt à accepter que le projet d'article 33 soit renvoyé au Comité de rédaction. Néanmoins, afin de réduire le degré de subjectivité apparemment élevé dans l'application de la disposition et d'aider les tribunaux qui pourraient avoir à l'interpréter, peut-être vaudrait-il la peine d'envisager d'introduire dans le texte une norme de « modération », exigeant des Etats qu'ils exercent un minimum d'objectivité avant de conclure à l'existence d'une situation de péril grave et imminent.

5. Il semble logique que l'état de nécessité exclue l'illicéité de façon absolue, et ne soit pas simplement une circonstance atténuante, mais il va de soi que l'obligation de réparer doit subsister. La position des Etats tiers qui seraient lésés par un acte accompli dans une situation de nécessité mérite plus ample examen.

6. Pour ce qui est du libellé du projet d'article proprement dit, M. Pinto est favorable à l'introduction du critère de « modération » dans le paragraphe 1. Il faut aussi préciser le caractère exceptionnel de l'excuse de nécessité en rédigeant l'article sur le modèle de l'article 62 de la Convention de Vienne [3], ainsi que l'a suggéré sir Francis Vallat (1615e séance). Les dispositions du paragraphe 1 exigent que l'Etat qui invoque l'excuse de nécessité prouve qu'il n'avait pas d'autre moyen de sauvegarder un intérêt étatique essentiel. C'est là une telle charge pour l'Etat concerné que la question de l'utilité du projet d'article se trouve à nouveau posée.

7. Au paragraphe 2, l'expression « situation de *nécessité* » est utilisée sans aucune indication préalable et, bien que le sens en soit clair, il faudrait l'amener par une introduction, quand ce ne serait que du point de vue de la présentation. De plus, il faudrait prévoir que le paragraphe 1 ne s'applique pas non pas si la situation de nécessité « est due » à l'Etat, mais si l'Etat « a contribué » à la survenance de cette situation.

8. A l'alinéa *b* du paragraphe 3, le mot « implicitement » devrait être élargi pour introduire l'idée d'une exigence tacite valable dans toutes les circonstances.

9. M. AGO, reprenant les différents points soulevés par les membres de la Commission au sujet du projet d'article 33, note que M. Riphagen a exposé à la Commission (1614e séance) l'intéressante théorie de l'état de nécessité comme un cas de conflit de règles, ce qui a d'abord suscité l'inquiétude de M. Ago, car il s'était appliqué à démontrer dans son rapport que, dans les cas où un Etat invoque l'état de nécessité, on ne peut prétendre que deux droits s'opposent ni qu'un « droit » l'emporte finalement sur l'autre. Mais il a ensuite constaté avec soulagement que M. Riphagen ne visait pas l'opposition de deux droits, mais bien celle de deux règles, dont l'une serait celle d'où découle le droit subjectif d'un autre sujet qu'on refuserait de respecter, et l'autre celle que la Commission élabore. Sous cet angle, son intervention ne peut donc que contribuer à une meilleure compréhension de la théorie de la notion d'état de nécessité.

10. Au sujet du critère d'appréciation de la valeur relative des intérêts en cause, M. Riphagen est arrivé à des conclusions très proches de celles de M. Ago, bien qu'il soit parti de prémisses différentes. Il a en outre attiré l'attention de la Commission sur le fait que différentes normes impératives peuvent coexister. A l'occasion de l'examen de l'article 19 [4], la Commission avait déjà noté que certains crimes internationaux peuvent être plus criminels que d'autres et certaines règles impératives plus impératives que d'autres. M. Ago maintient néanmoins que tout le domaine des normes impératives doit être exclu du champ d'application de l'excuse d'état de nécessité.

11. M. Riphagen a aussi utilement insisté sur l'exigence d'une rédaction aussi claire que possible afin d'éviter tout malentendu. En ce qui concerne l'indemnisation éventuelle des dommages causés, M. Ago ne pense pas que la reconnaissance éventuelle d'un droit d'indemnisation mette en cause l'exclusion du caractère illicite des faits. Le fait dont il s'agit n'est certainement pas conforme à une obligation internationale, mais on ne saurait le qualifier d'illicite si l'exclusion de l'illicéité résulte d'un état de nécessité. En revanche, il pense avec M. Riphagen que la raison d'être du chapitre V du projet d'articles n'est autre que la volonté d'éviter l'injustice que pourrait parfois engendrer l'application rigoureuse de certaines règles de droit.

12. M. Reuter (1614e séance) a, quant à lui, bien saisi que l'exclusion de l'illicéité peut néanmoins laisser subsister des conséquences de l'action excusée pour raison de nécessité, susceptibles de donner lieu à indemnisation. L'argument central de son intervention est que la Commission a choisi, à juste titre, de préciser rigoureusement les notions qui font l'objet des autres projets d'articles du même chapitre V et de circonscrire clairement leurs limites respectives. Cette observation est parfaitement exacte. M. Ago avait lui-même proposé, au moment de l'examen de la force majeure, de distinguer deux notions d'impossibilité : l'impossibilité « matérielle et absolue » et l'impossibilité « relative » [5], c'est-à-dire celle qui caractérise les situations où l'application stricte de la règle entraînerait, pour celui qui s'y soumettrait, des conséquences si graves qu'on peut se demander si l'exécution est vraiment possible, du point de vue « humain » sinon du point de vue « matériel ». A cette occasion, M. Ouchakov proposa à la Commission de cantonner l'application de la notion de force majeure aux cas d'impossibilité matérielle et absolue. La Commission l'ayant suivi sur ce point, avec raison probablement, une faille reste par ailleurs à remplir, et c'est dans le cadre de l'état de nécessité qu'il faut le faire.

---

[3] Voir 1615e séance, note 3.

[4] Voir 1613e séance, note 2.

[5] Voir *Annuaire... 1979*, vol. I, p. 185 et 186, 1569e séance, par. 5 et 6.

13. Toujours en rapport avec l'intervention de M. Reuter, M. Ago tient à éliminer toute ambiguïté quant à son attitude au sujet du droit naturel. Il a parlé dans son rapport de certaines notions « jusnaturalistes » parce que certains auteurs des XVIIIe et XIXe siècles ont créé une confusion en qualifiant de principes de droit naturel un ensemble de règles dont la vertu était plutôt de correspondre à leurs propres vues. Pour sa part, M. Ago est convaincu qu'il existe un droit, qu'il préfère qualifier non pas de naturel mais de spontané, un droit qui se forme dans la conscience des sujets de droit et y précède le droit positif, et a sous certains aspects la primauté sur celui-ci.

14. Dans son intervention à la 1614e séance, M. Ouchakov a invité la Commission à n'agir dans le domaine de l'état de nécessité qu'avec la plus grande prudence. M. Ago est d'accord, mais relève cependant qu'il serait peut-être imprudent de laisser sans définition la notion si brûlante d'état de nécessité. M. Ouchakov a estimé que l'état de nécessité ne pouvait s'appliquer en matière d'obligations financières. Il a par contre cité aussi certains exemples dans lesquels cette notion s'appliquerait, dont celui d'un incendie qui se produirait dans un territoire inhabité à la frontière entre deux Etats et qui obligerait à franchir la frontière pour lutter contre le feu. Mais il a surtout insisté sur le caractère éminemment subjectif de la comparaison des intérêts des Etats, et a déclaré que la Commission pourrait peut-être accepter de traiter l'excuse de nécessité comme une circonstance atténuante plutôt que comme une circonstance excluant l'illicéité. Il a aussi imaginé (1615e séance) les complications qui interviendraient dans la situation où un Etat B, victime d'une action de nécessité de l'Etat A, réagirait par des contre-mesures, elles-mêmes suivies d'une réaction de l'Etat A, etc. M. Ago fait d'abord observer que, selon lui, on ne pourrait parler dans ce cas de vraies contre-mesures si, à propos de la première action, l'excuse de nécessité était fondée, puisqu'elle exclut alors le caractère illicite du fait de l'Etat auteur de l'action. Il souligne en outre que de telles complications sont inhérentes à la matière même des relations internationales, et qu'elles peuvent se produire aussi dans des situations de force majeure ou de détresse, et non pas seulement là où l'état de nécessité serait invoqué.

15. M. Ago comprend la protestation émise par M. Díaz González (*ibid.*) au sujet de la traduction de son rapport en espagnol, et il pense qu'elle pourrait même être étendue au texte anglais. Il sait néanmoins d'expérience combien il peut être difficile de rendre exactement la pensée d'un auteur dans une langue étrangère lorsque la matière est délicate comme celle dont traite la Commission.

16. Il a relevé la remarque faite par M. Díaz González au sujet des cas où il faudrait déterminer si l'intérêt vital à protéger était celui de l'Etat qui évoque en sa faveur l'état de nécessité ou celui de l'Etat victime. Il retient surtout l'appel lancé en faveur de la plus grande clarté, afin d'éviter toute interprétation erronée du futur projet d'articles.

17. M. Šahović (*ibid.*) a bien situé le problème de l'état de nécessité dans le système du droit international comme dans les systèmes de droit interne. Il estime, comme M. Ago lui-même, qu'il faut délimiter avec précision le domaine d'application de la notion d'état de nécessité. Mais, pour M. Šahović aussi, la présence d'une disposition sur l'état de nécessité s'impose dans le projet d'articles. M. Ago souligne que l'état de nécessité ne mérite pas tous les reproches qu'on lui adresse parfois, puisqu'il répond à une exigence essentielle de justice, au souci de ne pas rendre trop rigide l'application des règles de droit. Certes, les abus faits sont critiquables, mais la notion elle-même est un élément indispensable de tout système de droit pour éviter des frictions excessives dans l'application des règles. M. Šahović a même estimé qu'il s'agissait d'un complément nécessaire aux autres dispositions du projet d'articles, et il a souligné l'intérêt fondamental d'une exception à propos de l'interdiction de l'emploi de la force, même en dehors des cas d'agression.

18. M. Šahović a, en outre, demandé que les termes du projet d'articles soient renforcés, et il a envisagé la possibilité d'inclure dans le projet d'article une clause expresse sur l'indemnisation des dommages éventuels. M. Ago estime possible d'accéder à cette demande, mais rappelle qu'au sujet d'un projet d'article précédent qui soulevait le même problème M. Riphagen avait jugé préférable de prévoir une disposition distincte de portée générale. Cette solution lui semblerait meilleure.

19. M. Quentin-Baxter (*ibid.*) a, lui aussi, cité des exemples intéressants, notamment de franchissement de frontières en cas d'urgence. Il a bien souligné que le principe étudié par la Commission est commun à tous les systèmes de droit et, en fait, ne saurait être éliminé. Il a aussi relevé que l'obligation d'indemniser les dommages peut très bien subsister nonobstant l'exclusion de l'illicéité. M. Ago est d'accord, et fait observer que la règle que la Commission adoptera sur ce point devra posséder toute la souplesse nécessaire.

20. M. Quentin-Baxter a insisté sur les éléments constitutifs de l'état de nécessité. Il a jugé qu'il était juste de maintenir certaines exceptions, mais a déclaré qu'il serait vigoureusement hostile à la suppression du projet d'article 33, car la Commission doit au moins attirer l'attention des gouvernements sur l'immense problème de l'état de nécessité, afin de recueillir leur opinion sur ce point.

21. Pour sa part, sir Francis Vallat (*ibid.*) a choisi une approche pratique, particulièrement bienvenue en la matière. Se référant à la pratique des Etats plutôt qu'à la jurisprudence, plus rare, il a constaté que, dans de nombreux cas, les parties se sont trouvées d'accord pour reconnaître la validité du principe de l'état de nécessité, que ce soit pour en accepter ou pour en écarter l'application à l'occasion de leur différend concret. Il en a conclu qu'il s'agissait là d'un principe du droit international généralement accepté.

22. Il a envisagé des situations (*Affaire du « Torrey Canyon »*, par exemple [v. A/CN.4/318/Add.5 à 7, par. 35]) où il serait possible d'invoquer à la fois deux causes distinctes d'exclusion de l'illicéité, et a suggéré de donner au projet d'article une forme négative, plutôt que positive, en déclarant par exemple : « Il n'est pas permis d'invoquer l'état de nécessité, sauf... ». Cette proposition mérite ample réflexion, et M. Ago se propose de la reprendre.

23. Sir Francis a eu aussi le mérite d'insister sur le fait qu'à l'article 33 il s'agit de régler un problème d'exclusion de l'illicéité, et non pas d'exclusion d'une partie de la responsabilité ou de l'obligation de réparer. On ne doit en effet pas oublier qu'un fait illicite comporte deux types de conséquences possibles : des sanctions et des mesures réparatrices, comme la Commission l'a déjà observé au sujet des contre-mesures. Sir Francis a déclaré que, même si l'illicéité est exclue, l'obligation d'indemniser les dommages peut subsister, mais l'Etat victime n'est cependant pas fondé à appliquer des contre-mesures, et cela justement parce que, s'il y a bien dommage, il n'y a pas fait illicite. Il a insisté aussi sur la notion d'équilibre des intérêts ; enfin, il a invité la Commission à réfléchir sur les problèmes soulevés par l'emploi de la force armée.

24. Pour sa part, M. Francis (1616e séance) a dit que la présentation orale de l'article 33 par le Rapporteur spécial l'avait convaincu de la nécessité de cette disposition. Pour lui, l'article 33 se justifie par des considérations tenant à la pratique des Etats, à la doctrine, et à la nature de l'ordre juridique international. M. Francis voudrait cependant que la Commission insiste, dans le texte de l'article, sur les conditions qui doivent être réunies pour que l'état de nécessité puisse être invoqué. Le Rapporteur spécial lui donne parfaitement raison sur ce point.

25. Quant à M. Schwebel, il a d'abord (1614e séance) considéré que l'état de nécessité devrait exclure la responsabilité plutôt que l'illicéité, mais il a par la suite abandonné cette idée. A la 1616e séance, il a marqué sa préférence pour une formulation négative de l'article, et a mis l'accent sur l'opportunité de prévoir la possibilité d'une indemnisation des dommages. Sur ce dernier point, M. Ago fait observer que, dans certains cas, l'indemnisation devrait être accordée et même être intégrale, tandis que, dans d'autres, elle pourrait ne pas s'imposer du tout. C'est une question d'appréciation de chaque cas, et la Commission devrait s'abstenir d'entrer dans les détails, au cas où elle rédigerait une disposition sur cette question. D'ailleurs, le problème de l'indemnisation se pose normalement une fois que l'illicéité a été exclue, et c'est un tribunal arbitral ou une commission de conciliation qui peut fixer le montant des dommages à indemniser. C'est par ailleurs à juste titre que M. Schwebel propose d'exclure clairement l'applicabilité de l'excuse de nécessité dans tous les cas où l'Etat en cause aurait pu éviter le danger par d'autres moyens.

26. Quant à l'emploi des mots « a contribué » ou « est due », c'est au Comité de rédaction qu'il incombera de choisir la formule la plus appropriée. Pour M. Ago, le verbe « contribuer » présente l'avantage d'avoir été utilisé dans d'autres articles du projet, même si son emploi à l'article 33 risque de donner à cette disposition un caractère quelque peu strict. Faut-il considérer qu'un Etat ne se trouve pas en état de nécessité s'il est dans une situation qui n'est pas vraiment « due » à lui, mais à laquelle il a contribué, par exemple en suivant une politique financière trop lâche ? Si cette situation présente tout de même pour lui un danger extrême, est-il juste de ne lui accorder aucune excuse ?

27. C'est dans la réalité de la vie internationale que M. Calle y Calle (1616e séance) trouve la justification de l'article à l'examen. Il lui paraît cependant indispensable de subordonner l'excuse de nécessité à des conditions très strictes. A ce sujet, M. Ago fait par ailleurs observer que, depuis qu'on est convenu de reconnaître que l'état de nécessité ne peut en aucun cas justifier le recours à la force armée, il n'y a plus de sens à vouloir limiter l'application de cette notion aux cas où l'intérêt à sauvegarder serait l'existence même de l'Etat. Cet intérêt doit être essentiel, mais il n'a le plus souvent rien à voir avec l'existence de l'Etat qui l'invoque.

28. M. Calle y Calle a aussi appelé l'attention des membres de la Commission sur la possibilité d'invoquer l'excuse de nécessité à l'appui de l'inobservation de règles humanitaires. Dans ce domaine, et contrairement à celui du *jus cogens*, il se peut en effet qu'il ne soit pas absolument exclu d'être admis à invoquer l'excuse de nécessité. En réalité, les conventions dans lesquelles des règles humanitaires sont énoncées traitent diversement de l'état de nécessité. Parfois, une disposition figure dans le préambule ou dans les clauses finales d'une convention et prévoit que les obligations énoncées dans cet instrument s'entendent dans les limites qui seraient imposées par des conditions de grave nécessité. En pareil cas, l'applicabilité de l'état de nécessité est donc automatiquement admise, mais il faut en établir les conditions d'après la convention plutôt que d'après les règles du droit international général. Parfois, à l'opposé, une convention contient une règle générale d'exclusion de toute excuse de nécessité, si bien que cette excuse ne peut être invoquée en aucun cas. Mais il n'est pas rare qu'un article particulier d'une convention contienne une disposition concernant spécifiquement l'état de nécessité. Si cette disposition prévoit que l'excuse de nécessité ne peut pas être invoquée dans un certain cas, on peut en déduire qu'elle peut l'être dans tous les autres cas visés par la convention. En revanche, si cette disposition prévoit que les parties peuvent se dispenser d'observer une certaine obligation en cas de nécessité, on peut en déduire qu'aucune excuse de nécessité ne justifierait l'inobservation des autres obligations énoncées dans la convention. En matière de dispositions conventionnelles, tout est donc question d'interprétation, et les situations les plus compliquées peuvent se présenter.

29. Enfin, M. Calle y Calle a estimé que l'état de nécessité devait être bien établi. L'emploi du terme « établi » pourrait en effet aider la Commission à fournir les garanties d'objectivité nécessaires. D'ailleurs, ce terme a déjà été employé plusieurs fois dans le projet pour souligner le caractère objectif que doit présenter la constatation d'une situation, et notamment d'une situation susceptible de conduire à l'exclusion de l'illicéité d'un comportement déterminé.

30. C'est sur le caractère exceptionnel de l'excuse de nécessité et sur les conditions restrictives de son application qu'a insisté M. Verosta (*ibid.*). Il a aussi exprimé l'espoir que le fardeau de l'Etat innocent soit allégé et a évoqué la question des relations entre le droit coutumier et le droit conventionnel.

31. Quant à M. Yankov (1617e séance), il s'est montré partagé entre le désir évident de reconnaître le bien-fondé de la règle et la crainte des inconvénients que présente l'aspect subjectif inhérent à cette règle. En

définitive, il s'est prononcé pour l'état de nécessité, qui est en fait consacré par la pratique des Etats, mais il a souligné qu'il subsiste le problème du critère à adopter pour apprécier la gravité de la menace et pour mesurer les intérêts en présence, notamment pour déterminer lequel doit l'emporter. Comme M. Ago, M. Yankov a jugé indispensable d'exclure l'excuse de nécessité en cas d'obligations importantes, sans que la Commission commette pour autant l'erreur de vouloir établir quelles sont, prises isolément, ces obligations.

32. Lorsqu'elle a codifié le droit des traités, la Commission a mis l'accent sur le caractère évolutif de la notion de règles impératives. Une règle impérative à un certain moment peut ne plus l'être par la suite, et *vice-versa*. Mieux vaut donc se référer à des exemples sûrs que d'élaborer des définitions rigides. M. Yankov s'est même demandé si la règle *pacta sunt servanda* n'est pas une règle impérative du droit international général à laquelle un Etat ne devrait pas pouvoir se soustraire en invoquant l'état de nécessité. Tel n'est pas le cas pour M. Ago, sinon il faudrait en conclure qu'aucune obligation conventionnelle ne permettrait d'invoquer l'état de nécessité, ce qui serait excessif.

33. M. Yankov s'est étendu sur divers cas d'obligations, et il a donné l'exemple intéressant d'un pays qui se verrait obligé de fermer ses frontières, en violation d'une obligation internationale, pour empêcher qu'une épidémie ne s'étende. Enfin, M. Yankov a recommandé de tenir compte de la notion de stabilité de l'ordre juridique international, d'éviter les prises de position catégoriques et de faire preuve de la plus grande prudence dans la suite des travaux.

34. C'est après une analyse détaillée de la question et après mûre réflexion que M. Jagota (*ibid.*) a approuvé l'article à l'examen. Pour lui, l'état de nécessité ne peut être invoqué comme circonstance excluant l'illicéité que si toutes les conditions prévues se trouvent réunies. A ce sujet, M. Ago revient à l'intervention de M. Yankov pour dire qu'il ne saurait le suivre sur le point de considérer que ces conditions sont si nombreuses qu'elles ne pourraient probablement jamais être toutes réunies. En réalité, ces conditions (pas si nombreuses, finalement) sont indispensables ; ce n'est pas pour faire obstacle à l'application de la règle, mais pour éviter les abus, qu'elles doivent être réunies. Quant à M. Jagota, il s'est aussi demandé quelle est la conclusion à retenir à propos d'une série de faits qui constituent une inobservation de l'obligation de ne pas recourir à l'emploi de la force, tout en ne constituant pas un acte d'agression ou une attaque armée.

35. Enfin, M. Jagota s'est demandé par qui seraient réglés les éventuels différends. Or, ce problème n'est pas nouveau, puisqu'il peut se poser pour l'application de tous les articles du projet. Dans certains cas, un différend peut surgir entre des Etats liés par une clause de juridiction obligatoire. Dans d'autres, les Etats en cause doivent simplement se conformer aux dispositions de la Charte des Nations Unies relatives au règlement pacifique des différends. Peut-être le problème risque-t-il de se présenter de manière aiguë à propos de certains cas où l'on ferait appel à l'état de nécessité, mais il n'y a pas de raison de le régler à l'occasion de l'article 33.

36. D'une part, M. Barboza (*ibid.*) a parlé des abus auxquels la notion d'état de nécessité a donné lieu et, de l'autre, il a insisté sur les limites qui la rendent acceptable. En ce qui concerne l'aspect subjectif de la règle, il a souligné qu'en cas de divergence sur l'appréciation d'une situation une appréciation objective est toujours possible. Enfin, M. Barboza a insisté avec raison sur la flexibilité que l'application de la notion d'état de nécessité donne au droit international, et il a souligné que l'article à l'examen a pour effet d'exclure l'illicéité et non pas d'atténuer la responsabilité.

37. Si M. Tsuruoka (*ibid.*) a approuvé l'article 33 dans ses grandes lignes, il a cependant mis en relief quelques aspects subjectifs qui ne peuvent pas être éliminés. Il a lancé un appel à la prudence, a mis en balance les verbes « contribuer » et « être dû », et a parlé de la question du dédommagement. A cet égard, il a proposé d'ajouter à l'article 33 un paragraphe 4. Pour M. Ago, cette disposition pourrait être introduite dans un article séparé stipulant que les différentes circonstances qui excluent l'illicéité ne préjugent pas de l'obligation d'indemniser d'éventuels dommages.

38. Enfin, le Président, parlant en tant que membre de la Commission, a rappelé que le droit romain reconnaissait déjà la notion d'état de nécessité. D'autre part, il a mentionné l'article 142 du projet de convention sur le droit de la mer. Cette disposition vise à ne pas exclure l'applicabilité de l'excuse de nécessité par rapport aux obligations énoncées dans le texte ; elle est plutôt libellée sur le modèle de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. De l'avis de M. Ago, plus que d'une disposition purement conventionnelle d'acceptation du principe, il s'agit d'un rappel et d'une confirmation de l'existence du principe de l'état de nécessité en droit international général. M. Pinto a cependant émis certains doutes et certaines craintes. A ce propos, M. Ago souligne que la tâche de la Commission est précisément de faire en sorte que la nécessité ne puisse être invoquée pour exclure l'illicéité que si elle est bien établie.

39. D'une manière générale, il ressort du débat que la Commission approuve l'inclusion de l'article 33 dans le projet. En outre, elle paraît disposée à prier le Comité de rédaction d'essayer de mettre au point une formule acceptable par tous.

40. Quant aux dangers qui ont été mentionnés, M. Ago estime qu'il ne faut pas non plus les surestimer. Dès l'instant que l'excuse de nécessité est soumise à de strictes conditions d'application, ces dangers ne paraissent pas redoutables. D'ailleurs, la Commission a très bien su écarter les dangers comparables des autres circonstances excluant l'illicéité.

41. Il ne faut pas exagérer non plus les difficultés que peut soulever l'interprétation de la notion d'intérêt essentiel. Dans la plupart des cas, il n'est même pas question de s'attarder à déterminer si un intérêt est essentiel ou non et s'il prévaut ou non sur un autre intérêt moins essentiel. Dans l'*Affaire du « Torrey Canyon »*, par exemple, il n'a pas été nécessaire de se demander si l'intérêt de la Grande-Bretagne à éviter une pollution grave de ses côtes l'emportait vraiment sur l'intérêt de l'Etat du pavillon à ce que l'épave du navire ne soit pas détruite.

42. Quant à la pratique, M. Ago relève que, dans leur ensemble, les cas qui se sont présentés peuvent être répartis en deux catégories. Dans certaines affaires, l'état de nécessité n'a pas été finalement reconnu, mais les parties ou les juges ont admis la validité du principe. Dans d'autres, les parties ou les juges ont constaté que les conditions d'existence de l'état de nécessité étaient réunies. C'est ainsi que, dans l'*Affaire de l'indemnité russe* (v. A/CN.4/318/Add.5 à 7, par. 22), les deux parties ont admis que, si la situation de l'Empire ottoman avait été telle que son gouvernement la décrivait, l'état de nécessité pouvait justifier le refus de l'Etat obligé de remplir son obligation de payer une certaine somme à un certain moment. Dans l'*Affaire de la Société commerciale de Belgique* (*ibid.*, par. 28 et suiv.), l'existence des conditions d'applicabilité de l'état de nécessité a été reconnue par les parties.

43. Un membre de la Commission s'est demandé si une règle apparemment favorable aux pays en développement ne risquait pas de tourner à leur désavantage, ces pays pouvant être enclins à invoquer une excuse de nécessité pour ne pas s'acquitter de leurs dettes, ce qui restreindrait par la suite leurs possibilités d'emprunt. A ce propos, M. Ago fait observer qu'il ne suffit pas de ne pas avoir envie de payer ses dettes pour pouvoir invoquer l'état de nécessité, mais qu'il faut se trouver dans une situation de péril extrême.

44. Prenant le cas d'autres affaires citées dans son rapport, M. Ago souligne que, dans l'*Affaire des pêcheries d'otaries à fourrure au large des côtes russes* (*ibid.*, par. 33), les mesures prises par le Gouvernement russe auraient été normalement illicites, mais qu'à défaut de ces mesures un désastre écologique se serait produit qui aurait porté atteinte non seulement aux intérêts de la Russie, mais aussi à ceux des autres Etats intéressés. L'exclusion de l'illicéité était donc parfaitement justifiée. Dans l'*Affaire des biens immeubles des minorités bulgares en Grèce* (*ibid.*, par. 32), pas plus que dans l'*Affaire de la Compagnie générale de l'Orénoque* (*ibid.*, par. 39), l'application d'un critère préétabli de comparaison n'a été nécessaire pour déterminer l'intérêt qui devait primer, et l'applicabilité de l'excuse de nécessité a été acceptée. Dans tous ces cas, aucun aspect subjectif n'est donc venu compliquer la situation. Il ne faut donc pas s'exagérer l'importance ni la fréquence des difficultés que certains aspects subjectifs peuvent soulever.

45. Pour ce qui est de la rédaction de l'article à l'examen, il peut sembler qu'une formulation négative donnerait plus de force à la règle énoncée. Néanmoins, la formulation positive aurait le mérite d'être conforme à celle des autres articles du chapitre V du projet ; de plus, avec cette rédaction aussi, c'est une formule négative qui est employée pour l'exception relative aux obligations créées par des règles impératives. C'est une question que le Comité de rédaction devra examiner sur la base de propositions concrètes.

46. En ce qui concerne le *jus cogens*, il ne faut pas penser que le seul exemple possible soit celui de l'agression. Aucun Etat ne saurait invoquer l'état de nécessité pour se justifier de commettre un génocide, ou pour appliquer une politique d'*apartheid*, etc. Pour M. Ago, toutes les règles de *jus cogens* excluent la possibilité d'invoquer l'état de nécessité. Que dire enfin des cas d'emploi de la force armée autrement que sous forme d'agression ? Certes, la proposition de M. Ago est peut-être prudente, mais peut-on vraiment affirmer actuellement que certaines interdictions mentionnées par des membres de la Commission relèvent du *jus cogens* ? Il existe sans doute des comportements impliquant l'emploi de la force sur le territoire d'un autre Etat qui relèvent manifestement du *jus cogens*, mais dans d'autres cas moins évidents peut-on aller jusqu'à exclure totalement la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ? Aller aussi loin empêcherait un Etat de pénétrer sur le territoire d'un autre Etat pour conjurer un danger d'incendie sur son propre territoire. La Commission a le choix entre la solution prudente proposée par M. Ago et une solution plus prudente encore, mais peut-être excessive.

47. Enfin, quelques membres de la Commission se sont demandé ce qu'il adviendrait si la Commission s'abstenait de mentionner l'état de nécessité. Son silence équivaudrait-il à exclure l'application de l'état de nécessité en droit international ? Comme l'état de nécessité est reconnu dans tous les systèmes de droit, le silence de la Commission pourrait à l'encontre avoir pour effet de permettre à l'état de nécessité de jouer un rôle dangereux, alors qu'en le consacrant la Commission peut en fixer les limites rigoureuses. En tout cas, en ne prenant pas explicitement position sur l'état de nécessité, la Commission ne pourrait que desservir la cause du droit international.

48. Le PRÉSIDENT propose de renvoyer le projet d'article 33 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé [6].

La séance est levée à 13 heures.

[6] Pour l'examen du texte présenté par le Comité de rédaction, voir 1635e séance, par. 42 à 52.

1619e SÉANCE

Mercredi 25 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]