Document:-
A/CN.4/SR.1619

Compte rendu analytique de la 1619e 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

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]

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

ARTICLE 34 (Légitime défense)

1. Le PRÉSIDENT invite M. Ago à présenter le projet d'article 34 (A/CN.4/318/Add.5 à 7, par. 124), qui est ainsi libellé :

Article 34. – Légitime défense

L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale envers un autre Etat est exclue si ce fait a été commis pour se défendre soi-même ou un autre Etat d'une agression armée selon les termes de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies.

2. M. AGO dit que ce n'est qu'assez récemment que la notion de légitime défense, reconnue depuis fort longtemps dans les ordres juridiques internes, a pu s'introduire dans le droit international et y acquérir des connotations correspondant à celles de la notion que la théorie générale du droit avait dégagée en droit interne. Certes, une distinction avait été faite par la doctrine classique du droit international entre « guerre juste » et « guerre injuste », mais – abstraction faite de ce qu'une identification entre ce qu'elle entendait par guerre juste et légitime défense serait tout à fait arbitraire – M. Ago hésite à considérer que cette distinction se fondait sur le droit en vigueur à l'époque. Elle faisait appel à des idées apparentées à la morale plutôt qu'au droit. Emmerich de Vattel, par exemple, a mentionné deux causes qu'il considérait comme de justes causes de la guerre : la défense contre une attaque armée et, surtout, la réaction à une « injure », par quoi il entendait la violation d'un droit subjectif subie par un Etat. Il faut se rappeler aussi qu'une époque plus récente de l'histoire du droit international a été marquée par le positivisme juridique, théorie qui a empêché la notion de légitime défense de se développer, puisqu'elle considérait comme légitime la guerre sous toutes ses formes. S'il a été parfois affirmé que la guerre devait avoir un caractère défensif, c'est plutôt pour avoir l'appui de l'opinion publique aux actions entreprises que pour énoncer un principe de droit à respecter. C'est ainsi qu'en 1914 quelques gouvernements soucieux de donner d'eux-mêmes une certaine image à l'intérieur et à l'extérieur de leur pays ont qualifié de défensives des guerres qui avaient un caractère manifestement offensif. Ce n'est que pendant l'entre-deux-guerres et la seconde guerre mondiale que la légitime défense a peu à peu pris la forme sous laquelle elle se présente actuellement en droit international.

3. Comme l'état de nécessité, la légitime défense doit être distinguée des autres circontances excluant l'illicéité. Il convient d'abord de limiter la notion de légitime défense à la réaction défensive contre une attaque armée d'un autre Etat, à l'exclusion d'une attaque provenant de particuliers. A défaut de cette restriction, cette notion présenterait d'inadmissibles imprécisions. La légitime défense ne peut exister, en droit international, qu'en tant qu'exception à une interdiction générale de l'emploi de la force armée par un Etat. Toutefois, de même que l'exception ne peut exister sans la règle, la règle ne peut exister sans l'exception. Dans les ordres juridiques internes, la légitime défense est encore définie par rapport à un autre élément : la centralisation de l'emploi de la force – ce que Kelsen a considéré comme un monopole de l'emploi de cette force par l'Etat. En droit interne, la légitime défense repose donc sur l'interdiction générale de l'emploi de la force armée par un sujet de droit et sur le monopole de l'emploi de la force par l'Etat. Il s'ensuit que le domaine réservé à la légitime défense est un domaine très restreint. Ce n'est qu'en dérogation à la règle générale de l'interdiction de l'emploi de la force et en dépit de l'existence dudit monopole qu'un individu peut être autorisé à recourir à la force armée pour sa propre défense ; encore faut-il qu'il y ait nécessité urgente et impossibilité d'intervention des organes étatiques.

4. En droit international, la première de ces conditions de l'existence de la légitime défense est réalisée depuis qu'a été prononcée l'interdiction générale de recourir à l'emploi de la force à des fins agressives. En revanche, on peut douter que la seconde condition soit réalisée. Certes, les auteurs de la Charte des Nations Unies ont voulu opérer une centralisation du pouvoir de recourir à l'emploi de la force. Au Chapitre VII de cet instrument, cette centralisation est prévue, mais le système envisagé n'a jamais été complètement traduit dans les faits. Toutefois, il n'en découle pas que la notion de légitime défense n'a pas acquis droit de cité en droit international, la première condition, celle de l'interdiction de l'emploi de la force, étant de loin la plus essentielle.

5. On peut considérer que la légitime défense constitue actuellement la seule forme d'autoprotection armée que le droit international reconnaît encore. Il ne faudrait pas croire, cependant, que la légitime défense doive se justifier par la notion d'autoprotection, de même que l'état de nécessité ne se justifie pas par la notion d'autoconservation. Pour établir l'existence de la légitime défense en droit international, il suffit de démontrer qu'elle est consacrée par une règle en vigueur dans l'ordre juridique international. Il est vrai que, parmi les circonstances excluant l'illicéité, certains auteurs mentionnent expressément l'autoprotection. Pour M. Ago, cependant, cette notion relève de la technique juridique, mais ne constitue pas une circonstance particulière excluant l'illicéité. Par le terme « autoprotection », la théorie du droit entend définir le système de garantie des droits subjectifs qui est adopté dans une collectivité humaine n'ayant pas atteint un stade d'institutionnalisation tel qu'un pouvoir supérieur ait le monopole de l'emploi de la force. La garantie des droits subjectifs ne peut alors être exercée que par les titulaires de ces droits. D'autre part, cette notion d'autoprotection couvre aussi bien la légitime défense que l'adoption de contre-mesures à l'égard de l'Etat auteur d'un fait illicite. Lorsque la Commission a étudié la question de l'application de contre-mesures, elle a estimé que le droit international général actuel n'admet plus les représailles armées. Tout en n'étant pas unanimement acceptée, cette conception est cependant la conception dominante. Si l'application de contre-mesures et la légitime défense sont toutes deux des manifestations d'autoprotection, elles se distinguent cependant l'une de l'autre par le fait que seule la seconde peut comprendre le recours à la force armée.

6. Une autre distinction doit par ailleurs être faite entre la légitime défense et l'état de nécessité. Le

comportement qu'un Etat tente d'excuser en invoquant l'état de nécessité doit avoir servi à sauvegarder un intérêt essentiel de cet Etat face à une menace pesant sur un Etat qui peut même être totalement innocent. En revanche, l'Etat qui invoque les notions de contre-mesures ou de légitime défense a agi contre un Etat ayant commis une violation du droit international. Dans l'hypothèse des contre-mesures, ce fait illicite peut être constitué par toute une série de violations d'obligations du droit international autres qu'un acte d'agression, tandis que celle de la légitime défense il s'agit carrément d'un acte d'agression. Mais l'élément vraiment distinctif entre l'action adoptée au titre de contre-mesures et l'action menée en légitime défense réside dans le but de ces actions et le moment auquel elles ont lieu. Dans le premier cas, le but est de punir, de réprimer, d'obtenir une exécution forcée ou de lancer un avertissement contre la répétition de l'acte incriminé, alors que dans le second le but est d'empêcher la réalisation d'un acte d'agression. De plus, le moment auquel se situe logiquement la réaction prenant la forme d'une contre-mesure est celui de la mise en œuvre de la responsabilité qui naît d'un fait internationalement illicite. Par contre, l'action exécutée en état de légitime défense précède la mise en œuvre de la responsabilité et se situe au moment de l'exécution même du fait illicite. Cette action a un caractère défensif ; elle doit empêcher la réalisation de ce fait.

7. C'est à partir de 1925 que s'est formée la double règle de l'interdiction du recours à l'emploi de la force armée et de la légitimité de la résistance par la force armée à une agression. Les instruments internationaux de cette époque qui peuvent être pris en considération se répartissent en deux catégories, selon qu'ils mentionnent expressément la légitime défense ou non. On peut donc se demander si un instrument muet sur ce point et contenant une interdiction générale de recourir à l'emploi de la force armée entend en interdire aussi le recours au titre de la légitime défense.

8. Parmi les instruments qui mentionnent la légitime défense, il faut citer le Protocole pour le règlement pacifique des différends internationaux, adopté à Genève le 2 octobre 1924 (v. A/CN.4/318/Add.5 à 7, par. 97). Ce protocole, qui n'est jamais entré en vigueur, contenait une disposition intéressante selon laquelle la « résistance à des actes d'agression » était autorisée. Il est manifeste que cette expression visait la légitime défense. Le 16 octobtre 1925 a été adopté à Locarno le Traité de garantie mutuelle entre l'Allemagne, la Belgique, la France, la Grande-Bretagne et l'Italie (*ibid.*), qui imposait à la France et à la Belgique, ainsi qu'à l'Allemagne, l'obligation de ne se livrer de part et d'autre à aucune attaque ou invasion et de ne recourir de part et d'autre en aucun cas à la guerre. Il était ajouté que cette obligation ne s'appliquait pas s'il s'agissait de l'exercice du droit de légitime défense, c'est-à-dire s'il s'agissait de s'opposer à une violation de ladite disposition ou à une contravention flagrante aux articles 42 ou 43 du Traité de Versailles, lorsqu'une telle contravention constituerait un acte non provoqué d'agression ou encore que, en raison d'un rassemblement de forces armées dans la zone démilitarisée, une action immédiate serait nécessaire. Le but de ce traité était d'assurer la sécurité de la frontière entre la Belgique et la France d'une part et l'Allemagne de l'autre. Or, le Traité de Versailles mettait en outre à la charge de l'Allemagne l'obligation de démilitariser la Rhénanie. C'est pourquoi le traité de 1925 prévoyait, comme action de légitime défense, la résistance non seulement à une agression armée, mais aussi à une occupation par l'Allemagne de la zone démilitarisée. Ce traité a été le premier à énoncer clairement la double règle de l'interdiction du recours à la force armée et de la licéité du recours à la légitime défense. A la même époque, cette règle a aussi été consacrée dans des accords bilatéraux et dans les traités modèles d'assistance réciproque et de non-agression élaborés en 1928 par la SDN.

9. Le Pacte de la Société des Nations figure parmi les traités qui ne mentionnent pas la légitime défense. Cet instrument interdisait le recours à la guerre, mais n'osait pas aller jusqu'au bout, si bien qu'il contenait des lacunes. Les Etats étaient exhortés à régler leurs différends par des moyens pacifiques et à recourir au besoin au Conseil de la SDN, mais, dans le cas où le Conseil n'aurait pas été unanime à leur fournir une solution, ils pouvaient, dans un délai de trois mois, recourir légitimement à l'emploi de la force armée. Les dispositions pertinentes du Pacte ont été interprétées restrictivement par certains auteurs et extensivement par d'autres. Quoi qu'il en fût, et bien que la légitime défense n'y fût pas mentionnée, personne ne doutait, à l'époque, qu'un Etat victime d'une agression pouvait recourir aux armes pour se défendre.

10. Le pas le plus décisif sur la voie de la mise hors la loi du recours à la guerre a été franchi avec la signature à Paris, le 27 août 1928, du Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique internationale, appelé plus communément Pacte Briand-Kellogg, Pacte Kellogg, ou Pacte de Paris (*ibid.*, par. 100). Le but de ce traité était de combler des lacunes du Pacte de la SDN et, plus précisément, de prononcer une interdiction absolue du recours à la guerre. Les parties à ce traité condamnaient le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renonçaient en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles ; elles reconnaissaient que le règlement ou la solution de tous les différends ou conflits, de quelque nature ou de quelque origine qu'ils puissent être, ne devraient jamais être recherchés que par des moyens pacifiques. Il semble que l'interdiction du recours à la guerre n'empêchait pas absolument la possibilité d'un emploi de la force armée à des fins plus limitées. Mais il s'agissait surtout de savoir s'il était aussi interdit de se défendre par les armes contre une violation de l'interdiction de la guerre. La correspondance diplomatique qui a précédé la conclusion du Pacte Briand-Kellogg fait bien ressortir que tel n'était pas le cas. Le Secrétaire d'Etat américain, F. B. Kellogg, précisa lui-même que la renonciation à la guerre n'excluait pas le droit de légitime défense. Il ne lui semblait pas nécessaire de réserver expressément la légitime défense, cette réserve étant considérée comme implicitement contenue dans tout instrument d'interdiction de la guerre. Mais il valait mieux, à son avis, ne pas mentionner explicitement cette exception, pour ne pas

affaiblir l'impact que la déclaration solennelle de mise hors la loi de la guerre devait avoir sur l'opinion publique.

11. Quelques auteurs, comme Lamberti Zanardi, ont estimé qu'à l'époque la légitime défense était déjà l'objet d'une règle coutumière du droit international. Cette règle aurait autorisé tout Etat victime d'un acte d'agression perpétré en violation desdits instruments à recourir à la force armée au titre de la légitime défense. Or, cette règle coutumière n'aurait pas été suffisante pour garantir la faculté de recourir à la légitime défense du moment qu'existaient des traités interdisant absolument le recours à la guerre. En effet, si un traité s'était borné à disposer que les parties renonçaient définitivement à recourir à la guerre, sous n'importe quelle forme et dans n'importe quelles conditions, on aurait pu légitimement supposer qu'un tel instrument entendait déroger aussi à la règle coutumière relative à la légitime défense. La réalité est plutôt que la règle de l'interdiction du recours à l'emploi de la force armée et celle qui prévoit la légitime défense sont alors devenues l'une et l'autre des règles impératives du droit international. Dès l'instant qu'elles existaient dans le droit international général, il n'était plus possible d'y déroger. Tout règle contractuelle interdisant le recours à la force armée ne pouvait pas apporter une dérogation à la règle impérative admettant la légitime défense.

12. Comme une grande partie de la doctrine, M. Ago est convaincu que c'est en tant que principe du droit international général existant antérieurement à la Charte des Nations Unies et indépendamment de celle-ci que la communauté internationale a reçu le principe de l'interdiction absolue de la guerre, de l'emploi de la force armée ou même de l'emploi de la force, quelle qu'elle soit. Dès lors, ce principe s'impose à tous les Etats. L'Article 2 de la Charte n'a fait que consacrer un principe qui existait déjà dans l'*opinio juris* des Etats, bouleversée par les horreurs de la seconde guerre mondiale. Ce principe a été dûment confirmé par les tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, qui se sont demandé si la légitime défense pouvait excuser certains actes de l'Allemagne nazie. A cette occasion, tout en répondant négativement par rapport au cas concret, ils ont expressément reconnu que toute interdiction légale de l'emploi de la force est nécessairement limitée par le droit de légitime défense.

13. L'historique de la question montre donc que la légitime défense a maintenant droit de cité dans l'ordre juridique international. Il y existe une double règle, selon laquelle tout recours à la force armée est interdit, mais l'Etat victime d'une violation de cette interdiction est autorisé à recourir à la force pour se défendre ou défendre autrui. Ces deux règles sont consacrées au paragraphe 4 de l'Article 2 et à l'Article 51 de la Charte. Ainsi, à la fin de la seconde guerre mondiale et au moment de l'adoption de la Charte, le droit international général et le droit du système des Nations Unies contenaient l'un et l'autre cette double règle impérative.

14. Cela soulève cependant des problèmes, essentiellement liés à la présence simultanée de cette double règle dans le droit international général et dans la Charte des Nations Unies. Il est en effet légitime de se demander quel est le rapport entre les deux expressions du principe, si le contenu des règles est identique dans les deux systèmes, et à quelle règle la Commission doit se référer pour établir son projet d'articles.

15. Toute question de rédaction mise à part, M. Ago juge difficile de penser qu'il pourrait exister une différence de fond entre les règles des deux systèmes. Selon lui, les auteurs de la Charte n'ont pu avoir l'intention de s'écarter de l'*opinio juris* de leur époque. Il souligne cependant que l'Article 51 de la Charte insère le principe de la légitime défense dans le système du Chapitre VII de cet instrument, chapitre consacré à l'action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression, ce qui doit nécessairement avoir des incidences sur la notion de légitime défense.

16. L'Article 51 de la Charte peut se décomposer en deux parties, la première portant sur la préservation du droit de légitime défense, et la seconde sur l'adaptation de la légitime défense au système qu'on souhaitait alors mettre sur pied. La première partie, qui permet de dire que l'exercice de la légitime défense est une circonstance excluant l'illicéité, ne semble présupposer aucune divergence entre le système de la Charte et le droit international général. Il existe cependant tout un courant de pensée d'un avis opposé, selon lequel l'idée de légitime défense propre au droit international général serait plus large que la seule hypothèse de la résistance contre un acte d'agression. Les auteurs de la Charte n'auraient voulu que se référer, en guise d'exemple, à une seule des hypothèses possibles de recours à la force au titre de la légitime défense.

17. Selon cette école, le droit international général admettrait donc le recours à la force armée dans plusieurs hypothèses, et les auteurs de la Charte auraient choisi de ne citer qu'un exemple, le système de la Charte renvoyant au droit international général pour le surplus. On pourrait donc penser que la légitime défense ne serait qu'un exemple tiré du droit international général. Si cette opinion était erronée – si donc le domaine de la règle était le même dans le droit international général et dans le système des Nations Unies –, tous les problèmes se résoudraient d'eux-mêmes, et la Commission ne pourrait que codifier la matière par référence à la Charte. En revanche, si cette école avait raison, la Commission devrait tenir compte du droit international général, et la notion de légitime défense qu'elle serait appelée à codifier serait plus large que celle de la Charte, dont l'Article 51 se bornerait à citer un exemple.

18. Dans la section 6 de son rapport, M. Ago a pris soin d'exposer assez largement ce courant de pensée. Il cite, à titre d'illustration, l'opinion de Bowett, reproduite dans la note 259 de ce document, qui tend à donner une définition particulièrement large de la notion de légitime défense. M. Ago signale aussi que, dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye [1], M. Schwebel a donné un compte rendu très clair de l'opinion des membres de cette école, sans toutefois prendre parti pour eux. Les arguments qu'ils

[1] « Aggression, intervention and self-defence in modern international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972-II*, Leyde, Sijthoff, 1973, t. 136, p. 479 et suiv.

invoquent sont nombreux, et ils considèrent notamment que l'emploi de la force est possible dans les hypothèses ci-après : pour faire face à une menace d'agression (notion de la légitime défense préventive) ; en cas d'emploi de la force ne comportant pas le recours aux armes ; en cas d'opposition ou de réaction à une action lésant illicitement des droits subjectifs de l'Etat, même sans emploi de la force ; en cas de menace contre des intérêts vitaux de l'Etat.

19. Sans vouloir s'engager trop loin dans l'interprétation de la Charte, M. Ago pense que les auteurs de cette école ont été fourvoyés par un emploi ancien et incorrect de la notion de légitime défense dans laquelle entre autre chose que la légitime défense. Ainsi, il n'a pas été surpris qu'ils citent l'*Affaire de la « Caroline »* en la situant dans le domaine de la légitime défense, alors qu'il s'agit d'une tout autre hypothèse – comme la Commission l'a constaté dans ses travaux sur l'état de nécessité –, puisque l'Etat victime de l'action n'avait pas commis la moindre agression et que l'on n'avait voulu, en fait, qu'intervenir contre des particuliers dont on craignait les agissements. Le fait que des actions privées se préparent contre un Etat sur le territoire d'un autre et à l'insu de ce dernier ne constitue pas une agression de la part de celui-ci. Il faut veiller à éviter tout emploi détourné de la notion de légitime défense, et s'efforcer constamment de distinguer clairement les trois notions voisines, mais étrangères, de force majeure, d'état de nécessité et de légitime défense.

20. La grande majorité de la doctrine ne partage pas l'opinion des auteurs précités, mentionnée au paragraphe 114 du rapport. On peut d'ailleurs discerner certaines arrière-pensées chez certains d'entre eux quand ils soutiennent que le droit international général connaît une notion de légitime défense plus large que celle de la Charte. Quand la Commission a examiné la question des contre-mesures à titre de sanctions, elle a dû constater que le système des Nations Unies prive les Etats agissant à titre individuel d'une possibilité que le droit international ancien leur reconnaissait : employer la force armée dans l'application de ces contre-mesures. Dès lors, l'idée selon laquelle la légitime défense serait conçue de manière plus large dans le droit international général que dans la Charte semble tendre, en fait, à réintroduire la possibilité de l'emploi de la force armée sous couvert de légitime défense en cas de lésion d'un droit, attendu qu'une telle possibilité serait exclue au titre des contre-mesures et vu que le système des Nations Unies n'offre pas dans la réalité toutes les garanties qu'il avait semblé promettre à l'origine.

21. Pour M. Ago, on ne peut aller jusqu'à modifier ainsi le droit existant. Il admet que l'on puisse souhaiter modifier le système des Nations Unies dans un sens plus restrictif ou plus souple. Une telle modification ne semble cependant pas s'être encore produite, et M. Ago ne pense pas que la déformation de la notion de légitime défense soit le moyen le mieux approprié pour la provoquer. Avec la doctrine dominante, il croit que les auteurs de l'Article 51 de la Charte n'avaient nulle intention de s'éloigner de la notion de légitime défense reconnue par le droit international général, c'est-à-dire de la légitime défense admise seulement en réponse à l'agression, et non comme réaction à d'autres faits illicites. Il estime donc que la Commission devrait partir d'une notion de légitime défense au contenu identique dans le droit international général et dans le système des Nations Unies.

22. M. Ago souligne que le droit international général offre cependant un recours utile pour résoudre certains autres problèmes, tels que celui de la notion de légitime défense collective. Il rappelle à ce sujet que, pour certains auteurs, cette notion ne désigne que la juxtaposition d'un ensemble de défenses légitimes individuelles, alors que pour d'autres les auteurs de la Charte ont seulement voulu affirmer qu'un Etat peut légitimement concourir à la défense d'un autre Etat victime d'une agression armée qui l'y invite ou y consent, même en dehors de tout accord régional d'assistance mutuelle.

23. La notion de légitime défense est suffisamment stricte en elle-même pour qu'il ne s'impose pas d'en définir les conditions avec une trop grande précision. M. Ago rappelle néanmoins que la doctrine exige généralement que l'action présente trois caractères pour constituer une légitime défense : qu'elle soit nécessaire, proportionnelle au but qu'elle est censée poursuivre, et qu'elle intervienne immédiatement.

24. Le caractère nécessaire relève de l'évidence même. Si un autre moyen que le recours à la force armée peut être employé, il doit l'être avant tout recours à la force armée, dont l'emploi n'est excusé que s'il constitue une *ultima ratio*. Au surplus, si la légitime défense est cantonnée à la résistance à l'attaque armée, il est bien peu probable que l'Etat dispose dans la réalité d'autres moyens que le recours à la force armée.

25. En ce qui concerne le caractère « proportionnel », M. Ago souligne que la confusion entre les représailles et la légitime défense n'est pas sans danger. En cas de représailles, il est évident qu'il faut assurer une certaine proportionnalité entre le préjudice subi et le préjudice qui résultera des sanctions éventuelles. Dans le cas de la légitime défense, il faut éviter l'erreur de croire qu'une certaine proportionnalité devrait exister entre l'action de l'agresseur et celle de celui qui lui résiste. La proportionnalité ne peut être appréciée que par rapport au but de l'action, qui est de repousser une agression et d'en empêcher la réussite. On ne saurait imposer à l'Etat victime d'une agression des limites qui risqueraient de nuire au succès de sa réplique. Bien entendu, il faudra faire intervenir en la matière la notion d'action raisonnable, car on ne pourrait justifier par la légitime défense une véritable agression en réponse à une attaque armée de proportions limitées.

26. Au sujet du caractère immédiat, M. Ago fait observer que la réaction ne peut qu'être immédiate si elle a pour but d'arrêter l'agression. Il s'agit donc d'un caractère inhérent à la matière même de la légitime défense, et non d'une des conditions de l'existence de cette notion.

27. La notion de légitime défense apparaît donc claire et nette : sa raison d'être est nécessairement et exclusivement de repousser une agression et d'empêcher sa réussite. Il appartient cependant à la Commission de fixer son attitude à l'égard de l'Article 51 de la Charte avant d'arrêter la rédaction du projet d'arti-

cle 34. Elle doit en effet décider si elle mentionnera cette disposition, si elle la paraphrasera, ou si elle définira le principe de la légitime défense, comme dans le cas de toutes les autres circonstances, sans tenir compte de la définition de la Charte, mais tout en veillant à ne pas la contredire. Par souci de prudence et en se souvenant que la Commission est un organe des Nations Unies, M. Ago a, quant à lui, opté en faveur de la mention expresse de l'Article 51.

28. Il souligne qu'il a employé en français l'expression « agression armée », qui n'est toutefois pas pleinement identique à l'équivalent anglais « armed attack » ni à l'espagnol « ataque armado », la situation étant compliquée par le fait qu'il existe un instrument récent sur la définition de l'agression, alors que les deux notions d'agression et d'attaque armée ne se recouvrent pas totalement. La Commission et son Comité de rédaction devront choisir la solution qui leur semblera la plus opportune compte tenu de toutes les circonstances.

La séance est levée à 12 h 55.

1620e SÉANCE

Jeudi 26 juin 1980, à 10 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. Reuter, M. Riphagen, M. Šahović, M. Schwebel, M. Tabibi, M. Tsuruoka, sir Francis Vallat.

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 34 (Légitime défense) [1] [*suite*]

1. M. RIPHAGEN dit qu'il y a trois options ouvertes à la Commission pour traiter du phénomène de la légitime défense. Elle peut décider de traiter la question en s'inspirant plus ou moins de ce qui est proposé dans le projet d'article 34 ; elle peut choisir de ne pas traiter la question du tout, pour le motif qu'elle ne peut ou ne doit pas ajouter ou retrancher aux dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies ; enfin, elle peut mentionner expressément le droit international, comme elle l'a fait à propos du projet d'article 30 [2].

2. Il existe un certain nombre de variables qui influent sur ce choix. En premier lieu, si la Commission envisage, à une étape quelconque de ses travaux, d'introduire dans le chapitre V de la première partie du projet un article s'inspirant de l'article 42 de la Convention de Vienne [3], il lui faudra aborder la légitime défense d'une façon ou d'une autre, même si elle ne doit le faire que par le biais d'une « clause de sauvegarde » telle que celle qui figure à l'article 75 de cette convention. Si la Commission n'a pas l'intention d'inclure un tel article dans son projet, l'option consistant à ne pas s'occuper du tout de la légitime défense lui restera ouverte.

3. Personnellement, M. Riphagen n'est pas partisan de faire du chapitre V une énumération exhaustive des circonstances excluant l'illicéité, en raison du danger d'en oublier par inadvertance, et parce que la rigidité d'une clause de sauvegarde serait particulièrement irréaliste dans le domaine des relations internationales. De plus, les projets d'articles 33 [4] et 34 ne concernent pas la situation dans laquelle un état de nécessité, au sens du projet d'article 33, est entièrement dû à l'Etat contre lequel il est invoqué. M. Riphagen doute qu'en pareil cas la règle de la proportionnalité, telle qu'elle est exprimée dans la deuxième phrase du paragraphe 1 du projet d'article 33, soit pleinement valable.

4. Il est entièrement d'accord avec M. Ago pour admettre que, dans le cas de légitime défense contre une attaque armée, la question de la proportionnalité ne se pose pas. La pratique des Etats montre que, dans de nombreux cas, les épreuves subies par l'Etat agresseur dépassent souvent ce qu'il a entendu infliger à l'Etat victime. Cependant, M. Riphagen ne peut souscrire à la déclaration contenue au paragraphe 121 du rapport (A/CN.4/318/Add.5 à 7), selon laquelle même les ordres juridiques internes punissent l'excès de légitime défense. Dans le pays de M. Riphagen, un certain degré d'excès a été admis dans plusieurs décisions judiciaires, et même la CIJ semble avoir accepté quelque chose d'approchant dans l'*Affaire du détroit de Corfou* [5].

5. Le projet d'article 33 renferme un certain nombre d'éléments qui manquent dans le projet d'article 34. Par exemple, l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 33 prévoit une exception de *jus cogens* de l'excuse d'état de nécessité. Par ailleurs, l'article 34 donne l'impression de consacrer l'ancien adage *adversus hostem aeterna auctoritas*. Cependant, les règles de *jus cogens* relatives à la protection des droits de l'homme dans les conflits armés demeurent certainement valables même dans les relations avec un Etat agresseur.

6. Un autre élément contenu dans l'article 33, mais qui est absent de l'article 34, est la mention des effets des instruments conventionnels dans le domaine de la légitime défense. Le projet d'article 34 vise ce que la Charte appelle la « légitime défense collective ». A cet égard, M. Riphagen n'approuve pas entièrement l'analyse de M. Ago. Le droit à la défense collective est une véritable extension du droit de légitime défense, et s'inspire d'un juste scepticisme quant à la capacité du système de la Charte de protéger l'intégrité territoriale et l'indépendance politique de tous les Etats. Par ailleurs, un instrument conventionnel pourrait étendre les *casus belli* au-delà de l'attaque armée, entendue dans le sens

---

[1] Pour texte, voir 1619e séance, par. 1.

[2] Voir 1613e séance, note 2.

[3] Voir 1615e séance, note 3.

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

[5] *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.