

Document:-
A/CN.4/SR.1897

Compte rendu analytique de la 1897e séance

sujet:
Responsabilité des Etats

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1985, vol. I

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

teur spécial pour considérer que les contre-mesures prises par les Etats autres que l'Etat directement affecté doivent s'exercer dans le cadre de la communauté internationale organisée. Il souhaite donc voir le projet d'articles consacrer un système qui, partant des droits de l'Etat directement lésé, passerait ensuite aux droits des autres Etats agissant collectivement et n'accorderait qu'en dernier ressort certains droits aux Etats non directement lésés, lesquels agiraient plus ou moins en tant que garants de l'ordre juridique international.

La séance est levée à 13 heures.

1897^e SÉANCE

Lundi 10 juin 1985, à 15 heures

Président : M. Satya Pal JAGOTA

Présents : le chef Akinjide, M. Al-Qaysi, M. Arangio-Ruiz, M. Balandá, M. Barboza, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. El Rasheed Mohamed Ahmed, M. Flitan, M. Francis, M. Koroma, M. Lacleta Muñoz, M. Mahiou, M. Malek, M. McCaffrey, M. Ogiso, M. Ouchakov, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Ripha-gen, M. Roukounas, sir Ian Sinclair, M. Thiam, M. Yankov.

Responsabilité des Etats (suite) [A/CN.4/380¹, A/CN.4/389², A/CN.4/L.382, sect. G, ILC(XXXVII)/Conf.Room Doc.3, ILC(XXXVII)/Conf.Room Doc.7]

[Point 3 de l'ordre du jour]

Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) et « Mise en œuvre » de la responsabilité internationale et règlement des différends (troisième partie du projet d'articles)³ [suite]

PROJET D'ARTICLES

PRÉSENTÉ PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

SIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *et*
ARTICLES 1 À 16 ⁴ (suite)

1. M. MAHIOU déclare que les projets d'articles présentés par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport (A/CN.4/389) forment un ensemble d'une grande rigueur, qui se caractérise par un enchaînement précis et de nombreux renvois, explicites ou non. Mais cette technique des renvois exige beaucoup d'attention de la part du lecteur, qui peut être amené à voir des subtilités là où il n'y a qu'erreurs rédactionnelles ou à se demander si certains problèmes de compréhension tiennent à la forme ou au fond.

Que faut-il penser, par exemple, du renvoi aux « dispositions des alinéas i et ii du paragraphe 1 », qui figure au paragraphe 6 du commentaire de l'article 11 ? Non seulement le paragraphe 1 de cet article ne contient pas d'alinéas i et ii, mais il ne semble pas qu'il s'agisse des alinéas a et b qui s'y trouvent.

2. Quant aux commentaires des articles, ils sont certes de qualité, mais ils sont parfois trop condensés et elliptiques. Comme quelques membres de la Commission l'ont indiqué, ces commentaires seraient encore plus convaincants s'il y était davantage fait allusion à la pratique, à la jurisprudence judiciaire et arbitrale ainsi qu'à la doctrine. Pour ce qui est de la structure générale du projet d'articles, elle est satisfaisante et parfaitement logique.

3. Dans le projet d'article 5, le Rapporteur spécial s'efforce d'identifier l'Etat lésé dans les différentes hypothèses visées aux alinéas a à e, par référence à la source des obligations violées. Certes, ce critère n'est pas le seul qui pouvait être retenu, mais il présente l'avantage de permettre d'envisager avec clarté les diverses situations possibles.

4. Il a été reproché à l'alinéa a de viser deux hypothèses distinctes, bien que proches, qui pourraient faire l'objet de deux alinéas séparés : la violation d'un droit appartenant à un Etat en vertu d'une règle coutumière et celle d'un droit créé en faveur d'un Etat tiers par une clause d'un traité. La référence à l'article 38 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui figure au paragraphe 5 du commentaire, met du reste précisément en évidence l'existence de deux situations différentes, selon que le droit de l'Etat tiers est né d'une clause conventionnelle devenue règle coutumière de droit international ou d'une règle conventionnelle maintenue comme telle.

5. L'alinéa e a suscité un certain nombre d'observations et de suggestions rédactionnelles qui méritent d'être attentivement examinées. Cette disposition rappelle le principe que tous les Etats sont considérés comme étant lésés par un crime international. Ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 26 du commentaire de l'article 5, cette situation n'entraîne pas nécessairement la création des mêmes droits nouveaux pour chacun des Etats lésés pris individuellement. Le problème est surtout de savoir si les Etats ne sont pas lésés différemment. Il est évident que certains crimes internationaux, comme le crime d'agression, lèsent plus gravement l'Etat qui en est directement victime que les autres Etats. Bien que difficile à faire, cette distinction entre Etats directement ou indirectement lésés mériterait d'être prise en considération et justifierait au moins des explications dans le commentaire. Il existe sans aucun doute une hiérarchie des conséquences préjudiciables des faits internationalement illicites. Peut-être pourrait-elle être exprimée juridiquement par référence à la distinction entre droits et intérêts, laquelle est établie par la CIJ depuis l'affaire de la *Barcelona Traction*⁵. L'Etat victime d'une agression est atteint dans ses intérêts vitaux et essentiels, tandis que les autres Etats subissent une atteinte dans leurs intérêts juridiques au sens large, en tant que membres de la communauté internationale.

6. Il a été suggéré de rédiger l'article 5 en des termes moins restrictifs, afin de ne pas exclure les situations qui n'y sont pas prévues. A cet égard, il convient cependant de relever que le Rapporteur spécial entend délibérément éviter de

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1984*, vol. II (1^{re} partie).

² Reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie).

³ La première partie du projet d'articles (Origine de la responsabilité internationale), dont les articles 1 à 35 ont été adoptés en première lecture, figure dans *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 29 et suiv.

⁴ Pour les textes, voir 1890^e séance, par. 3.

⁵ Voir 1892^e séance, note 5.

se prononcer sur certains cas, comme celui des principes généraux du droit et celui des résolutions des organes de l'ONU, en tant que sources indépendantes de règles primaires, ainsi qu'il ressort du paragraphe 8 du commentaire de l'article 5. Bien qu'il approuve la prudence et la sagesse du Rapporteur spécial, M. Mahiou estime que le commentaire de l'article 5 pourrait être développé relativement à ces questions. Il rappelle, à ce propos, l'avis consultatif de la CIJ, du 21 juin 1971, relatif aux *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*⁶. Dans cette affaire, la Cour a déclaré que la cessation du mandat de l'Afrique du Sud et la déclaration de l'illégalité de la présence sud-africaine en Namibie étaient opposables à tous les Etats, en ce sens qu'elles rendaient illégale *erga omnes* une situation qui se prolongeait en violation du droit international. Une autre raison en faveur d'une rédaction moins restrictive de l'article 5 est que les actes unilatéraux peuvent créer des obligations pour leurs auteurs et qu'on peut se demander si l'Etat victime de la violation d'une telle obligation n'est pas un « Etat lésé » aux fins du projet d'articles.

7. Le projet d'article 6 est satisfaisant quant au fond, mais des précisions pourraient y être apportées. C'est ainsi que l'alinéa *b* du paragraphe 1, dont l'inutilité n'est pas certaine, pourrait être rédigé en des termes plus souples et ne pas viser les recours prévus seulement par le droit interne. Certes, l'Etat auteur d'un fait internationalement illicite doit mettre en œuvre les recours prévus par son droit interne, mais il se peut qu'il existe d'autres recours que ceux de son droit interne. C'est ainsi que la Convention de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats⁷, qui a été adoptée sous l'égide de la Banque mondiale, prévoit des recours ne relevant pas du droit interne. La suppression pure et simple de l'alinéa *b* du paragraphe 1 limiterait la portée de l'article 6.

8. Etant donné que l'Etat lésé peut, dans certains cas, exiger de l'Etat auteur du fait internationalement illicite une réparation de moindre importance, il conviendrait peut-être d'ajouter un alinéa *e* prévoyant la présentation d'excuses. Enfin, comme M. Ogiso l'a suggéré (1896^e séance, par. 8), le champ possible des solutions pourrait être élargi par l'adjonction d'un paragraphe 3 aux termes duquel les paragraphes précédents s'appliqueraient sans préjudice de toute autre forme de règlement acceptée par l'Etat lésé.

9. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 6, certains membres ont fait observer que l'exigence du paiement d'une « somme d'argent » était trop restrictive. Pour M. Mahiou, le terme « compensation » serait déjà plus acceptable, parce que plus large.

10. Comme le problème visé dans le projet d'article 7 l'est déjà à l'alinéa *d*, iv, de l'article 5 et à l'article 6, peut-être suffirait-il d'introduire dans l'article 6 la précision supplémentaire figurant à l'article 7 pour pouvoir supprimer ce dernier article.

11. En ce qui concerne le projet d'article 8, M. Mahiou se demande s'il est vraiment utile de faire expressément mention de mesures de réciprocité, ainsi d'ailleurs que des représailles, dans le projet d'article 9. Pourtant, s'il est vrai

que ces expressions peuvent soulever des difficultés, leur suppression risquerait de donner matière à interprétation et à supputation. Peut-être pourrait-on atténuer le caractère d'évidence de l'article 8 en entrant un peu plus dans les détails. Ce serait cependant une gageure que de vouloir y énumérer toutes les mesures de réciprocité. Un moyen de renforcer l'article 8 et de mieux indiquer la portée des contre-mesures qu'il vise consisterait à mettre l'accent sur la gradation des contre-mesures, lesquelles peuvent soit être prises pour une durée déterminée, soit avoir un caractère provisoire et une durée dépendant du comportement de l'Etat auteur, soit encore avoir un caractère irréversible.

12. Aussi bien l'article 8 que l'article 9 soulèvent la question de la distinction entre mesure de réciprocité et mesure de représailles et également la question de la proportionnalité. En ce qui concerne la première question, M. Mahiou considère que le paragraphe 3 du commentaire de l'article 8 esquisse bien cette distinction, mais que d'autres éléments permettant de mieux l'appréhender pourraient être introduits dans ce paragraphe. Quant à la proportionnalité, elle est sans doute importante pour l'article 8, mais essentielle pour l'article 9. Dès lors, elle doit être mise en parallèle avec le problème des procédures de règlement des différends. Pour éviter une escalade des contre-mesures, et pour qu'un Etat puissant n'interprète pas la notion de proportionnalité comme l'autorisant à faire plier un Etat faible, il paraît indispensable de prévoir le règlement des différends par un tiers. La notion de proportionnalité devrait donc trouver son prolongement dans la troisième partie du projet d'articles.

13. Tout en approuvant l'idée générale qui est énoncée dans le projet d'article 10, M. Mahiou se demande si l'obligation faite à l'Etat lésé d'épuiser les procédures internationales de règlement pacifique avant de recourir à une mesure de représailles ne risque pas d'entraîner des retards à l'avantage de l'Etat auteur. Il n'est pas équitable que l'Etat lésé ne puisse pas menacer de représailles l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite, afin d'abrèger la période pendant laquelle sont épuisées les procédures internationales de règlement pacifique. Certes, le paragraphe 2, al. *a*, de l'article 10 réserve les mesures conservatoires, mais il importe de distinguer, parmi les mesures de représailles non armées, celles qui ont pour effet d'accélérer le règlement des différends et celles qui n'ont pas un tel effet.

14. Le paragraphe 2 du projet d'article 11 soulève le même problème puisqu'il dispose que l'Etat lésé ne peut pas suspendre l'exécution de ses obligations envers l'Etat auteur si le traité multilatéral imposant lesdites obligations prévoit une procédure de décision collective. Là encore, il y a une période d'attente pendant laquelle le préjudice subi par l'Etat lésé risque de s'aggraver. Il importe de trouver un moyen pour que l'Etat lésé puisse quand même, en pareil cas, exercer une pression sur l'Etat auteur.

15. Pour certains membres de la Commission, la référence aux règles impératives du droit international général, qui figure à l'alinéa *b* de l'article 12, n'est ni justifiée ni convaincante. Pour sa part, M. Mahiou admet qu'on peut discuter du contenu du *jus cogens* ou de la façon dont il prend naissance, mais il lui semble indéniable qu'il existe des règles impératives de droit international et qu'il faut examiner la question de savoir si, en réponse à un fait internationalement illicite, le comportement des Etats peut aller à l'encontre du *jus cogens*.

16. Le problème des relations entre le projet d'articles et la Convention de Vienne sur le droit des traités, que sou-

⁶ C.I.J. Recueil 1971, p. 16.

⁷ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 575, p. 159.

lève le projet d'article 13, pourrait en définitive être réglé par une modification de forme. Il conviendrait de reprendre les termes du paragraphe 3, al. *b*, de l'article 60 de la Convention de Vienne, et de remplacer à l'article 13 les mots « une violation manifeste des obligations découlant d'un traité multilatéral » par « une violation substantielle d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet et du but d'un traité multilatéral ».

17. Le projet d'article 14, qui tire les conséquences de l'article 19 de la première partie du projet d'articles, a bien sa place dans la deuxième partie. Etant donné son importance, sa rédaction devrait cependant être plus précise. On s'est notamment demandé si les conséquences énoncées au paragraphe 2 ne s'appliquaient qu'aux seuls crimes ou si elles valaient pour tous les faits internationalement illicites. On peut considérer qu'elles valent pour tout fait internationalement illicite grave, tel qu'un crime, étant entendu qu'un crime international lèse tous les Etats, directement ou indirectement, ce qui n'est pas le cas d'un délit international. Il est, en outre, assez paradoxal que le paragraphe 1 de l'article 14, qui concerne les obligations de l'Etat auteur, soit rédigé en termes très généraux tandis que le paragraphe 2, qui a trait aux obligations des autres Etats, est rédigé de manière très détaillée. On s'attendrait que ce soit l'inverse.

18. Au paragraphe 2 de l'article 14, l'énumération des obligations incombant aux Etats autres que l'Etat auteur pourrait être complétée par un alinéa *d* visant l'obligation de poursuivre les auteurs du crime international; quels que puissent être les rapports entre le sujet de la responsabilité des Etats et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, cette obligation devrait figurer, dans son principe, dans ce projet. D'après le paragraphe 1 du commentaire de l'article 14, la distinction faite dans l'article 19 de la première partie du projet d'articles entre « délits internationaux » et « crimes internationaux » n'a de sens que si les conséquences juridiques des crimes sont différentes de celles des délits. Or, cette affirmation serait en contradiction avec l'article 14 dans la mesure où cet article concernerait également les délits. En effet, si les conséquences visées au paragraphe 2 sont considérées comme s'appliquant aux délits, toute distinction entre crimes et délits est effacée quant aux conséquences.

19. Enfin, l'article 14 doit être examiné compte tenu des travaux relatifs au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. A cet égard, M. Mahiou fait observer que, conformément à l'article 2 de la deuxième partie du projet à l'examen, celle-ci ne contient que des règles supplétives. Il s'ensuit que les règles précises que le projet de code pourrait contenir quant aux conséquences des crimes internationaux l'emporteraient sur les dispositions du projet sur la responsabilité des Etats. Mais il y aura nécessairement un problème de relation entre les deux sujets, qu'il s'agisse de la ventilation des dispositions entre l'un et l'autre projet ou des conséquences qui pourront être attribuées, dans le projet de code, aux crimes internationaux commis par des Etats.

20. Le projet d'article 15 relatif à l'agression prévoit à la fois trop, puisque les articles 4 et 14 portent déjà sur la question, et trop peu, compte tenu de l'importance que revêt le crime d'agression. L'article 15 se justifie dans la mesure où il vise à dégager les conséquences juridiques de l'agression, mais il ne doit pas esquiver les problèmes que pose la légitime défense. Chaque fois qu'un article de la Charte des Nations Unies entre en ligne de compte, il con-

vient d'étudier les relations entre les dispositions de la Charte et le projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Or la légitime défense n'est guère évoquée qu'au paragraphe 24 du commentaire de l'article 5.

21. Pour ce qui est de la troisième partie du projet d'articles, M. Mahiou approuve la manière dont le Rapporteur spécial l'aborde, ainsi que les suggestions qu'il formule. Mais il est évident que, s'agissant de procédures obligatoires de règlement des différends, il faut faire preuve de beaucoup de prudence, étant donné l'extrême susceptibilité des Etats. Toutefois, certains problèmes, comme celui de la proportionnalité, ne peuvent trouver leur solution que dans des mécanismes de règlement obligatoire des différends. D'autres dispositions du projet qui prévoient des mesures et contre-mesures déboucheraient sur l'escalade et l'aggravation de la situation en l'absence d'un tel mécanisme de règlement pacifique des différends. Il convient donc que le Rapporteur spécial aille de l'avant en vue de présenter à la Commission des suggestions concrètes.

22. M. BARBOZA loue le Rapporteur spécial pour la richesse et la rigueur de son sixième rapport (A/CN.4/389), quoiqu'il déplore que certains passages soient si concis qu'il est parfois difficile d'en saisir le sens.

23. Le projet d'article 5 tend à définir le protagoniste de la deuxième partie du projet, à savoir l'Etat lésé. A cet effet, le Rapporteur spécial adopte une approche cas par cas, qui aboutit à une rédaction un peu limitative. Peut-être conviendrait-il d'ajouter, à la fin de la clause liminaire, les mots « entre autres ». Les alinéas dont se compose l'article 5 se réfèrent aux différentes règles primaires qui peuvent donner naissance à un droit ou à une obligation. Mais le Rapporteur spécial ne mentionne ni des principes généraux du droit, ni des résolutions des organes de l'ONU, ni des déclarations unilatérales en tant que sources indépendantes de règles primaires, et le paragraphe 8 du commentaire de l'article 5 indique simplement que l'article 5 évite de se prononcer sur leur validité en tant que sources génératrices de règles primaires. Pour M. Barboza, il serait peut-être souhaitable de reconnaître la validité de ces sources.

24. L'alinéa *d* de l'article 5 élargit le cercle des Etats lésés en y incluant les Etats parties à des traités multilatéraux. A cet égard, les dispositions de l'alinéa *d* relatives à la protection des intérêts collectifs des Etats parties et aux droits de l'homme fondamentaux présentent une importance toute particulière. Quant à l'alinéa *e*, il est plus important encore puisqu'il énonce le principe selon lequel un crime international lèse tous les Etats membres de la communauté internationale.

25. Le projet d'article 6 soulève le problème des relations entre les quatre alinéas du paragraphe 1. L'alinéa *a*, selon lequel l'Etat lésé peut exiger que l'Etat auteur libère les personnes et restitue les objets détenus, et l'alinéa *c*, selon lequel il peut exiger le rétablissement de l'état antérieur, sont dans une relation de partie à tout. A propos de l'alinéa *a*, le Rapporteur spécial parle de *restitutio in integrum lato sensu* et, à propos de l'alinéa *c*, de *restitutio in integrum stricto sensu*. Or, l'application de l'alinéa *c* couvre celle de l'alinéa *a*, si bien qu'il n'y a pas en réalité de choix entre les dispositions de l'alinéa *a* et celles de l'alinéa *c*. Il suffirait donc de mentionner le cas visé à l'alinéa *c* pour que l'Etat lésé puisse exiger, en particulier, la libération des personnes ou la restitution des objets détenus. D'autre part, M. Barboza se demande si l'Etat lésé qui exige la *restitutio in integrum stricto sensu* visée à l'alinéa *c* peut en même

temps exiger de l'Etat auteur qu'il mette en œuvre les recours prévus par son droit interne, conformément à l'alinéa *b*. L'alinéa *b* ne paraît pas conforme à la logique de l'article car les recours sont en l'occurrence un moyen d'obtenir réparation, et un Etat auteur ne saurait se prévaloir de l'absence de recours adéquats dans son droit interne pour se libérer de sa nouvelle obligation. D'ailleurs, l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités l'en empêcherait.

26. La situation n'est pas la même dans le cas de l'article 22 de la première partie du projet, où l'épuisement des recours internes est la condition posée pour que la violation d'une obligation internationale soit un fait acquis. Il y a passage du droit interne au droit international alors que, dans le cas du projet d'article 6, il y aurait passage du droit international au droit interne, ce qui serait fort compliqué. Pour exécuter une obligation internationale, l'Etat auteur pourrait être tenu d'épuiser tous les moyens de son droit interne. C'est bien là ce qui se passe pour toutes les obligations internationales dans la mesure où l'Etat qui s'engage, par exemple, à vendre une certaine quantité de blé à un autre Etat noue d'abord des relations de droit interne avec des particuliers ou des coopératives nationales. Mais ces problèmes de droit interne n'intéressent pas la Commission. Dans la note afférente au paragraphe 10 du commentaire de l'article 6, le Rapporteur spécial va jusqu'à affirmer que « l'obligation de *restitutio in integrum stricto sensu* irait au-delà du cadre des relations juridiques entre Etats ».

27. La nécessité de l'article 7 n'apparaît pas clairement. En effet, cette disposition ne semble viser qu'un cas particulier d'une hypothèse couverte par l'article 6. Quelle que puisse être la différence entre l'hypothèse de l'article 7 et celles des paragraphes 1, al. *b*, et 2 de l'article 6, l'Etat lésé peut dans un cas comme dans l'autre exiger le paiement d'une somme d'argent correspondant à la valeur qu'aurait le rétablissement de l'état antérieur.

28. Au paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 8, le Rapporteur spécial précise que, contrairement aux articles 6 et 7 relatifs à la nouvelle obligation de l'Etat auteur, les articles 8 et 9 portent sur les « nouveaux droits » de l'Etat lésé. Personnellement, M. Barboza considère qu'il ne s'agit pas tant de droits, puisqu'il n'existe pas d'obligations correspondantes, que d'actions dont l'Etat lésé dispose pour obtenir réparation. Il convient alors de relever qu'une réparation *in integrum*, même si elle comprend l'exécution de l'ancienne obligation, ne couvre pas le dommage pouvant résulter dans le temps de l'inexécution de cette obligation, dommage qui peut tenir à la non-jouissance de la chose ou au manque à gagner.

29. La notion de réciprocité, qui est consacrée à l'article 8, devrait être étudiée en relation avec les représailles, visées à l'article 9. Il ne paraît pas y avoir de différence essentielle entre les mesures de réciprocité et les mesures de représailles. Le Rapporteur spécial pose deux conditions à la réciprocité. Selon l'article 8, une mesure de réciprocité ne peut consister qu'en la suspension de l'exécution d'obligations correspondant ou directement liées à l'obligation violée. Selon le paragraphe 2 du commentaire de l'article 8, la réciprocité a pour but de rétablir l'équilibre entre les positions respectives de l'Etat auteur et de l'Etat lésé. Quant aux représailles, elles viseraient à faire pression sur l'Etat auteur pour qu'il s'acquitte de ses nouvelles obligations. L'équilibre que la réciprocité vise à rétablir n'est pas d'ordre purement esthétique. En fait, une mesure de réciprocité

constitue pour l'Etat lésé un moyen de se libérer d'une obligation qui serait exécutée sans contre-prestation ou de faire pression sur l'Etat auteur pour qu'il exécute ses obligations. En définitive, comme le Rapporteur spécial l'indique au paragraphe 3 du commentaire de l'article 8, le but est dans les deux cas le rétablissement de l'ancienne relation juridique primaire. Tandis que le Rapporteur spécial parle d'équilibre à propos de la réciprocité, il parle de proportionnalité à propos des représailles, en employant d'ailleurs une formule négative au paragraphe 2 de l'article 9 : l'exercice du droit de prendre des représailles « ne doit pas être, dans ses effets, manifestement disproportionné par rapport à la gravité du fait internationalement illicite ». En fin de compte, équilibre et proportionnalité sont des notions très proches. Non seulement l'équilibre et la proportionnalité ont le même but, mais les mesures de réciprocité comme les mesures de représailles sont des mesures qui, les unes et les autres, seraient illicites si elles n'étaient prises en réaction contre un fait internationalement illicite. En définitive, elles apparaissent comme deux formes de contre-mesures de même type. Le paragraphe 2 de l'article 9 devrait donc être rédigé sous une forme positive.

30. Dans son quatrième rapport⁸, le Rapporteur spécial a fort bien cerné le problème des représailles lorsqu'il a précisé que, dans le cadre de la proportionnalité qualitative, l'admissibilité des mesures d'autoprotection est certes la moins évidente puisque ces mesures entraînent nécessairement une violation des droits de l'Etat auteur et qu'en conséquence les représailles ne sont généralement considérées comme admises que sous une forme limitée et dans des cas limités. A cet égard, la nature du fait internationalement illicite et des droits de l'Etat auteur auxquels les représailles portent atteinte sont d'une extrême importance. Pour que les Etats les plus puissants n'imposent pas leur propre interprétation de l'existence d'une violation internationale, il faut que l'exécution de représailles soit entourée de toutes sortes de sauvegardes. Le Rapporteur spécial reconnaît trois sortes de limitations, dont la première a trait aux représailles armées. Conformément à la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies⁹, les Etats doivent s'abstenir de recourir aux représailles armées. Dans le projet d'articles, l'interdiction des représailles armées découle de l'alinéa *b* de l'article 12, selon lequel les articles 8 et 9 relatifs aux mesures de réciprocité et de représailles ne s'appliquent pas à la suspension de l'exécution d'une obligation résultant d'une règle impérative du droit international général. Le Rapporteur spécial pourrait préciser si cette interdiction s'étend aux représailles faisant suite à un acte de force isolé, comme une incursion aérienne accompagnée d'un bombardement. En effet, certains auteurs considèrent qu'en pareil cas les représailles ne sont pas illicites. Les autres limitations concernent les immunités diplomatiques (art. 12, al. *a*) et les obligations énoncées dans des traités multilatéraux (art. 11), notamment ceux qui portent sur les droits de l'homme (art. 11, par. 1, al. *c*).

31. Enfin, le Rapporteur spécial indique dans son rapport (A/CN.4/389, par. 26) que la future convention sur

⁸ *Annuaire...* 1983, vol. II (1^{re} partie), p. 16, doc. A/CN.4/366 et Add.1, par. 80.

⁹ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, du 24 octobre 1970, annexe.

la responsabilité des Etats ne devrait pas autoriser les réserves excluant l'application de la troisième partie du projet, ayant précisé (*ibid.*, par. 24) que les règles procédurales de la troisième partie faisaient partie intégrante des conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite. Il s'ensuit que l'Etat lésé pourra toujours recourir aux mécanismes qui seront prévus dans la troisième partie.

32. M. Barboza souscrit à l'idée qui sous-tend le paragraphe 1 du projet d'article 10 : il faut attendre l'épuisement des procédures internationales de règlement pacifique du différend avant que de recourir aux représailles. L'Etat lésé aura toujours à sa disposition une procédure internationale de règlement pacifique du différend. Les procédures internationales seront, en effet, prévues dans la troisième partie du projet et l'Etat lésé pourra également disposer de procédures spécifiques prévues par voie de traité. Mais si, comme le Rapporteur spécial le propose (*ibid.*, par. 14), l'Etat qui s'estime lésé et qui veut justifier, sur la base de l'article 8 (« réciprocité ») ou encore de l'article 9 (« représailles »), la suspension de l'exécution de ses obligations est tenu de notifier ses motifs à l'Etat auteur et, si celui-ci, à supposer qu'il ait une objection à formuler, doit en informer l'Etat lésé, en motivant son objection, alors la notification dans les deux sens sera indispensable, ce qui permettra tout au moins de circonscrire le différend. Il reste que la mise en mouvement et l'épuisement des procédures, une fois mises en mouvement, dépendent de la coopération de l'Etat auteur : des représailles à titre préventif apparaissent toujours possibles pour forcer la volonté de l'Etat auteur.

33. Le paragraphe 2 de l'article 10 soustrait certaines mesures à la règle de l'épuisement obligatoire des procédures internationales de règlement pacifique. Pour M. Barboza, l'alinéa *a* de ce paragraphe viserait les mesures conservatoires que l'Etat lésé aurait pu prendre avant la mise en mouvement de la procédure internationale de règlement pacifique du différend, et l'alinéa *b* les mesures que l'Etat lésé pourrait prendre alors qu'une procédure internationale de règlement pacifique du différend est en cours. Mais dans les deux cas, il estime que la cour ou le tribunal saisi devra examiner la mesure prise et se prononcer sur sa légalité, par exemple trancher la question de savoir si elle n'est pas disproportionnée.

34. Le projet d'article 14 touche à une question des plus controversées, tant en ce qui concerne la responsabilité des Etats que le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le Rapporteur spécial chargé du sujet de la responsabilité des Etats semble envisager notamment deux types de conséquences pour un fait internationalement illicite. Les premières conséquences sont de type « civil », c'est-à-dire celles qui ne vont pas au-delà de l'annulation des effets de la violation de l'obligation, ou toutes celles qui sont communes à un fait internationalement illicite, y compris, semble-t-il, le nouveau droit collectif visé à l'alinéa *e* de l'article 5. M. Barboza accepte ces conséquences, que le Rapporteur spécial considère comme un minimum. Il estime que les conséquences énoncées aux alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 2 ne peuvent s'appliquer qu'aux crimes internationaux, parce que ce sont précisément les crimes internationaux qui renferment cet élément d'ordre public international qui impose des obligations à tous les Etats de la communauté internationale. Quant au second type de conséquences, les conséquences afflictives, de type pénal, le Rapporteur spécial s'en remet aux décisions de la communauté internationale dans son

ensemble. M. Barboza ne conteste pas cette position, qui semble procéder de la part du Rapporteur spécial d'une ferme intention de ne pas traiter dans son projet de la responsabilité pénale des Etats. Le Rapporteur spécial a peut-être raison, parce que se prononcer d'ores et déjà, et dans le cadre du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, sur la responsabilité pénale des Etats équivaldrait à engager le grand débat que la Commission a voulu remettre à plus tard, dans le cadre de l'examen du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. De plus, il ne serait peut-être pas judicieux d'aborder la question de la responsabilité pénale des Etats dans le cadre du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, qui est destiné à être un instrument de caractère général et de surcroît supplétif, comme le veut le Rapporteur spécial et comme la Commission l'a d'ailleurs accepté.

35. M. Barboza a beaucoup de mal à comprendre le paragraphe 3 de l'article 14. Il ne peut concevoir que même l'exécution des obligations minimales énoncées aux alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 2 soit soumise aux procédures collectives du type de celles qui sont prévues par la Charte des Nations Unies pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Certes, si l'ONU est compétente, l'exécution de ces obligations est soumise aux procédures prévues par la Charte. Mais si elle ne l'est pas — l'Organisation n'est pas compétente pour ce qui touche à toutes les affaires internationales —, rien n'empêche de mettre ces obligations à exécution sans attendre que l'Organisation se prononce. Le Rapporteur spécial a précisé que le paragraphe 7 de l'Article 2 de la Charte ne s'appliquait pas, autrement dit que l'intervention dans les affaires intérieures des Etats n'était pas interdite. Mais la compétence de l'ONU n'est ni interdite ni établie, sauf convention internationale. Si elle était établie, les droits et les obligations en question seraient alors soumis, mais alors seulement, à une procédure collective au sein de l'ONU, procédure établie par la convention elle-même.

36. Il conviendrait aussi de préciser le rôle de la CIJ par rapport à celui de l'ONU. En effet, si la Cour se voit confier un rôle et si l'ONU se voit elle aussi confier un rôle, il y aurait deux procédures différentes quant aux conséquences d'un crime international : une procédure de type politique relevant de l'ONU et une autre de type juridique relevant de la CIJ.

37. Le projet d'article 15 traite d'une question fort importante, celle de l'agression. Le Rapporteur spécial hésitait à inclure l'agression et la légitime défense dans le projet d'articles sur la responsabilité des Etats, comme en témoigne le passage suivant de son résumé du débat de la Commission sur le sujet, à sa trente-cinquième session :

[...] Le Rapporteur spécial, pour sa part, demeure convaincu que l'agression et la légitime défense se situent à l'extrême limite du sujet de la responsabilité des Etats, sinon tout à fait en dehors. L'agression est bien plus que la simple violation d'une obligation internationale, et la légitime défense bien plus qu'une conséquence juridique de cette violation.[...]¹⁰.

Mais, à l'évidence pour donner satisfaction à un important courant d'opinion qui s'est dégagé à la Commission, le Rapporteur spécial a décidé d'introduire dans son projet d'article la question de l'agression et, indirectement, celle de la légitime défense, sous la forme d'une simple mention et sans indiquer, ni à l'article 15 ni dans le commentaire y relatif, quels sont les « droits et obligations prévus dans la Charte des Nations Unies ou en découlant » qui

¹⁰ *Annuaire... 1983*, vol. I, p. 152, 1780^e séance, par. 26.

naissent d'un acte d'agression. Il s'agit manifestement de la légitime défense, et des procédures que l'agression met en mouvement, ainsi que des obligations et des droits qui découleraient de ces procédures.

38. Pour M. Barboza, l'agression ne peut pas ne pas figurer dans le projet d'articles à l'examen. En effet, l'agression entraîne des conséquences qui diffèrent totalement de celles qu'entraînent les autres crimes internationaux et il s'agit bien des conséquences des faits internationalement illicites dans le projet d'articles à l'examen. En outre, la légitime défense est l'unique cas où un fait qui violerait une norme impérative du droit international est opposé à un autre fait qui, lui aussi, la viole, et n'était-ce l'antécédent, le recours à la force par l'Etat lésé constituerait un crime international. La Commission devra réfléchir à la question de savoir s'il convient qu'elle s'intéresse à la légitime défense et la mentionne nommément. Elle fait une place aux représailles, autre sujet éminemment difficile, qu'elle assortit certes de certaines limites, comme celle de la proportionnalité. Elle doit se demander si elle ne devrait pas faire de même dans le cas de la légitime défense et prévoir, par exemple, que la légitime défense doit être proportionnelle à l'attaque ou ne pas outrepasser la stricte mesure nécessaire. Certes, les difficultés politiques et juridiques ne manquent pas. La Charte des Nations Unies ne définit pas la légitime défense, elle la mentionne. Et peut-être serait-il opportun que la Commission codifie le droit coutumier pour éviter que de nouveaux motifs de légitime défense ne soient introduits et que le principe du non-recours à la force consacré par la Charte des Nations Unies ne se lésarde.

39. M. Barboza n'a rien à ajouter à ce qui a été dit au sujet du projet d'article 16.

40. Quant à la troisième partie du projet d'articles, elle est au cœur même du droit international, ainsi qu'il ressort de la section II du rapport (A/CN.4/389, par. 8 et 12). M. Barboza approuve l'orientation des travaux que propose le Rapporteur spécial sur la mise en œuvre de la responsabilité internationale et le règlement des différends.

41. M. DÍAZ GONZÁLEZ tient avant tout à rendre hommage au Rapporteur spécial, dont le sixième rapport (A/CN.4/389) est un précis, dense et profond, de science juridique sur un sujet qui est au cœur du droit international.

42. Le projet d'article 5 est la clef de voûte de la deuxième partie du sujet, en ce qu'il définit la notion d'« Etat lésé ». M. Díaz González n'a pas grand-chose à ajouter à ce qui a été déjà dit à ce sujet, et il souscrit simplement à la proposition de M. Balanda (1894^e séance) tendant à supprimer, à l'alinéa *a*, les mots « en faveur d'un Etat tiers ». Il se demande, à propos des « intérêts collectifs des Etats parties », dont mention est faite à l'alinéa *d*, iii, comment il sera possible d'établir une distinction entre les intérêts d'un des Etats parties à un traité multilatéral, tel que la Charte des Nations Unies, et les intérêts de la communauté ou de la collectivité des Etats dans son ensemble. Peut-être le Rapporteur spécial répondra-t-il à cette question lorsqu'il résumera le débat.

43. Parmi les mesures visant à réparer les effets du fait internationalement illicite, M. Díaz González accepte que l'article 6 prévoit le versement d'une somme d'argent correspondant à la valeur qu'aurait le rétablissement de la situation qui existait avant la violation, tout en faisant observer que, dans certains cas, la réparation peut revêtir

une autre forme. Il s'agit d'effacer les effets de l'acte illicite, et cela peut se faire de diverses manières, dont naturellement la réparation pécuniaire, mais aussi, dans le cas d'un acte diplomatique, la simple satisfaction ou une note diplomatique, par exemple.

44. Le projet d'article 7 évoque pour M. Díaz González le régime des capitulations. De quel « traitement » des étrangers s'agit-il en l'occurrence ? En droit international classique, ce traitement est défini subjectivement par le « minimum de traitement civilisé ». Mais tout aussi subjective est l'affirmation selon laquelle les Etats ont un « devoir général de diligence », selon la définition qui en est donnée dans la sentence rendue en 1928 par l'arbitre Max Huber dans l'affaire *Island of Palmas (or Miangas)*, selon laquelle la souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger, à l'intérieur du territoire, les droits des autres Etats, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix et en temps de guerre, ainsi que les droits que chaque Etat peut revendiquer pour ses nationaux en territoire étranger¹¹. Bien entendu, déterminer quand une règle aussi floue est violée est affaire de nuances, d'autant plus que le « devoir de diligence » doit être apprécié en fonction des circonstances. Ce devoir se prête dans la pratique à des abus de la part de certains Etats qui le revendiquent. Le droit classique ne reconnaît à la clause Calvo, origine de l'article 7, aucune valeur juridique. La doctrine au mieux reconnaît qu'elle équivaut de façon générale à la confirmation, à l'égard de celui qui l'accepte, du principe de l'épuisement préalable des recours internes.

45. Quoi qu'il en soit, que veut consacrer l'article 7, tel qu'il est rédigé ? S'il s'agit de consacrer le principe de l'épuisement des recours internes, M. Díaz González y consent car, en réalité, le principal acte juridictionnel internationalement illicite est le déni de justice. Mais cela est déjà prévu dans d'autres instruments internationaux. En suivant le raisonnement de M. Reuter (1891^e séance), qui a rattaché l'article 7 à l'article 22 de la première partie du projet, M. Díaz González considère que cet article 7 n'a pas sa place dans le projet. En fait, cette disposition vise à protéger les investissements — ce qui est normal — mais le droit international contemporain prévoit d'autres moyens plus efficaces de le faire, sans permettre à l'Etat créancier ou à ses ressortissants de recourir à des représailles, à la rétorsion et à la force. Quant au déni de justice, il entraîne l'exercice de recours reconnus par le droit international, par exemple l'exercice de la protection diplomatique des nationaux d'un Etat.

46. M. Díaz González approuve le projet d'article 8. Il suggère simplement de supprimer les mots « par mesure de réciprocité », afin d'éviter toute difficulté d'interprétation et tout risque de confusion entre la réciprocité, les représailles et la rétorsion.

47. Les projets d'articles 9 et 10 paraissent contradictoires. Il est dit, au paragraphe 1 de l'article 9 — où il conviendrait de toute manière de supprimer les mots « comme mesure de représailles » —, que l'Etat lésé « peut » suspendre l'exécution de ses autres obligations envers l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite, mais l'article 10 prévoit, au paragraphe 1, que l'Etat lésé ne peut prendre aucune mesure, donc pas même celles qui sont prévues

¹¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 839.

à l'article 9, avant d'avoir épuisé les procédures internationales de règlement pacifique. Une des deux dispositions est manifestement de trop. Au paragraphe 1 de l'article 10, les mots « auxquelles il pouvait avoir recours » devraient être supprimés, parce que parmi les procédures internationales de règlement pacifique des différends prévues dans la Charte des Nations Unies ou dans d'autres traités et conventions il en existe toujours une qui est appropriée. L'alinéa *a* du paragraphe 2 ne se réfère qu'à une cour ou un tribunal et passe sous silence le Conseil de sécurité, qui est l'organe compétent pour agir et déterminer s'il y a lieu ou non d'user de représailles, ainsi que pour déterminer s'il y a ou non agression ou si une mesure a été prise dans l'exercice du droit de légitime défense.

48. Le projet d'article 11 tend à protéger les intérêts collectifs des Etats parties à un traité multilatéral. Mais à qui appartiendra-t-il de déterminer que ces intérêts collectifs sont lésés? Et que faut-il entendre par collectivité lésée ou par « procédure de décision collective »? Il existe un organe de l'ONU, le Conseil de sécurité, qui décide des mesures collectives à prendre et la Charte précise bien que les Etats ne peuvent prendre, individuellement ou collectivement, que les seules mesures collectives décidées par le Conseil de sécurité, mesures collectives qui, de plus, sont soumises aux procédures de la Charte, laquelle prévoit l'application des accords régionaux.

49. Les deux alinéas qui composent le projet d'article 12 semblent déjà inclus et, en tout cas, auraient intérêt à être inclus dans l'article 8, il s'agit des obligations de l'Etat de résidence en ce qui concerne les immunités à accorder aux missions diplomatiques et consulaires et à leur personnel, qui sont prévues par d'autres conventions et qui, en tout état de cause, ne sauraient être suspendues. Quant aux obligations incombant à un Etat en vertu d'une règle impérative du droit international général, elles ne sauraient être, elles non plus, suspendues.

50. M. Díaz González a du mal à comprendre le libellé du projet d'article 13. Peut-être conviendrait-il, dans le texte espagnol, de remplacer le mot *que* par les mots *la cual*, afin de bien préciser que c'est la violation manifeste des obligations découlant d'un traité multilatéral qui détruit l'objet et le but de ce traité dans son ensemble.

La séance est levée à 18 heures.

1898^e SÉANCE

Mardi 11 juin 1985, à 10 h 5

Président : M. Satya Pal JAGOTA

Présents : le chef Akinjide, M. Al-Qaysi, M. Arangio-Ruiz, M. Balanda, M. Barboza, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. El Rasheed Mohamed Ahmed, M. Flitan, M. Francis, M. Koroma, M. Lacléta Muñoz, M. Mahiou, M. Malek, M. McCaffrey, M. Ogiso, M. Ouchakov, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Riphaugen, M. Roukounas, sir Ian Sinclair, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Responsabilité des Etats (suite) [A/CN.4/380¹, A/CN.4/389², A/CN.4/L.382, sect. G, ILC (XXXVII)/Conf.Room Doc.3, ILC(XXXVII)/Conf. Room Doc.7]

[Point 3 de l'ordre du jour]

Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) et « Mise en œuvre » de la responsabilité internationale et règlement des différends (troisième partie du projet d'articles)³ [suite]

PROJET D'ARTICLES

PRÉSENTÉ PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

SIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *et*
ARTICLES 1 À 16 ⁴ (suite)

1. M. DÍAZ GONZÁLEZ, poursuivant l'intervention qu'il a commencée à la séance précédente, note que les projets d'articles 14, 15 et 16 traitent des faits internationalement illicites qui constituent des crimes internationaux. Ils correspondent à l'article 19 de la première partie du projet, que la Commission a adopté provisoirement après un débat long et ardu, et qui distingue « délits internationaux » et « crimes internationaux ». Or, il ne semble pas, dans les articles à l'examen, qu'une distinction soit faite entre les faits internationalement illicites selon l'objet de l'obligation internationale violée et, plus particulièrement, selon l'importance que la communauté internationale dans son ensemble attache au respect de certaines obligations, c'est-à-dire entre « délits internationaux » et « crimes internationaux », comme la Commission l'a fait dans l'article 19 qu'elle a adopté. A cet égard, il convient de se référer non seulement au texte de l'article 19 mais aussi au commentaire y relatif, adopté par la Commission à sa vingt-huitième session, et, en particulier, aux paragraphes 6 et 59 de ce commentaire⁵.

2. Le paragraphe 1 de l'article 14 renvoie à juste titre à la notion de *jus cogens*, laquelle, bien qu'elle ne soit pas définie spécifiquement et avec précision, est développée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. L'alinéa *a* du paragraphe 2 concerne l'obligation de ne pas reconnaître « comme légale » la situation créée par le crime international. Mais il s'agit en fait, comme M. Balanda l'a souligné (1894^e séance), de ne pas reconnaître la situation elle-même ainsi créée. La violation causée par un fait internationalement illicite produit des effets en droit, mais elle n'est pas légale.

3. M. Díaz González ne voit pas d'inconvénient à inclure dans le projet d'articles sur la responsabilité des Etats un article consacré à l'agression, qui, aux termes de l'article 19 de la première partie, est un crime international. Mais pour maintenir le lien avec l'article 19, il conviendrait de

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1984*, vol. II (1^{re} partie).

² Reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie).

³ La première partie du projet d'articles (Origine de la responsabilité internationale), dont les articles 1 à 35 ont été adoptés en première lecture, figure dans *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 29 et suiv.

⁴ Pour les textes, voir 1890^e séance, par. 3.

⁵ *Annuaire... 1976*, vol. II (2^e partie), p. 89 et suiv.