

Document:-
A/CN.4/SR.2279

Compte rendu analytique de la 2279e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1992, vol. I

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

59. M. KABATSI tient à rendre hommage au Rapporteur spécial pour le remarquable travail qu'il a accompli. Ses troisième et quatrième rapports sur la responsabilité des États sont l'aboutissement d'une étude extrêmement approfondie et savante de la question, qui trouve son application pratique dans les quatre projets d'articles présentés. Le projet d'article 11 reconnaît la légitimité des contre-mesures lorsque les conditions du recours à ces mesures, énoncées dans le projet d'article 12, sont réunies. Le projet d'article 13 vise à limiter les contre-mesures par l'application du critère de proportionnalité à la gravité du fait internationalement illicite, et le projet d'article 14 précise dans quels cas les contre-mesures sont interdites ou ne seraient pas juridiquement acceptables. Les textes proposés constituent, de l'avis de M. Kabatsi, une base utile pour les débats de la Commission.

60. Il est un fait que les contre-mesures, qui sont des mesures prises unilatéralement par les États lésés par un acte internationalement illicite, ne sont à la portée que des États riches et puissants et que, en les légalisant, on renforce les privilèges de ces États et on commet une injustice à l'égard des États faibles et pauvres. C'est là un argument de poids, qui est largement invoqué par tous ceux qui sont opposés aux contre-mesures. Mais il n'en est pas moins vrai que les contre-mesures existent, ont toujours été utilisées et continueront vraisemblablement à l'être dans l'avenir prévisible. Dans la mesure où on ne peut les éliminer totalement, il faut donc au moins réglementer et limiter leur utilisation. C'est le parti qu'a pris le Rapporteur spécial, et M. Kabatsi est disposé à le suivre sur cette voie dans les circonstances actuelles. Les conditions du recours à des contre-mesures, énoncées par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 12, constituent en fait une garantie contre d'éventuels abus ou erreurs. Il est inexact de dire que ces conditions ne seraient pas respectées parce qu'il faudrait trop de temps pour les appliquer ou qu'elles empêcheraient tout recours aux contre-mesures. Il faut en effet partir du principe que les contre-mesures doivent être l'exception plutôt que la règle, et qu'il ne doit donc pas être si facile d'y recourir. Quoi qu'il en soit, tout régime international qui sera établi en la matière n'aura de valeur que s'il favorise la réalisation du principal objectif de l'Organisation des Nations Unies, clairement énoncé dans le Préambule de sa Charte :

favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande.

C'est précisément pour promouvoir cet objectif qu'il faut développer le droit international, et il ne faut pas oublier que le pouvoir est transitoire et illusoire, et que les puissants d'hier risquent de devenir les faibles de demain.

61. En ce qui concerne les projets d'articles proprement dits, M. Kabatsi partage l'avis de M. Al-Khasawneh concernant la nécessité de faire preuve de prudence à propos de la notion de proportionnalité, dont le contenu n'est pas très bien défini, ce qui risque de conduire à des abus. Il pense aussi, comme M. Sreenivasa Rao, que les mesures conservatoires ne sont pas fondamentalement différentes des contre-mesures et que, de toute façon, les contre-mesures devraient aussi être provisoires. M. Kabatsi estime qu'il est possible d'améliorer encore les projets d'articles quant au fond et

à la forme, et que c'est au Comité de rédaction de s'y employer.

La séance est levée à 13 heures.

2279^e SÉANCE

Mercredi 1^{er} juillet 1992, à 10 h 5

Président : M. Christian TOMUSCHAT

Présents : M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Arangio-Ruiz, M. Bennouna, M. Bowett, M. Calero Rodrigues, M. Crawford, M. de Saram, M. Fomba, M. Güney, M. Kusuma-Atmadja, M. Mahiou, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Rosenstock, M. Shi, M. Szekely, M. Thiam, M. Vargas Carreño, M. Vereshchetin, M. Villagran Kramer, M. Yamada, M. Yankov.

Responsabilité des États (suite) [A/CN.4/440 et Add.1¹, A/CN.4/444 et Add.1 à 3², A/CN.4/L.469, sect. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 et Corr.1 et Add.1 à 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 et 4]

[Point 2 de l'ordre du jour]

TROISIÈME ET QUATRIÈME RAPPORTS
DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

ARTICLE 5 *bis* et

ARTICLES 11 à 14³ (suite)

1. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, dit que le quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/444 et Add.1 à 3), fruit de recherches approfondies, invite à la réflexion. La première question qui se pose est celle de savoir s'il y a lieu ou non de prévoir dans le projet d'articles des dispositions sur les contre-mesures. Sur ce point, le Président ne partage pas l'avis de M. Shi (2273^e séance) qui a émis l'idée de les laisser de côté, du moins temporairement. Le droit de prendre des contre-mesures est l'un des recours dont dispose un État lésé; or les anciennes règles continueront de s'appliquer si la Commission ne traite pas la question. M. Tomuschat est fermement convaincu que la Commission devrait s'efforcer d'instaurer un régime nouveau, amélioré. Le fait que, dans le passé, les représailles aient parfois servi de prétexte à des abus, loin de dissuader la Commission, devrait l'inciter à re-

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie).

² Reproduit dans *Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie).

³ Pour le texte des projets d'articles proposés 11 et 12, voir 2273^e séance, par. 18; pour celui des projets d'articles 5 *bis*, 13 et 14, voir 2275^e séance, par. 1.

chercher des solutions novatrices. Le droit humanitaire offre un parallèle utile : le fait que le recours à la force soit interdit ne signifie pas que l'on renonce à jamais à employer la force. De même, on ne saurait se passer du *ius in bello*. L'absence de règles dûment applicables aux contre-mesures ne contribuerait en rien à parer aux dangers existants. Il est clair que la Commission est tenue de traiter cette question, même si celle-ci ne constitue pas une partie agréable de ses travaux.

2. M. Tomuschat estime que le Rapporteur spécial a eu raison de ne pas donner aux contre-mesures un caractère punitif. Cependant, le projet d'article 11 est bien trop faible quant au fond, car il ne définit pas comme il se doit la fonction des contre-mesures. Il faudrait bien préciser dans le projet que les contre-mesures sont un recours destiné à inciter l'État auteur à reprendre le chemin de la licéité.

3. Toutes les contre-mesures sont, en fin de compte, des mesures conservatoires. M. Tomuschat pense, comme M. Barboza (2277^e séance), que l'État lésé a, temporairement, le droit de suspendre l'exécution de ses propres obligations. Mais dès que l'État auteur s'acquitte de nouveau des siennes, les contre-mesures prises doivent être levées. Le terme « contre-mesure » devrait apparaître quelque part dans le corps du projet d'article 11 dont le libellé actuel ne permet pas de distinguer les contre-mesures des mesures de légitime défense.

4. La principale question qui se pose à propos du projet d'article 12 est de savoir si les contre-mesures ne peuvent être prises qu'après épuisement de toutes les procédures de règlement amiable des différends. On ne retrouve pas dans le libellé proposé les distinctions faites dans le rapport. Il ne suffit pas de faire simplement référence à « toutes » les procédures. L'Article 33 de la Charte des Nations Unies faisant état des négociations en tant que moyen de règlement pacifique, les règles suggérées par le Rapporteur spécial favoriseraient l'État auteur, solution injuste qui ne serait manifestement d'aucune utilité pratique. En aucun cas, la Commission ne devrait adopter une règle rigide qui encouragerait des infractions au droit international.

5. Comme M. Calero Rodrigues (2278^e séance), M. Tomuschat est un tant soit peu surpris par la formulation du paragraphe 3 du projet d'article 12, mais, une fois que l'on en a bien saisi le sens, on constate que cette disposition semble énoncer une règle assez simple, à savoir qu'aucun État ne peut, avant épuisement des procédures de règlement pacifique, prendre des contre-mesures qui mettent en danger la paix et la sécurité internationales ou la justice. De fait, une telle règle, naturellement tirée du paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies — qui interdit le recours à la force en tant que moyen de règlement des différends —, n'est pas nécessaire et n'a pas sa place dans le projet. De l'avis de M. Tomuschat, elle n'est pas vraiment applicable aux situations issues de l'adoption de contre-mesures, encore que l'on puisse avoir à ce sujet des points de vue tout à fait partagés.

6. Au lieu de tant compter sur les procédures de règlement des différends — dont certaines sont dépourvues d'efficacité et qui sont toutes pesantes et interminables —, le Rapporteur spécial aurait dû insister sur la né-

cessité de « collectiviser » les contre-mesures, c'est-à-dire d'en faire des sanctions infligées par la communauté internationale organisée, plutôt que de les cantonner dans le domaine des relations bilatérales entre le fautif et la victime. À cet égard, le projet d'article 2 de la deuxième partie va dans la bonne direction, encore qu'il soit rédigé en des termes beaucoup trop abstraits et généraux. En principe, c'est aux procédures prévues dans les traités internationaux en vigueur qu'il faut recourir en premier lieu. Il peut toujours y avoir une position de repli pour l'État lésé, lui permettant de prendre unilatéralement des contre-mesures. De l'avis de M. Tomuschat, l'orientation prise au chapitre VII du rapport est erronée, le Rapporteur spécial ayant cherché à montrer qu'il n'existait pas de régime se suffisant à lui-même. Il faudrait plutôt favoriser les réponses collectives à un comportement illicite. Rares sont les régimes qui assurent actuellement une action collective organisée contre un fait illicite. Les mécanismes qui existent devraient pourtant servir de modèles dans d'autres domaines de la vie internationale.

7. M. Tomuschat fait siennes les observations du Rapporteur spécial sur la proportionnalité, mais il ne voit pas pourquoi les cas de recours à la force ont été traités en long et en large au chapitre V du rapport. Comme la Commission n'a pas entrepris de faire une étude de la Charte des Nations Unies, il suffit de dire que les contre-mesures impliquant le recours à la force sont illicites. En revanche, il aurait été utile de tracer une ligne de démarcation entre les contre-mesures et la légitime défense. De toute évidence, un État qui agit en situation de légitime défense peut recourir à la force armée. Personnellement, M. Tomuschat nourrit de sérieux doutes quant aux mesures économiques et politiques en tant que formes de contrainte. Le fait qu'une mesure soit interdite en vertu du principe de non-intervention ne signifie pas qu'elle soit interdite en tant que réaction à un comportement illicite, en d'autres termes, en qualité de contre-mesure. M. Tomuschat ne peut donc pas approuver le paragraphe 2 du projet d'article 14. Les problèmes abordés dans cette disposition peuvent être couverts par le principe de proportionnalité.

8. L'interdiction de tout comportement qui porte atteinte aux droits de l'homme, énoncée à l'alinéa b, i, du paragraphe 1 du projet d'article 14, est la bienvenue, mais le libellé de cette disposition mérite d'être amélioré. Le qualificatif « fondamentaux », employé dans l'expression « droits de l'homme fondamentaux », ne reflète pas vraiment l'idée avancée par le Rapporteur spécial, à savoir que seuls les droits de l'homme élémentaires devraient être inviolables. En tout état de cause, il aurait fallu mentionner dans le rapport le Protocole I de 1977 additionnel aux Conventions de Genève de 1949. Il faudrait évoquer expressément le droit humanitaire dans le projet d'articles car, jusqu'à présent, ce sont les conventions humanitaires qui interdisent avec le plus de fermeté le recours aux contre-mesures.

9. Les termes employés à l'alinéa b, ii, du paragraphe 1 du projet d'article 14 sont trop vagues. Seuls les droits essentiels devraient échapper aux contre-mesures. M. Tomuschat nourrit aussi de sérieux doutes quant à l'exception, énoncée à l'alinéa b, iv, du paragraphe 1, relative à l'effet d'une obligation *erga omnes* telle que le

Rapporteur spécial le comprend. Pour sa part, M. Tomuschat ne pense pas qu'il existe un tel fossé conceptuel entre les règles de *jus cogens* et les règles découlant des obligations *erga omnes*. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁴, la CIJ a évoqué précisément ce problème. Lorsque les intérêts essentiels de la communauté internationale sont en jeu, les États sont tous tenus de les respecter. Ainsi, les notions d'obligation *erga omnes* et de *jus cogens* sont pour une bonne part de portée similaire. Néanmoins, la notion très personnelle que s'en fait le Rapporteur spécial l'a conduit à attacher l'étiquette d'obligation *erga omnes* à des droits de l'homme qui ne comptent pas parmi les droits les plus élémentaires. L'alinéa *b*, iv, du paragraphe 1 semblerait exclure toute contre-mesure qui porterait atteinte à des droits protégés par un traité multilatéral. Ainsi, dans l'hypothèse où des ressortissants allemands se trouvant dans un pays étranger seraient privés de leur liberté de circulation — liberté protégée par l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques —, l'Allemagne ne pourrait pas réagir en limitant sur son territoire le droit correspondant des citoyens du pays intéressé, dans la mesure où elle s'est engagée à garantir la liberté de circulation non seulement à l'égard du pays intéressé, mais aussi à l'égard des autres États parties au Pacte. C'est faire erreur, car il existerait un rapport spécial entre l'Allemagne et le pays en question en raison de la violation du Pacte par ce dernier.

10. À ce propos, M. Tomuschat ne partage absolument pas l'idée du Rapporteur spécial qui a essayé de montrer que, en cas de violation d'une obligation multilatérale concernant les droits de l'homme ou l'environnement, les États étaient tous dans la même situation. Au chapitre VIII du quatrième rapport notamment, l'avant-dernière note de la section B montre que la structure juridique édictée par le Rapporteur spécial repose sur des fondations instables. D'après la Charte des Nations Unies, bien que l'interdiction de l'agression constitue une règle générale qui lie tous les États dans leurs relations mutuelles, c'est à la victime directe de l'agression qu'appartient en premier lieu le droit de légitime défense. Il va de soi que d'autres États peuvent être impliqués dans une opération de légitime défense collective, mais la CIJ, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, a établi une distinction claire et nette entre le statut juridique de la victime effective d'une agression et celui des autres États qui, de façon quelque peu artificielle, pouvaient être qualifiés de « légalement lésés », en déclarant qu'« aucune règle ne permet la mise en jeu de la légitime défense collective sans la demande de l'État se jugeant victime d'une agression armée⁵ ». Les dispositions applicables à la légitime défense devraient s'appliquer aussi aux contre-mesures. Un État auquel il n'est pas directement porté atteinte ne se trouve pas dans la même situation juridique que la victime primaire d'un fait internationalement illicite. La notion défendue par le Rapporteur spécial est purement théorique et ne va pas dans le sens des réalités pratiques, même si elle est étayée en quelque sorte par l'article 5 de

la deuxième partie du projet, provisoirement adopté par la Commission⁶. Le projet d'article 5 *bis*, présenté par le Rapporteur spécial, ne règle pas le problème des recours ouverts aux États qui ne sont pas directement lésés. Ces États devraient être invités à agir par les voies collectives, alors que la victime directe devrait jouir d'une plus grande liberté d'action. Alors que, de toute évidence, le Rapporteur spécial n'accorde pas à la victime effective un traitement suffisamment favorable, les États éloignés, qui n'ont pas véritablement de lien avec le fait illicite, se voient confier un rôle qu'ils ne méritent pas et ne sont pas en mesure d'assumer. Enfin, M. Tomuschat tient à faire observer que, dans l'arrêt auquel il a fait allusion, la CIJ n'a cessé d'employer l'expression « États tiers » pour parler des États autres que l'État lésé lui-même.

11. M. Tomuschat relève que le Rapporteur spécial a abordé la question des contre-mesures essentiellement en termes de rapports bilatéraux entre l'État auteur et l'État lésé. Or il faudrait ménager une place, dans le projet, à la communauté internationale organisée, laquelle n'apparaît qu'indirectement dans les propositions du Rapporteur spécial, par le biais des mécanismes de règlement des différends. Il faudrait concevoir un mécanisme de contrôle à un stade antérieur, c'est-à-dire au moment où l'on s'interroge sur l'opportunité de contre-mesures. À cet égard, le précédent Rapporteur spécial, M. Riphagen, était davantage axé sur l'avenir, même s'il faut reconnaître que la communauté internationale n'a toujours, en l'état actuel des choses, que des ambitions rudimentaires en la matière. Le gros problème que posent les contre-mesures réside dans le fait que, d'une façon ou d'une autre, elles devraient être placées sous le contrôle de la communauté internationale, laquelle n'est pas pressée d'assumer ce rôle.

12. M. AL-BAHARNA dit que, dans le troisième rapport, fort intéressant, du Rapporteur spécial (A/CN.4/440 et Add.1), celui-ci précise que les mesures qu'un État lésé peut prendre contre un État auteur relèvent de la légitime défense, des sanctions, de la rétorsion, des représailles, de la réciprocité, des contre-mesures, de la résolution et de la suspension de traités. La nature et la portée de ces recours juridiques continuent de prêter à controverse en droit international, et, comme la Commission n'est pas appelée à codifier ou à développer des règles de droit international en la matière, elle devrait s'abstenir de faire quoi que ce soit qui risque de donner à penser qu'elle outrepassé son mandat. Il n'y a pas lieu, dans le cadre du sujet de la responsabilité des États, de se lancer dans un débat de fond sur la légitime défense, les sanctions ou la rétorsion. S'agissant de la légitime défense, le Rapporteur spécial lui-même reconnaît, dans son rapport, que cette notion soulève des problèmes juridiques complexes et ne devrait pas sortir du cadre de l'article 34 de la première partie du projet⁷. Le concept de sanction, selon le Rapporteur spécial, est « encore plus controversé... dans la pratique de la responsabilité internationale ». Quant à la notion inamicale de rétorsion, elle devrait être considérée comme un recours juridique aux fins du projet. Dans son rapport, le Rapporteur

⁴ Voir 2278^e séance, note 20.

⁵ C.I.J. Recueil 1986, p. 105, par. 199.

⁶ Voir 2266^e séance, note 11.

⁷ Voir 2272^e séance, note 2.

spécial définit les représailles comme des « mesures qu'une partie lésée adopte, en réaction à un fait internationalement illicite, contre l'État auteur de ce fait ». Mais le terme « représailles » est traditionnellement associé à l'emploi de la force, lequel est aujourd'hui illégal en soi. De plus, les différentes catégories de représailles prêtent à controverse, et il est donc suggéré de remplacer ce terme par un mot plus neutre, tel que « contre-mesures », suffisamment large pour inclure toute une série de recours à la disposition d'un État lésé.

13. M. Al-Baharna partage l'avis du Rapporteur spécial, selon lequel il faut qu'un fait internationalement illicite ait effectivement été commis pour que les contre-mesures soient licites et il ne suffit pas que l'État lésé soit convaincu de bonne foi qu'un tel fait a été commis pour justifier le recours à des contre-mesures. L'exemple des mesures « défensives » prises en cas d'attaque prévue ou anticipée illustre cette hypothèse. Là encore, le Rapporteur spécial a raison de dire que les contre-mesures peuvent avoir des fonctions à la fois restitutives et pénales, mais cette assertion tend à obscurcir la distinction entre les deux types de conséquences des délits. Dans ses deux premiers rapports⁸, le Rapporteur spécial faisait une distinction entre les conséquences « instrumentales » ou « procédurales » et les conséquences « de fond », lesquelles s'entendaient notamment de la cessation et de la restitution. Ces deux types de conséquences se recoupent dans la mesure où les premières peuvent servir à faire valoir les recours « de fond » que sont la restitution et la réparation. Les chevauchements seraient de moindre ampleur et les dispositions plus logiques et plus pratiques si le projet énonçait les droits et les obligations des États lésés et des États auteurs pour ce qui est de remédier aux effets du délit.

14. M. Al-Baharna note que, au chapitre III de son troisième rapport, le Rapporteur spécial analyse les finalités des contre-mesures, qu'il définit comme étant la cessation, la réparation et la répression. La répression n'est pas facilement acceptable, car les États, égaux entre eux, éviteront les mesures punitives qui ne peuvent que rappeler le droit international du XIX^e siècle. La fonction répressive devrait être considérée comme secondaire pour n'être admise qu'en cas de violation ou de mépris flagrant du droit. C'est pourquoi les aspects compensatoires et restitutifs des contre-mesures devraient être mis davantage en évidence. La demande de cessation et de réparation devrait toujours constituer la première étape obligatoire de tout processus de réaction graduée. L'idée de Wengler, à laquelle il est fait allusion au chapitre IV, à savoir que « l'État lésé peut recourir légitimement, sans aucun préliminaire, aux représailles en cas de *dolus* de la part de l'État coupable⁹ », suscite quelques doutes dans l'esprit de M. Al-Baharna. On ne saurait, à son avis, se passer de préliminaires qu'en cas de risque grave à la vie et à l'intégrité de la personne ou de dommage irréparable imminent aux biens, et pour autant que les mesures adoptées soient telles qu'elles empêchent la survenance d'une telle situation.

15. Au chapitre V de son rapport, le Rapporteur spécial se demande si l'État lésé peut réagir de façon licite avant de recourir à l'un ou plusieurs des moyens de règlement des différends envisagés à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies. Pour sa part, M. Al-Baharna estime que, si le fait incriminé menace la paix et la sécurité internationales, l'Article 33 s'applique automatiquement. Dans le cas contraire, il n'y a pas lieu de l'appliquer, et les règles proposées dans le projet d'articles auront priorité. Il ne faudrait pas permettre l'adoption de mesures conservatoires avant de procéder aux « préliminaires », car de telles mesures se prêtent à des abus et sont susceptibles de déboucher sur des hostilités.

16. La notion de proportionnalité, examinée au chapitre VI du rapport, donne lieu à toutes sortes d'interprétations. Cependant, des considérations tant de principe que de logique exigent de la Commission qu'elle adopte une approche restrictive. M. Al-Baharna ne peut partager l'idée du Rapporteur spécial, exprimée dans ce chapitre, selon laquelle l'exigence de proportionnalité peut être formulée à la lumière de trois éléments : le préjudice subi, l'importance de la règle enfreinte et le but de la mesure adoptée. On peut se demander en effet si l'exigence de proportionnalité se prête à une formule aussi précise. En outre, par suite de circonstances particulières, il se peut qu'il faille prendre en compte d'autres éléments. Les circonstances, la nature et l'étendue du préjudice seront toujours à prendre en compte, mais l'importance de la règle enfreinte ne présente pas autant d'intérêt. La Commission ne devrait pas aborder l'exigence de proportionnalité dans une optique dogmatique. Elle devrait surtout éviter de tenir compte d'aspects qui suscitent la controverse tout en excluant d'autres.

17. Au chapitre VII, consacré au régime de la suspension et de l'extinction des traités à titre de contre-mesures, le Rapporteur spécial se demande si la codification et le développement du droit de la responsabilité des États soulèvent des questions qui ne sont pas couvertes par l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Si tel est le cas, la Commission pourra énoncer des règles sur la suspension et l'extinction des traités en tant que contre-mesures en réaction à la violation d'une obligation internationale. Le Rapporteur spécial note à juste titre que l'on ne peut en aucune manière considérer que l'article 60 de la Convention épuise la question du régime juridique de la suspension et de l'extinction aux fins du régime général de la responsabilité des États. L'American Law Institute est parvenu à la même conclusion :

Les mesures qu'un État peut prendre à ce titre... s'entendent notamment de la suspension ou de l'extinction de relations conventionnelles de façon générale, ou d'un accord international donné ou d'une disposition d'un tel accord; ...¹⁰

Mais, quelles que soient les dispositions du droit international traditionnel en la matière, la Commission ne devrait pas donner aux États un droit illimité de suspendre les traités ou d'y mettre fin. Dans l'esprit de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, elle devrait limiter ce droit aux cas d'infraction grave à une

⁸ Voir 2266^e séance, notes 17 et 18.

⁹ Pour la source, voir note pertinente dans *Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/440 et Add.1.

¹⁰ Voir 2278^e séance, note 15.

obligation internationale et l'exclure complètement dans le cas des traités de caractère humanitaire et des traités prévoyant des obligations « indivisibles » ou « intégrales », faute de quoi elle mettrait en péril le principe fondamental *pacta sunt servanda*. La Commission devrait aussi se demander si, pour des raisons humanitaires et dans l'intérêt de la primauté du droit, il ne faudrait pas limiter encore plus le droit de suspendre les traités et d'y mettre fin — en réservant ce droit, par exemple, aux cas où il existe un rapport étroit entre l'infraction à l'obligation internationale et le traité considéré. Comme le but de la suspension ou de l'extinction d'un traité est d'atténuer les conséquences de l'infraction, on peut raisonnablement exiger une relation entre l'infraction et la contre-mesure envisagée.

18. S'agissant du chapitre IX, M. Al-Baharna dit que la distinction entre États « directement lésés » et États « non directement ou indirectement lésés » suscite certains doutes de sa part. Dans la pratique, une telle classification n'a pas vraiment d'utilité. La question de la responsabilité de l'État auteur s'articule en fin de compte autour du préjudice subi par l'État lésé. Or, le problème étant traité comme il convient à l'article 5 de la deuxième partie du projet, point n'est besoin ni d'amender cet article, ni d'ajouter un nouveau chapitre sur les « États indirectement lésés ». Le Rapporteur spécial reconnaît lui-même dans son troisième rapport que les particularités de la position de ces États pourraient bien n'être qu'une affaire de degré; si tel est le cas, M. Al-Baharna ne voit pas la nécessité de les différencier.

19. Le chapitre X traite de l'interdiction du recours à la force, du respect des droits de l'homme, de l'inviolabilité des personnes bénéficiant d'une protection spéciale et de la pertinence des règles du *jus cogens* et des obligations *erga omnes* dans le contexte des contre-mesures licites. En l'absence d'accord sur la portée et l'application précises de ces principes, il serait inutile que la Commission cherche à énoncer des dispositions détaillées. Mieux vaudrait qu'elle pose le principe de base en s'inspirant de la terminologie de la Charte des Nations Unies et d'autres instruments internationaux fondamentaux chaque fois que possible, et en rédigeant un commentaire concis. La Commission devrait éviter d'aborder des questions prêtant à controverse ou qui n'ont pas encore été réglées, telles que le recours à la contrainte économique en tant que contre-mesure, la protection des biens des étrangers au titre de la protection des droits de l'homme et la limitation des contre-mesures par les obligations *erga omnes*. Elle ne devrait inclure dans son projet que des dispositions découlant de règles de droit international généralement acceptées.

20. M. Al-Baharna relève que le quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/444 et Add.1 à 3) fourmille d'informations juridiques que celui-ci met en valeur grâce à son érudition. Les projets d'articles 11 à 14 reflètent les tendances actuelles du droit international touchant la notion de contre-mesures, laquelle est, selon le Rapporteur spécial, au cœur du droit de la responsabilité des États. Aussi les normes de droit international contemporain ne font-elles aucune place aux recours traditionnels que sont, par exemple, les sanctions ou les représailles punitives. Personnellement, M. Al-Baharna se

félicite de l'accent mis, dans le projet d'article 11, sur le principe d'après lequel un État ne peut recourir à des contre-mesures que si l'État contre lequel ces mesures sont dirigées a effectivement commis un fait internationalement illicite. Le dernier membre de phrase du projet d'article 11, à savoir « de ne pas s'acquitter d'une ou de plusieurs de ses obligations à l'égard dudit État », est mieux rédigé que les dispositions correspondantes des articles 8 et 9 de la deuxième partie du projet¹¹, proposés par le précédent Rapporteur spécial, M. Riphagen. M. Al-Baharna se félicite aussi de ce que le Rapporteur spécial ait évité d'employer le terme « représailles » dans le nouveau projet d'article 11.

21. M. Al-Baharna relève avec satisfaction que le projet d'article 12 énonce les conditions à remplir par l'État lésé avant que celui-ci ne puisse prendre des contre-mesures. Il reconnaît, avec le Rapporteur spécial, que le projet d'article est rédigé en des termes plus souples que les dispositions correspondantes des projets d'articles 1 et 2 proposés par le précédent Rapporteur spécial dans la troisième partie du projet¹². La référence faite, à l'alinéa *a* du paragraphe 1, à l'épuisement de « toutes les procédures de règlement amiable disponibles en vertu du droit international général, de la Charte des Nations Unies ou de tout autre instrument relatif au règlement des différends » va incontestablement plus loin que le libellé du paragraphe 1 de l'article 10 de la deuxième partie, proposé par M. Riphagen. Il est vrai que les trois exceptions prévues aux alinéas *a* à *c* du paragraphe 2 établiraient

un certain équilibre dans la relation entre l'État lésé et les contrevenants s'agissant d'apprécier la satisfaction ou la non-satisfaction de cette condition essentielle de la licéité d'un acte de représailles qu'est l'épuisement des procédures de règlement disponibles.

M. Al-Baharna continue cependant de croire que les « mesures conservatoires prises par l'État lésé » — visées à l'alinéa *b* du paragraphe 2 — ne sauraient être justifiées si elles étaient prises unilatéralement par l'État lésé avant qu'un organe international ne se soit prononcé sur leur admissibilité. Par ailleurs, pour plus de clarté, il suggère de remplacer par des références numérotées les références à « l'article précédent » et au « paragraphe précédent » dans le projet d'article 12. En outre, les termes « cet organe », à l'alinéa *c* du paragraphe 2, devraient être remplacés par « l'organe international ».

22. M. Al-Baharna estime préférable de rédiger le projet d'article 13 sous une forme négative plutôt qu'affirmative. Tel qu'il est actuellement libellé, le projet d'article tient compte à la fois de la gravité du fait illicite et de ses effets. Le Comité de rédaction devrait examiner plus avant la question de la disproportionnalité des contre-mesures. Comme M. Al-Baharna l'a déjà expliqué, la Commission, en abordant la question de la proportionnalité, devrait éviter de toucher à ses aspects les plus controversés. Il approuve la portée des limitations imposées aux contre-mesures dans le projet d'article 14, mais reporte à plus tard ses observations sur la question, vu les problèmes de fond que soulève ce projet d'article.

¹¹ Voir 2273^e séance, note 10.

¹² Ibid., note 12.

23. Relevant que le Rapporteur spécial propose à titre provisoire le projet d'article 5 *bis*, M. Al-Baharna rappelle qu'un article consacré aux États qualifiés d'indirectement lésés est inutile, car la définition des États lésés donnée à l'article 5 de la deuxième partie du projet est tout à fait suffisante. Aussi estime-t-il, comme M. Rosenstock (2273^e séance), que le projet d'article 5 *bis* n'ajoute rien au projet d'articles.

24. Enfin, M. Al-Baharna tient à féliciter le Rapporteur spécial pour la contribution éminente qu'il apporte à la codification du sujet.

25. M. ARANGIO-RUIZ (Rapporteur spécial) dit que, en faisant des observations sur le projet d'article 11, plusieurs membres de la Commission ont manifesté leur préférence pour le terme « suspendre », à la place de l'expression « ne pas s'acquitter », à propos des obligations des États lésés envers les États auteurs. Après réflexion, il constate qu'il serait difficile à un État de se contenter de suspendre l'exécution d'une obligation de ne pas entreprendre d'essais nucléaires, par exemple, si un autre État a déjà violé une obligation conventionnelle en la matière. Il se demande aussi comment la suspension serait définie si un État s'engageait à faire ou à donner quelque chose immédiatement à un moment précis. L'expression « ne pas s'acquitter » semble couvrir toutes les hypothèses, tandis que le terme « suspendre » n'en couvrirait que certaines. Le Rapporteur spécial invite les membres de la Commission à réfléchir à cette question.

26. M. YAMADA félicite le Rapporteur spécial pour ses excellents rapports, qui sont une mine de renseignements et sont extrêmement précieux aux autorités qui ont à faire face à ce type de problème dans la pratique.

27. Les contre-mesures constituent une question complexe et difficile. Bien que la pratique des États soit abondante, il est difficile d'en tirer des conclusions claires et nettes. En réalité, les États recourent aux contre-mesures et, ce faisant, dépassent souvent le seuil théorique de la légitimité. M. Yamada comprend, mais ne partage pas, l'avis de M. Shi (2273^e séance), pour qui la Commission ne devrait pas donner de légitimité à une notion aussi controversée que les contre-mesures. Refuser d'aborder la question n'améliorera pas la situation. Il ne fait aucun doute que les États continueront de recourir aux contre-mesures en réaction à des faits internationalement illicites. L'usage qui est fait de ces mesures est en rapport étroit avec l'existence d'une procédure de règlement des différends. Ainsi vaudrait-il mieux que la Commission rédige les articles limitant les contre-mesures parallèlement à un ensemble d'articles sur les procédures de règlement des différends. On pourrait ensuite tester l'acceptabilité d'un tel régime juridique pour les gouvernements.

28. M. Yamada tient à souligner combien il importe que les articles de la deuxième partie du projet soient compatibles avec ceux de la première partie. Au chapitre V de la première partie, les articles 29 à 34¹³ excluent l'illicéité de certaines contre-mesures. En conséquence, la Commission n'a pas besoin de traiter de ces contre-

mesures dans la deuxième partie; elle ne devrait y aborder que les contre-mesures auxquelles il est fait référence à l'article 30 de la première partie, à savoir celles qui sont prises en réaction à un fait internationalement illicite. Il faut aussi examiner à part les contre-mesures prises dans le cas d'un crime international, question qui intéresse la communauté internationale dans son ensemble. Tout régime juridique applicable aux contre-mesures prises en réaction à un crime international ne peut manquer de se distinguer d'un régime concernant les contre-mesures prises dans le cas de délits internationaux, encore qu'il soit difficile de tracer une ligne de démarcation vraiment claire entre ces deux types de contre-mesures. Pour l'instant, la Commission devrait se borner à examiner les contre-mesures prises en réaction à des délits internationaux. M. Yamada espère que le Rapporteur spécial fera des observations en temps opportun sur les contre-mesures se rapportant à un crime international.

29. Les contre-mesures envisagées dans le projet d'article 11 varient. Les mesures conservatoires ont simplement pour fonction de protéger l'État lésé, en d'autres termes de prévenir ou d'atténuer les conséquences d'un fait illicite. Les contre-mesures les plus couramment utilisées sont des mesures de coercition visant à obtenir la cessation et la réparation. Mais on peut aussi rencontrer le cas extrême de l'État lésé qui se fait justice à lui-même, obtient l'équivalent de la réparation par lui-même et va jusqu'à infliger une sanction à l'État auteur. M. Yamada constate que le Rapporteur spécial n'a pas jugé bon de limiter expressément les contre-mesures en fonction de leur rôle. Il a plutôt cherché à soumettre ces mesures à des exigences d'ordre procédural et au principe de proportionnalité. Toute pratique qu'elle soit, cette approche ne répond pas aux besoins. Les interdictions seront trop vagues et se prêteront à des abus si l'on ne prend pas aussi en considération la fonction des contre-mesures.

30. Tel qu'il est actuellement libellé, le projet d'article 11 exige de l'État lésé qu'il satisfasse à un certain nombre de conditions d'ordre procédural. Or ces conditions sont déjà envisagées dans le projet d'article 12, d'où une redondance. Aussi M. Yamada suggère-t-il de supprimer, dans le projet d'article 11, le membre de phrase « dont les demandes, au titre des articles 6 à 10, n'ont pas reçu une réponse satisfaisante de la part de l'État qui a commis le fait internationalement illicite ».

31. M. Yamada approuve en principe l'exigence énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12, à savoir que l'État lésé doit avoir épuisé toutes les procédures de règlement amiable disponibles. Néanmoins, dans certains cas, cette exigence peut représenter une charge excessive pour l'État lésé. Après tout, c'est lui qui est victime et qui ne fait que réagir à un fait illicite; de plus, les contre-mesures ne sont pas nécessairement des actes inamicaux. Le Rapporteur spécial a exempté les mesures conservatoires des exigences procédurales. Peut-être y a-t-il d'autres contre-mesures, aux fonctions limitées, qu'il serait bon d'exempter aussi de certaines exigences procédurales.

32. Le principe de la proportionnalité devrait contribuer sensiblement à restreindre le recours aux contre-

¹³ Voir 2272^e séance, note 2.

mesures. Les contre-mesures étant des actes licites décidés en réaction à des faits internationalement illicites, il est difficile d'évaluer les uns et les autres et de parvenir à un juste équilibre. Même si le projet d'article 13 ne va pas au-delà de la notion abstraite de proportionnalité qui fait appel au bon sens, M. Yamada estime qu'il fournit probablement la meilleure solution.

33. Le texte remanié du projet d'article 14, consacré aux contre-mesures interdites, contient des éléments qui prêtent à controverse. Il faudrait qu'un consensus se dégage sur le sens exact de l'alinéa *b*, i, du paragraphe 1, qui interdit tout comportement non conforme aux règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme fondamentaux. Par ailleurs, cette disposition devrait être compatible avec les alinéas *b*, *c* et *d* du paragraphe 3 de l'article 19 de la première partie¹⁴, consacré aux crimes internationaux liés à des violations des droits de l'homme.

34. L'alinéa *b*, ii, du paragraphe 1 du projet d'article 14 souligne combien il importe de garder ouvertes les voies de la négociation diplomatique. Or, dans la pratique, la rupture des relations diplomatiques est une contre-mesure très efficace, à laquelle bon nombre d'États recourent. Aussi M. Yamada préférerait-il la formule proposée à l'alinéa *a* du projet d'article 12 par le précédent Rapporteur spécial, selon laquelle l'État lésé n'est pas habilité à suspendre l'exécution des obligations de l'État de résidence en ce qui concerne les immunités à accorder aux missions diplomatiques et consulaires et à leur personnel.

35. M. Yamada reconnaît que, comme le précise l'alinéa *b*, iv, du paragraphe 1, les contre-mesures qui portent atteinte aux droits d'un État tiers ne sont pas justifiées. Ce principe a été invoqué dans la décision rendue par le tribunal d'arbitrage germano-portugais dans l'affaire du « *Cysne* »¹⁵. Le tribunal a toutefois admis que des représailles contre un État auteur pouvaient porter atteinte aux ressortissants d'États innocents. Selon M. Yamada, une contre-mesure ne devrait pas être jugée illicite du seul fait qu'elle a des conséquences involontaires ou des retombées inattendues. Dans un monde d'interdépendance, ce phénomène ne relève plus du domaine théorique, mais de la réalité quotidienne. Il faut, à n'en pas douter, traiter des dommages causés à un tiers, et le mieux serait d'en attribuer la responsabilité au fautif initial.

36. M. Yamada juge inacceptable le paragraphe 2 du projet d'article 14, qui assimile la contrainte politique et économique à l'emploi de la force et qui ne peut que susciter des controverses quant à l'interprétation du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. S'il approuve l'interdiction des contre-mesures qui menacent l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un État, il pense, en revanche, qu'il faudrait éliminer toute référence à la contrainte politique et économique.

37. M. Yamada se félicite des renseignements donnés par le Rapporteur spécial dans son analyse du problème

de la pluralité d'États également ou inégalement lésés. Toutefois, le projet d'article 5 *bis* semble énoncer un principe évident, et M. Yamada se demande si un article distinct sur cette question s'impose. En examinant les articles de la deuxième partie du projet, la Commission devra traiter une autre question découlant du problème de la pluralité d'États lésés : les rapports entre les États lésés et les États auteurs, et l'attribution de la responsabilité à ces derniers.

Expression de sympathie au Gouvernement et au peuple algériens à l'occasion de l'assassinat de M. Mohammed Boudiaf, président de la République algérienne démocratique et populaire

38. M. THIAM dit que l'Algérie vient de subir une épreuve terrible, qui est la conséquence du fanatisme et de l'intolérance aveugle. Aussi voudrait-il inviter la Commission à manifester sa solidarité avec un pays pour lequel il éprouve la plus haute estime. Les événements survenus en Algérie ne peuvent que contribuer à mettre en évidence l'intérêt que présentent, tant pour la Commission que pour la communauté internationale dans son ensemble, certains sujets sur lesquels les membres de la Commission travaillent depuis un certain temps.

39. M. Thiam tient à exprimer directement à M. Mahiou la profonde sympathie des membres de la Commission. Un pays capable de produire des hommes de la valeur de M. Mahiou ne peut qu'aspirer à un avenir meilleur.

40. M. PELLET, prenant la parole au nom des membres de la Commission originaires de pays du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États, dit qu'il tient à exprimer sa plus profonde sympathie au peuple algérien et à M. Mahiou à l'occasion de l'assassinat du président Boudiaf. Cet assassinat, c'est aussi l'assassinat de l'espoir d'un peuple, menacé par l'intolérance et les haines. Dans pareille épreuve, le soutien d'une communauté de juristes comme la CDI n'est pas de pure forme. Assassiner un chef d'État, c'est aussi assassiner l'État de droit.

41. M. Sreenivasa RAO dit qu'il joint sa voix à celle des membres qui l'ont précédé pour exprimer sa sincère sympathie au peuple algérien à l'occasion de l'assassinat de son grand chef.

42. M. ARANGIO-RUIZ dit qu'il tient, lui aussi, à exprimer sa sympathie à l'Algérie et au peuple algérien.

43. M. MIKULKA, prenant la parole au nom des membres de la Commission originaires des pays de l'Europe de l'Est, partage les sentiments des membres de la Commission qui ont fait part de leur sympathie à M. Mahiou.

44. M. VARGAS CARREÑO, prenant la parole au nom des membres de la Commission originaires des pays d'Amérique latine, exprime ses sincères condoléances au Gouvernement et au peuple algériens. L'événement tragique qui s'est produit en Algérie ne fait que confirmer la foi de la communauté des juristes dans la primauté du droit et leur rejet de toute forme de violence.

¹⁴ Voir 2261^e séance, note 8.

¹⁵ Voir *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1929-1930*, Londres, vol. 5, 1935, p. 490, affaire n° 287.

45. M. KUSUMA-ATMADJA dit qu'il tient à s'associer aux autres membres de la Commission qui ont fait part de leur sympathie à l'Algérie.

46. Le PRÉSIDENT dit que les membres de la Commission sont profondément choqués et émus par l'assassinat de M. Boudiaf. La violence ne saurait contribuer à promouvoir la cause de la justice, et, en tant que juristes, les membres de la Commission ne peuvent que déplorer de tels actes et partager le deuil du peuple algérien.

47. M. MAHIOU dit que les expressions de sympathie très touchantes des membres de la Commission et la minute de silence — que la Commission, croit-il comprendre, souhaite observer — constituent un hommage particulier, parce qu'elles émanent d'un organe dont l'une des missions est de contribuer à combattre le crime et particulièrement le terrorisme, qui menace les fondements mêmes de la communauté internationale. Il remercie les membres de la Commission pour la compassion et la douleur qu'ils ont exprimées devant l'ignoble attentat qui a coûté la vie au président Boudiaf, l'un des pères de la révolution algérienne, homme d'une grande stature, réputé pour son intégrité morale, sa modestie et sa discrétion. Les auteurs de ce crime ont voulu, à travers un homme, assassiner un espoir, symbolisé par le refus de tous les fanatismes et de toutes les déviations qui menacent une démocratie naissante. M. Mahiou est convaincu que le peuple algérien saura trouver, comme il l'a fait dans le passé, les ressources nécessaires pour faire face à cette épreuve avec dignité et relever le défi de la violence terroriste.

Les membres de la Commission observent une minute de silence en hommage à la mémoire du président Mohammed Boudiaf.

La séance est levée à 11 h 25.

2280^e SÉANCE

Jeudi 2 juillet 1992, à 10 h 5

Président : M. Christian TOMUSCHAT

Présents : M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Arangio-Ruiz, M. Bennouna, M. Bowett, M. Calero Rodrigues, M. Crawford, M. de Saram, M. Fomba, M. Güney, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Mahiou, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Rosenstock, M. Shi, M. Szekely, M. Thiam, M. Vargas Carreño, M. Vereshchetin, M. Villagran Kramer, M. Yamada, M. Yankov.

Responsabilité des États (suite) [A/CN.4/440 et Add.1¹, A/CN.4/444 et Add.1 à 3², A/CN.4/L.469, sect. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 et Corr.1 et Add.1 à 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 et 4]

[Point 2 de l'ordre du jour]

TROISIÈME ET QUATRIÈME RAPPORTS
DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

ARTICLE 5 *bis* et

ARTICLES 11 à 14³ (suite)

1. M. MIKULKA dit que, étant donné le caractère rudimentaire du mécanisme centralisé de mise en œuvre du droit international, les moyens individuels de contrainte ou de coercition que sont les contre-mesures sont un élément indispensable de ce droit. La question est certes hautement complexe et délicate, mais la Commission se doit de s'acquitter de sa responsabilité en la matière. En élaborant les projets d'articles sur les contre-mesures, elle doit éviter de figer l'état actuel — largement insatisfaisant — du droit relatif au recours aux contre-mesures dans les relations internationales et, au contraire, identifier tous les éléments progressifs qui se dégagent de la pratique récente pour les compléter, en vue de parvenir à des règles claires et précises qui renforceraient les garanties contre les abus. En procédant ainsi, la Commission pourrait rendre un grand service à la communauté internationale.

2. Le projet d'article 11 énonce la règle principale en la matière, à savoir qu'un État lésé a le droit de recourir à des contre-mesures, en précisant néanmoins sans équivoque que le recours à des contre-mesures n'est pas une conséquence directe et automatique de la commission d'un fait internationalement illicite, mais qu'il n'est ouvert qu'après que les demandes adressées à l'État auteur par l'État lésé en vue d'obtenir la cessation du fait illicite ou la réparation sont restées sans réponse satisfaisante. Le but de l'article est donc de réduire les possibilités de recours prématuré — donc abusif — à des contre-mesures, et M. Mikulka ne peut que souscrire à cette approche.

3. Il a été proposé à plusieurs reprises au cours du débat de souligner davantage le caractère temporaire ou réversible des contre-mesures en remplaçant, à l'article 11, les mots « ne pas s'acquitter » par « suspendre l'exécution ». Il ne fait pas de doute que les contre-mesures doivent avoir un caractère temporaire et prendre fin dès que l'État auteur d'un fait illicite indique qu'il assume les obligations découlant de sa responsabilité pour ce fait, et il n'y a, sur ce point, aucune divergence de vues au sein de la Commission. M. Mikulka estime toutefois que l'introduction de la notion de « suspension » limiterait trop la latitude laissée à l'État lésé, en donnant à penser que seules les obligations de caractère continu — par opposition à des obligations visant l'obtention de ré-

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie).

² Reproduit dans *Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie).

³ Pour le texte des projets d'articles proposés 11 et 12, voir 2273^e séance, par. 18; pour celui des projets d'articles 5 *bis*, 13 et 14, voir 2275^e séance, par. 1.