

Document:-
A/CN.4/SR.2280

Compte rendu analytique de la 2280e séance

sujet:
Responsabilité des Etats

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>)*

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.

sultats concrets — rentreraient dans le champ des contre-mesures. M. Mikulka ne saurait souscrire à une telle conclusion et il estime que le problème mérite d'être examiné de manière plus approfondie.

4. Par ailleurs, l'ordre dans lequel les dispositions relatives aux conditions du recours à des contre-mesures (art. 12), à la proportionnalité (art. 13) et aux contre-mesures interdites (art. 14) se succèdent gagnerait peut-être à être modifié. Après l'article 11, qui énonce la règle générale selon laquelle un État lésé est en droit, à titre de contre-mesure, de ne pas s'acquitter d'une ou de plusieurs de ses obligations à l'égard de l'État auteur du fait illicite, il faudrait, selon M. Mikulka, indiquer immédiatement que l'inexécution, à titre de contre-mesure, de certaines catégories d'obligations internationales est rigoureusement interdite. En d'autres termes, les exceptions à la règle générale, c'est-à-dire les catégories d'obligations ne pouvant faire l'objet de contre-mesures, actuellement énumérées à l'article 14, devraient l'être immédiatement après l'article 11, voire dans un nouveau paragraphe 2 de cet article. Une telle approche aurait notamment le mérite de tenir compte des préoccupations des membres de la Commission qui souhaitent voir celle-ci élaborer en premier lieu des règles établissant des garanties contre les abus possibles du recours aux contre-mesures. Si elle souhaitait aller dans cette direction, la Commission pourrait d'ailleurs adopter une solution encore plus radicale, qui consisterait à énumérer les catégories de contre-mesures interdites dans un nouveau paragraphe 2 de l'article 30 de la première partie du projet⁴, lequel exclut l'illicéité dans le cas des contre-mesures. Pour ce faire, il faudrait bien entendu attendre la deuxième lecture de la première partie du projet d'articles. Cette approche est en effet celle qui a été adoptée pour élaborer les autres articles du chapitre V de la première partie du projet, relatifs aux autres circonstances excluant l'illicéité, à savoir le consentement (art. 29⁵) et l'état de nécessité (art. 33⁶) : dans ces articles, la règle principale est toujours accompagnée de ses exceptions.

5. Pour ce qui est du projet d'article 14, M. Mikulka souscrit, quant au fond, à l'idée exprimée à l'alinéa *b*, iii, du paragraphe 1, à savoir qu'un État lésé ne doit pas recourir, à titre de contre-mesure, à un comportement contraire à une norme impérative du droit international général. Relèvent sans aucun doute du *jus cogens* l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force en violation des dispositions du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, visée à l'alinéa *a* du paragraphe 1, ainsi qu'une partie au moins des règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme fondamentaux, visées à l'alinéa *b*, i, du paragraphe 1. Toutefois, la manière dont l'interdiction de l'emploi de la force et de la violation des règles relatives aux droits de l'homme et des normes impératives du droit international général est exprimée à l'article 14 pourrait donner lieu à des interprétations *a contrario* inadmissibles. De ce point de vue, le paragraphe 1 de l'article 14 doit être remanié.

6. Pour ce qui est de l'alinéa *b*, ii, du paragraphe 1, interdisant tout comportement non conforme aux règles du droit diplomatique, ce qui est visé c'est une catégorie de normes qui ne peuvent être placées au même niveau que les normes impératives ou celles relatives à la protection des droits de l'homme fondamentaux précédemment évoquées : il serait en effet difficile d'admettre que, en l'espèce, l'interdiction des contre-mesures soit également absolue. M. Mikulka partage à cet égard l'opinion des membres de la Commission qui estiment que l'interdiction du recours à des contre-mesures de réciprocité, dans le cadre du droit diplomatique, n'est pas justifiée. Dans ce domaine, le recours à des contre-mesures n'est pas interdit, même s'il est considérablement limité.

7. Quant à l'alinéa *b*, iv, du paragraphe 1, il représente une garantie utile contre le recours extensif à des contre-mesures.

8. S'agissant du paragraphe 2 de l'article 14, M. Mikulka en approuve la teneur, mais il se demande s'il ajoute quelque chose aux dispositions de l'alinéa *a* du paragraphe 1, et donc s'il est nécessaire.

9. Pour ce qui est du projet d'article 12, M. Mikulka partage, en ce qui concerne l'alinéa *a* du paragraphe 1, l'avis de plusieurs membres de la Commission, qui craignent qu'une obligation rédigée en termes aussi généraux ne place l'État lésé dans une position de désavantage. Les observations de M. Bowett (2277^e séance) ont à cet égard été très convaincantes.

10. Le paragraphe 3 de l'article 12 pose certaines difficultés, déjà évoquées par M. Calero Rodrigues (2278^e séance). Cette disposition, dont l'objet est d'exclure le recours à des contre-mesures non conformes à l'obligation de régler les différends de telle manière que la paix et la sécurité internationales, ainsi que la justice, ne soient pas mises en danger, devrait avoir une vocation plus générale que celle qui lui est assignée dans le cadre de l'article 12, qui en limite la portée aux exceptions énoncées au paragraphe 2.

11. En ce qui concerne le projet d'article 13 (Proportionnalité), M. Mikulka appuie la proposition tendant à remplacer le critère de la gravité du fait illicite et de ses effets par un autre critère, qui tiendrait compte du but poursuivi par les contre-mesures, à savoir la cessation du fait illicite et la réparation. Cela dit, on ne saurait mettre en doute la validité des arguments avancés par M. Al-Khasawneh (2278^e séance) sur le caractère hautement subjectif de toute évaluation de la proportionnalité, quel que soit le critère choisi.

12. Enfin, pour ce qui est du projet d'article 5 *bis*, M. Mikulka note que le commentaire qui l'accompagne fait constamment référence à la notion d'obligation *erga omnes*, créant ainsi l'impression que la question de la pluralité des États lésés est assimilable à celle des obligations *erga omnes*, ce qui n'est pas le cas. Les obligations *erga omnes*, comme l'a fait observer M. Bennouna, relèvent du *jus cogens* et concernent, par conséquent, les crimes internationaux, question que la Commission n'a pas encore commencé à examiner. En fait, le problème de la pluralité d'États lésés ne se pose pas que pour les obligations *erga omnes* : il se pose pour n'importe quel régime d'obligations multilatérales. C'est à ce titre que

⁴ Pour le texte, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 32.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

la question se pose également dans le contexte des délits internationaux.

13. M. MAHIOU dit qu'avant de passer aux aspects substantiels des projets d'articles proposés il souhaite faire quelques observations sur les concepts et notions à propos desquels le Rapporteur spécial s'est efforcé d'apporter des clarifications et de faire certaines mises au point dans son troisième rapport (A/CN.4/440 et Add.1) avant de présenter le projet d'article 11.

14. D'une manière générale, la Commission doit s'abstenir d'employer certains concepts et refuser de leur donner droit de cité parce qu'ils ne correspondent pas au droit international et peuvent même en pervertir l'esprit. M. Mahiou pense en particulier à la notion de « légitime défense préventive », invoquée pour tenter de justifier de façon plus ou moins pernicieuse le recours à la force, qui n'est qu'une perversion de la notion de légitime défense. On peut se souvenir à cet égard des paroles de Clemenceau, selon lesquelles une nation qui veut faire la guerre est toujours en état de légitime défense. La Commission doit donc veiller, comme l'y engage le Rapporteur spécial, à ne cautionner aucune interprétation extensive ou abusive de certaines notions découlant de la Charte des Nations Unies ou d'autres règles, qui soit susceptible de miner les fondements mêmes du droit international.

15. On a par ailleurs déclaré que les mesures de rétorsion ne relevaient pas des contre-mesures puisque, par hypothèse, elles n'étaient pas contraires au droit international. Certes, mais on peut aussi se demander s'il ne faut pas faire une distinction selon que ces mesures sont prises en réponse à un acte simplement inamical ou en réponse à un fait illicite. Dans ce dernier cas, en tant que conséquence d'un fait illicite, elles relèvent du sujet à l'examen, et peut-être ne serait-il pas inutile de rappeler, sinon dans le projet d'article concernant le principe de proportionnalité, du moins dans le commentaire s'y rapportant, que les mesures de rétorsion prises dans ces conditions sont soumises à ce principe comme toutes les autres contre-mesures.

16. Quant à savoir s'il faut parler de « représailles » ou de « contre-mesures », M. Mahiou comprend qu'on puisse hésiter, surtout à la lumière des positions exprimées au sein de la Commission, qui, derrière la question de terminologie, laissent entrevoir un problème de fond, voire de conception du droit international. Deux raisons essentielles semblent notamment militer contre l'emploi du terme « représailles ». La première est le risque de confusion par contagion entre représailles armées et représailles non armées; M. Mahiou renvoie à cet égard aux exemples tirés de l'histoire, cités par le Rapporteur spécial. Il faut distinguer nettement les réactions non armées du recours à la force, et ne parler de contre-mesures que lorsque la force n'est pas employée, pour bien montrer qu'il s'agit de deux domaines fondamentalement différents. La seconde raison de rejeter le terme « représailles » est que, derrière celui-ci, transparait l'idée de punition d'un État par un autre ou d'une hiérarchie entre États coupables et États habilités à châtier ces derniers pour les actes répréhensibles qu'ils auraient commis. Or une telle idée non seulement n'est pas fondée en droit international, mais est dangereuse en ce qu'elle pourrait être invoquée par un État souhaitant

jouer le rôle de gendarme international. D'un autre côté, on peut se demander si parler de « contre-mesures » ne revient pas à présenter sous un jour rassurant quelque chose qui ne l'est pas, en oubliant qu'en dernière analyse les contre-mesures menacent le droit et l'ordre international tout autant que les représailles. Ne vaudrait-il pas mieux alors parler de représailles en raison des risques et menaces inhérents à toutes les contre-mesures, pour que celles-ci gardent le caractère suspect qui est leur trait fondamental ? M. Mahiou dit qu'après avoir hésité il s'est finalement rallié à l'expression « contre-mesures », d'ailleurs déjà consacrée dans le titre de l'article 30 de la première partie du projet et dans le projet d'article 11 présenté par le Rapporteur spécial; il l'a fait par optimisme et peut-être avec l'espoir qu'en habillant le loup d'une peau d'agneau on le rendra plus docile et plus facile à maîtriser.

17. S'agissant du projet d'article 12, M. Mahiou approuve les dispositions du paragraphe 1, qui interdit à un État lésé de recourir à des contre-mesures avant d'avoir épuisé toutes les procédures de règlement amiable disponibles et d'avoir communiqué son intention de le faire. Il s'agit-là de deux conditions minimales; la première, en particulier, est tout à fait fondamentale et mérite de retenir l'attention de la Commission. C'est en effet l'occasion de mettre l'accent sur le recours aux mécanismes de règlement pacifique des différends et de réaliser un progrès dans ce domaine, et, à cet égard, M. Mahiou souscrit entièrement aux arguments présentés par le Rapporteur spécial, au chapitre V de son troisième rapport. Pour que les contre-mesures ne soient pas le point de départ d'une escalade et de réactions en chaîne entre États lésés et États auteurs, il est nécessaire, d'une part, d'éliminer ou de réduire au minimum le caractère subjectif de l'appréciation de l'existence et de la gravité d'un fait illicite et, d'autre part, de renforcer la crédibilité des procédures de règlement des différends, notamment celles de nature juridictionnelle.

18. Il n'en demeure pas moins que la relation entre contre-mesures et procédures de règlement pacifique des différends est complexe, et que l'on doit non seulement se demander si des contre-mesures sont possibles alors même qu'une procédure de règlement est en cours, mais aussi poser le problème en termes de complémentarité et de subsidiarité. En effet, pour M. Mahiou, le recours à des contre-mesures peut se justifier lorsqu'il contribue à améliorer le fonctionnement des procédures de règlement pacifique, par exemple en exerçant une pression sur l'État auteur pour l'amener à accepter ou à faciliter une telle procédure; les contre-mesures apparaissent alors comme complémentaires de la procédure de règlement. Les contre-mesures peuvent aussi se justifier en cas d'absence ou d'échec du recours aux procédures de règlement pacifique, et c'est alors que l'on peut parler de subsidiarité. Le paragraphe 2 de l'article 12 tient compte de cette relation lorsqu'il tente de réglementer les contre-mesures et d'amener les États lésés à respecter certaines conditions, sans pour autant favoriser ni encourager les États auteurs. Comme l'ont souligné certains membres, l'élément temporel ne doit pas être négligé dans cette situation, et il s'agit d'éviter que l'écoulement du temps ne pénalise l'État lésé au profit de l'État auteur.

19. En ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article 12, il est rédigé de manière assez obscure. M. Mahiou croit comprendre que l'intention du Rapporteur spécial est d'énoncer une « exception à l'exception », mais l'emploi, du moins dans le texte français, de trois négations dans une seule phrase rend la disposition difficile à comprendre. Le Comité de rédaction devrait néanmoins pouvoir remédier à cette difficulté. Quant au principe de proportionnalité, qui fait l'objet de l'article 13, il est sans doute le moins controversé; il reste seulement à déterminer comment l'énoncer et, surtout, comment caractériser la proportionnalité. S'agissant de l'énoncé, le Rapporteur spécial s'est interrogé sur les formulations possibles, négative ou positive, en se référant notamment à la sentence rendue dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*⁷ et à la proposition de l'Institut de droit international⁸. Pour sa part, M. Mahiou préfère la formulation positive parce qu'elle lui semble limiter plus la marge d'appréciation subjective que la formulation négative.

20. Pour ce qui est de la proportionnalité, elle doit caractériser toutes les réactions de l'État lésé, y compris les mesures de réciprocité et les mesures de rétorsion. C'est à ce propos que se manifeste de la façon la plus patente, derrière l'égalité abstraite et la symétrie formelle, l'inégalité de fait entre les États puissants et ceux qui le sont moins. L'interprétation du principe de proportionnalité doit être la même quelle que soit la réaction et, sur ce point, M. Mahiou ne partage pas l'avis du Rapporteur spécial qui, dans son troisième rapport, parle — certes avec beaucoup de prudence — « d'une application plus nuancée » s'agissant des mesures de réciprocité. La proportionnalité doit en effet s'appliquer de la façon la plus rigoureuse possible, pour éviter tout déséquilibre entre les contre-mesures et le fait illicite qui les a motivées. Une mesure de réciprocité prise par un État côtier à l'encontre d'un État enclavé, par exemple, peut avoir pour ce dernier des conséquences vraiment catastrophiques. Dans de telles situations, la proportionnalité revêt une importance fondamentale en empêchant que des États puissants n'abusent de leur position au préjudice d'États plus faibles en leur faisant supporter des conséquences excessives pour un fait illicite, quelle que soit la gravité de celui-ci.

21. S'agissant des paramètres permettant de définir la proportionnalité, le projet d'article 13 retient la gravité du fait illicite et de ses effets. Le problème, à cet égard, est d'éviter l'application de la loi du talion. La tâche n'est pas aisée, surtout si l'évaluation de la gravité du fait illicite et de ses effets est laissée à l'appréciation de l'État lésé. C'est peut-être sur ce point que la Commission devrait s'efforcer de promouvoir le recours aux procédures de règlement pacifique des différends, car il n'y a pas d'autre moyen de limiter la marge discrétionnaire laissée à l'État lésé et les possibilités d'abus que de faire intervenir une tierce partie dans l'appréciation de la gravité du fait illicite, le problème étant de savoir comment permettre l'intervention de cette tierce partie.

22. M. Mahiou note par ailleurs que le Rapporteur spécial semble considérer que le critère du but n'a pas sa place parmi les paramètres de la proportionnalité. La méfiance du Rapporteur spécial est, certes, en partie justifiée s'agissant du but en général, mais l'on peut se demander si certains buts — par exemple obtenir la cessation du fait illicite ou le recours à une procédure de règlement pacifique — ne devraient pas intervenir dans l'appréciation de la proportionnalité des contre-mesures. En prenant ces buts précis en considération, on contribuerait à écarter l'application de la loi du talion, que risque d'entraîner l'appréciation de la gravité de l'acte illicite ou de ses effets.

23. En ce qui concerne le projet d'article 14 (Contre-mesures interdites), l'alinéa *a* du paragraphe 1 mérite, du fait de son importance, une attention particulière. Pour M. Mahiou, en effet, le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies interdit tout recours à la force en dehors des cas de légitime défense, celle-ci étant entendue — il le répète parce que cela est capital — au sens le plus strict, la notion de légitime défense préventive et les autres notions invoquées pour justifier les actes interdits par la Charte et le droit international général étant notamment exclues. M. Mahiou ne peut qu'exprimer son opposition devant certains raisonnements, d'ailleurs évoqués par le Rapporteur spécial, qui, au nom de la logique et du réalisme, excipent du comportement d'un petit nombre d'États qui recourent à la force pour soutenir que le paragraphe 2 de l'Article 4 de la Charte permettrait le recours à la force et qu'il faut donc éviter de le condamner de manière absolue. Par ce même raisonnement, appliqué à d'autres domaines, on en arriverait à dire que ces pratiques sont légitimes parce qu'un certain nombre d'États — encore plus nombreux que ceux qui ont recours à la force armée — se livrent à des pratiques condamnées par de nombreuses conventions, par exemple à la torture. Pour M. Mahiou, s'il est un domaine où la Commission doit absolument refuser de cautionner certaines interprétations pernicieuses du droit, c'est bien celui du recours à la force, qui doit être interdit de manière absolue.

24. Le paragraphe 2 de l'article 14 soulève le vaste problème des mesures de contrainte politique ou économique et de leur interdiction, lorsqu'elles portent atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique d'un État. Bien entendu, des mesures de cette nature peuvent avoir des conséquences aussi graves, voire plus graves, que le recours à la force armée, mais il reste à mieux les qualifier pour restreindre la portée de l'interdiction. Dans le texte proposé par le Rapporteur spécial, celle-ci est conditionnée par le caractère « extrême » des mesures de contrainte, mais, outre l'imprécision du qualificatif employé, ce n'est pas tant la nature intrinsèque des mesures qui doit retenir l'attention que leur but, à savoir l'atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique d'un État. L'atteinte à l'intégrité territoriale est relativement aisée à reconnaître ou à établir, mais il n'en va pas de même de l'atteinte à l'indépendance politique, qui pourrait, à la limite, être jugée inhérente à toute contre-mesure. La notion d'indépendance politique appelle donc une nouvelle réflexion qui permettrait de définir un seuil de gravité à partir duquel il y aurait interdiction, en identifiant les caractéristiques

⁷ Voir 2267^e séance, note 8.

⁸ *Ibid.*, note 10.

et dimensions à sauvegarder, en ce qui concerne notamment les aspects essentiels de la souveraineté de l'État.

25. M. Mahiou note que, au chapitre VII de son quatrième rapport (A/CN.4/444/Add.2), le Rapporteur spécial revient longuement sur la question des régimes « se suffisant à eux-mêmes » et sur le rapport entre celle-ci et l'article 2 de la deuxième partie du projet⁹. M. Mahiou ne pense pas qu'il faille déjà rouvrir le débat sur cet article. D'une part, l'interprétation rigide qui en est donnée dans le quatrième rapport n'est pas la seule possible, les règles que la Commission est en train d'établir pouvant aussi avoir un caractère supplétif par rapport aux régimes « se suffisant à eux-mêmes ». D'autre part, la Commission devra peut-être reprendre le débat sur l'article 2 de la deuxième partie du projet lorsqu'elle discutera des rapports entre la convention en cours de codification et les autres accords internationaux qui régissent la responsabilité dans tel ou tel domaine particulier. Les régimes conventionnels peuvent entrer dans le champ du projet de la Commission en cas d'acte illicite : aussi faut-il savoir s'il y a lieu de prévoir une disposition précisant les relations entre la convention en cours d'élaboration et les conventions existantes ou bien s'il faut s'en remettre aux règles de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Le Rapporteur spécial a bien cerné et clarifié le problème, auquel il est peut-être trop tôt pour trouver une solution.

26. M. Mahiou relève que, en proposant un projet d'article 5 *bis*, le Rapporteur spécial conteste la démarche adoptée par son prédécesseur, qui a débouché sur l'article 5¹⁰, adopté en première lecture. Après une argumentation rigoureuse, solide et assez efficace, le Rapporteur spécial conclut que la distinction entre États directement lésés et États non directement lésés est inacceptable, parce que inappropriée et, surtout, juridiquement non fondée. Il y a lieu de noter, à ce propos, qu'en élaborant et adoptant l'article 5 la Commission ne semble pas avoir fait sienne cette distinction, qui est restée essentiellement celle du précédent Rapporteur spécial. À ce problème de la pluralité d'États également ou inégalement lésés, le Rapporteur spécial propose une solution que M. Mahiou est enclin à juger à maints égards plus cohérente et plus satisfaisante, et qui consiste à se fonder non pas sur le caractère direct ou indirect de la lésion, mais sur la nature et le degré du préjudice subi. Cette solution présente tout d'abord l'avantage de replacer le problème sur le terrain plus clair et plus connu du préjudice, notion qui guide toute la deuxième partie. Elle est en outre exempte des aléas et incertitudes qui affectent les notions d'États directement ou indirectement lésés. Enfin, elle évite une éventuelle confusion entre États directement ou indirectement lésés et dommages directs ou indirects. Il reste évidemment à savoir si elle permettra de définir clairement la position des différents États au profit desquels existent des obligations violées, quelles conséquences substantielles ou instrumentales vont en découler pour chaque État et quelles contre-mesures peuvent être prises selon la nature et le degré du préjudice subi. Le Rapporteur spécial a déjà éclairci certaines de

ces questions, mais d'autres demeurent dans l'ombre. De toute façon, sa démarche permet une interprétation plus cohérente de l'article 5, dont la structure et le contenu ne sont pas remis en cause. Devrait-elle nécessairement se concrétiser par l'adjonction d'un article 5 *bis*, tel qu'il est proposé par le Rapporteur spécial ? Tout bien considéré, si un problème mérite d'être soulevé et éclairci, une disposition allant dans ce sens peut se justifier. De toute manière, l'ensemble des projets d'articles proposés peut être renvoyé au Comité de rédaction.

27. M. RAZAFINDRALAMBO dit partager, pour l'essentiel, les grandes options des troisième et quatrième rapports du Rapporteur spécial, qui ne s'écartent pas substantiellement de celles exposées par le précédent Rapporteur spécial et déjà examinées par la Commission à sa trente-septième session. Ses observations et remarques ne porteront donc que sur un certain nombre de problèmes soulevés par le Rapporteur spécial et sur des points précis des projets d'articles que celui-ci présente.

28. La question de l'opportunité de traiter des mesures prises par l'État lésé en réponse à un fait internationalement illicite n'est pas gratuite, si l'on considère que la réalité peut être mise en doute et si l'on garde à l'esprit que, dans un passé non lointain, des États puissants, se prétendant lésés par un fait imputé à des États faibles, exerçaient à l'encontre de ces derniers des représailles qui prenaient la forme d'expéditions militaires punitives, dont la finalité était de s'attribuer des avantages exorbitants. Sur ces pratiques, contraires à la justice sinon au droit international et qui ont marqué l'histoire récente des anciens pays coloniaux, les rapports à l'examen semblent jeter un voile pudique, comme pour ne pas réveiller de vieux démons. Mais ces pratiques ont-elles réellement disparu ou empruntent-elles simplement de nouvelles formes ? La Commission peut d'autant moins occulter ce phénomène qu'elle a consacré une disposition spécifique — l'article 30 — à l'application légitime de contre-mesures en réaction à un fait internationalement illicite. Il serait en outre étrange qu'après avoir examiné les formes de réaction de l'État lésé, que le Rapporteur spécial appelle conséquences substantielles, la Commission s'abstienne de passer aux autres formes, celles qui ont trait à la suspension de l'exécution des obligations de l'État lésé, c'est-à-dire les conséquences instrumentales. Étant donné les connotations sinistres du terme « représailles », le Rapporteur spécial, approuvé en cela par la quasi-totalité des orateurs précédents, a préféré s'en tenir à celui de contre-mesures, qui a déjà été employé par la Commission et qui se retrouve tant dans la jurisprudence arbitrale (sentence arbitrale de 1978 dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*) que dans celle de la CIJ elle-même [affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*¹¹].

29. Le régime de contre-mesures esquissé dans les troisième et quatrième rapports du Rapporteur spécial s'articule autour de trois idées maîtresses : nécessité de l'existence d'un fait internationalement illicite, qui serait en quelque sorte la condition d'existence des contre-mesures; exigence d'une demande préalable de répara-

⁹ Pour le texte, voir *Annuaire... 1989*, vol. II (2^e partie), p. 89.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Voir 2267^e séance, note 6.

tion et de l'épuisement des procédures de règlement amiable; et, enfin, limitations de fond au recours aux contre-mesures. M. Razafindralambo souscrit entièrement à ce schéma général, mais le débat auquel il a donné lieu lui inspire quelques remarques. La première a trait à la tentation que pourrait avoir un État de recourir à des contre-mesures sans avoir personnellement subi un préjudice : c'est le « syndrome » du gendarme de tout ou partie de la planète. En réalité, le système conçu par le Rapporteur spécial établit un lien nécessaire entre la contre-mesure et la demande de restitution en nature (art. 7¹²) et de réparation par équivalent (art. 8¹³), demande qui est préalable et a pour objet la réparation d'un dommage subi. Un autre problème, connexe au précédent, a trait à la nécessité de conférer aux contre-mesures une fonction strictement compensatoire et réparatoire, eu égard aux conséquences déjà évoquées des représailles afflictives.

30. Le Rapporteur spécial conteste la validité de la notion de régimes « se suffisant à eux-mêmes » et s'interroge du même coup sur la portée de l'article 2 que la Commission a déjà adopté à titre provisoire en 1986. De l'avis de M. Razafindralambo, le maintien en l'état de cet article, pour le moment, ne saurait avoir aucune incidence sur l'étude des dispositions relatives aux conséquences juridiques régies par la deuxième partie du projet, si bien que la meilleure solution serait peut-être de revenir sur le problème lorsque les États auront formulé leurs observations sur l'ensemble du projet, une fois celui-ci adopté en première lecture. En ce qui concerne la question de la pluralité d'États également ou inégalement lésés, la conclusion à laquelle parvient le Rapporteur spécial paraît fondée, mais, puisqu'elle n'apporte aucun changement fondamental à la règle générale, il semble inutile de la concrétiser par l'adjonction d'un article 5 bis.

31. Passant aux remarques que lui inspirent plus précisément les projets d'articles proposés, M. Razafindralambo relève que le projet d'article 11, qui n'est que le prolongement de l'article 30 de la première partie et est conditionné par l'échec des demandes au titre des articles 6 à 10, vise toutes les formes de contre-mesures, spécialement les représailles et la réciprocité, ce qui explique l'abandon de la condition de correspondance entre les obligations violées par l'État auteur et les obligations non exécutées par l'État lésé. Il n'en demeure pas moins que la formule « ne pas s'acquitter » semble indiquer que l'État lésé n'a pas d'autre choix que de mettre définitivement fin à ses propres obligations. La notion de « suspension de l'exécution » paraît plus compatible avec le caractère provisoire des mesures prévues au paragraphe 2 de l'article 12, plus particulièrement lorsqu'un organe international est appelé à statuer dans le cadre d'une procédure de règlement par une tierce partie. Bien sûr, il y a des cas où les obligations ne peuvent matériellement être suspendues, mais le Comité de rédaction pourra sans doute trouver une formule qui combine la suspension et la révocation.

¹² Pour le texte proposé par le Rapporteur spécial, voir *Annuaire... 1989*, vol. II (2^e partie), par. 230, p. 80.

¹³ Pour le texte proposé par le Rapporteur spécial, voir *Annuaire... 1990*, vol. II (2^e partie), par. 344, note 271.

32. En ce qui concerne le projet d'article 12, la condition de l'épuisement de toutes les procédures de règlement amiable risque peut-être de passer pour un vice rédhibitoire du système, mais pourquoi agir avec précipitation ? En vertu de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, les parties à un différend doivent en rechercher la solution par des moyens de règlement, qui sont nombreux. Sur le plan de la rédaction de l'article 12, il faudrait, selon M. Razafindralambo, privilégier les procédures de règlement prévues par un instrument auquel l'État lésé est partie par rapport aux autres procédures mentionnées à l'alinéa a du paragraphe 1. Si le paragraphe 2 ne pose aucun problème, le paragraphe 3, en revanche, ne paraît pas suffisamment clair, et le Rapporteur spécial pourrait peut-être le revoir. S'agissant du projet d'article 13, la forme négative paraît s'imposer pour une règle qui a valeur de prohibition. Par ailleurs, cette règle vise à tempérer les effets du droit prévu à l'article 11 et devrait donc se situer là où le précédent Rapporteur spécial l'avait placée, après l'énoncé de ce droit.

33. M. Razafindralambo souscrit au principe de l'interdiction de certains types de contre-mesures, posé dans le projet d'article 14. Il appuie résolument l'idée du Rapporteur spécial de préciser la portée de l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force, en visant non seulement la force armée, mais aussi toutes mesures extrêmes de contrainte politique ou économique. Toutefois, ainsi compris, la menace ou l'emploi de la force constituent une violation des dispositions du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. De ce fait, le texte remanié de l'article 14, en reléguant une partie de la définition dans un paragraphe 2 distinct, affaiblit la portée de l'interdiction et semble donc moins bon que le texte initial¹⁴. Peut-être le Comité de rédaction trouverait-il la formulation idéale. L'alinéa b, i, fait appel à la notion de droits de l'homme fondamentaux, qui ne figure que dans le Préambule de la Charte, l'Article 1^{er} se référant aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, au paragraphe 2 de son article 4, se réfère aux droits de l'homme auxquels on ne saurait déroger, formule plus éclairante et qui s'apparente à celle utilisée par la Convention de Vienne sur le droit des traités pour définir une norme impérative du droit international général (art. 53). On peut dès lors se demander si les droits de l'homme fondamentaux ne relèvent pas simplement du *ius cogens* et si, par conséquent, le sous-alinéa i de l'alinéa b ne ferait pas double emploi avec le sous-alinéa iii. M. Razafindralambo opte néanmoins pour le maintien d'une interdiction au titre de la protection des droits de l'homme fondamentaux, parce qu'il n'exclut pas que cette notion évolue et que certains droits sociaux et économiques, voire des droits comme le droit à l'environnement, puissent un jour en faire partie.

34. La formulation de l'alinéa b, ii, est préférable à celle de l'alinéa a de l'article 12 proposé par le précédent Rapporteur spécial¹⁵, car l'interdiction en cause vise toutes les formes de diplomatie bilatérale et multilatérale, mais elle paraît moins précise à d'autres égards. En effet, la disposition ne fait aucune distinction entre les

¹⁴ Voir 2277^e séance, note 9.

¹⁵ Voir 2273^e séance, note 10.

privèges et les immunités diplomatiques et ne dit rien des effets de l'interdiction sur le principe de la réciprocité. Quant à l'alinéa b, iii, il ne semble pas indispensable, étant donné que le *jus cogens* revêt par définition une force impérative.

35. Pour M. Razafindralambo, l'alinéa b, iv, du projet d'article 12 soulève en revanche plus de difficultés, en ce sens que, sous des apparences anodines, il a pour ambition de traiter de la violation d'obligations *erga omnes*. Pour le Rapporteur spécial, la solution proposée par son prédécesseur, aux alinéas a et b du paragraphe 1 et au paragraphe 2 du projet d'article 11¹⁶, ne prend en considération que les obligations *erga omnes* prévues par les traités multilatéraux, ignorant celles qui découlent de normes de droit général, coutumier ou non écrit. Cette question a déjà été soulevée à propos de l'article 5 de la deuxième partie du projet¹⁷ où, pour définir l'état lésé, on se réfère justement au droit international coutumier (par. 2, al. e et al. e, ii). Pour combler la lacune relevée à juste titre par le Rapporteur spécial, il suffirait d'insérer, à la fin de la partie liminaire du paragraphe 1 de l'article 11 proposé par le précédent Rapporteur spécial, les mots « ou une règle du droit international coutumier par laquelle ils sont liés ». Le Rapporteur spécial pourrait aider le Comité de rédaction à trouver une formule plus complète et plus acceptable permettant de « dépoussiérer » l'ensemble de l'article 11. Quoi qu'il en soit, M. Razafindralambo est d'accord pour que les articles 11 à 14 soient renvoyés au Comité de rédaction.

36. M. FOMBA rappelle qu'il a déjà formulé ses commentaires sur les chapitres IV   VI du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/444/Add.1) [2278^e séance] : il se bornera donc à commenter brièvement les chapitres VII et VIII (A/CN.4/444/Add.2).

37. En ce qui concerne les régimes « se suffisant à eux-mêmes », M. Fomba relève que le Rapporteur spécial pose la question centrale de savoir si les règles constitutives de ces régimes portent atteinte au droit des  tats parties de recourir aux contre-mesures autorisées par le droit international général. Le Rapporteur spécial tente d'y répondre de manière pragmatique, en se fondant sur l'examen des principaux cas de régimes « se suffisant à eux-mêmes » (ordre juridique de la Communauté européenne, règles relatives à la protection des droits de l'homme, règles relatives aux relations diplomatiques et système instauré par l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce), mais il trouve que ces exemples ne sont pas convaincants. Il en conclut que :

il ne serait pas indiqué, en codifiant le droit de la responsabilité des  tats, d'envisager des dispositions qui assujettissent à des restrictions « spéciales » les mesures consistant en la suspension de l'exécution ou en l'extinction d'obligations nées de traités créant des régimes spéciaux ou des organisations internationales.   notre avis, il suffirait d'interpréter et d'appliquer correctement les règles générales régissant les mesures unilatérales... pour résoudre les problèmes qui pourraient découler des traités portant création d'organisations internationales ou de tout régime « se suffisant à lui-même ».

M. Fomba partage cette conclusion car, en matière juridique, il est partisan de la plus grande « intégration » possible, c'est-à-dire d'une complémentarité entre le sys-

t me juridique global et les sous-systèmes particuliers. En réalité, derrière la notion théorique de régimes « se suffisant à eux-mêmes », il lui semble voir se profiler le vieux débat sur la dialectique entre le « macrocosme » et le « microcosme » juridiques, débat dans lequel la Commission n'a pas à entrer, sauf peut-être pour souligner la cohérence et l'interdépendance entre les deux.

38. Les observations formulées par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport, au sujet de l'article 2 de la deuxième partie du projet, adopté en première lecture, et sa proposition de revenir sur cet article sans attendre son examen en deuxième lecture en raison du lien existant entre son objet et les régimes « se suffisant à eux-mêmes » laissent M. Fomba quelque peu perplexe, mais il considère que, quelle que soit la position qu'adoptera finalement la Commission sur la question des régimes « se suffisant à eux-mêmes », elle devra être en harmonie avec l'esprit et la lettre du projet d'article 2. Il n'a pas de commentaire à formuler concernant le projet d'article 4 qui, selon le Rapporteur spécial, appellerait, lui aussi, une réflexion plus poussée.

39. En ce qui concerne le problème de la pluralité d' tats également ou inégalement lésés, traité au chapitre VIII, M. Fomba a d m ment pris note des raisons pour lesquelles le Rapporteur spécial trouve inacceptable la notion d' tats non directement lésés. Il lui sait gré d'avoir rappelé la genèse de cette notion et les débats qui ont eu lieu à la CDI et à la Sixième Commission en 1984.

40.   propos de la définition de l'état lésé, dans le projet d'article 5, il était effectivement important de souligner que le fait internationalement illicite consiste, le plus généralement, en une atteinte à un droit, cette atteinte constituant — avec ou sans dommage — le préjudice. C'est un autre aspect du principe « pas d'intérêt, pas d'action ».

41. M. Fomba a trouvé très intéressante l'analyse théorique que fait le Rapporteur spécial des cas de figure relatifs à la position des divers  tats quant aux conséquences des obligations *erga omnes*.

42. Dans la section B du chapitre VIII, l'avant-dernière note a appelé l'attention de M. Fomba. Il y est dit que « cette notion d' tats « indirectement » lésés est le fruit d'une méprise... qui procède du fait que la définition d'un fait internationalement illicite, telle qu'elle est posée à l'article 3 de la première partie du projet, n'a pas été convenablement assimilée ». On peut se demander qui est en cause : sont-ce les membres de la CDI ou les représentants à la Sixième Commission ?

43. M. Fomba approuve la conclusion énoncée par le Rapporteur spécial, à savoir que « le seul point de départ raisonnable, pour les conséquences tant substantielles qu'instrumentales d'une violation d'obligations *erga omnes*... est donc la caractérisation de la position de chaque état lésé selon la nature et le degré du préjudice qu'il a subi ».

44. M. Fomba note que, dans la section C du chapitre VIII, relatif au problème de la pluralité d' tats lésés, le Rapporteur spécial précise que « le fait que la violation d'obligations *erga omnes* se traduise par l'existence

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Voir 2266^e séance, note 11.

d'une pluralité d'États lésés, combiné au fait que lesdits États ne sont pas lésés de la même manière ni au même degré, complique assurément la relation de responsabilité ». Ensuite, le Rapporteur spécial analyse fort judicieusement la manière dont les conséquences tant substantielles qu'instrumentales de la violation s'en trouvent altérées. Il souligne notamment que ces problèmes n'ont été envisagés qu'à propos de faits illicites considérés comme des « crimes » en vertu de l'article 19 de la première partie du projet, mais qu'ils peuvent aussi se poser pour les conséquences des faits illicites plus ordinaires que l'on qualifie communément de « délits ».

45. M. Fomba adhère, dans l'ensemble, aux conclusions formulées par le Rapporteur spécial à la fin de la section C du chapitre VIII du rapport, et notamment à celle selon laquelle les problèmes particuliers posés par la violation des obligations *erga omnes* « exigent simplement que les règles générales adoptées ou proposées jusqu'ici soient comprises et appliquées correctement ».

46. Enfin, pour ce qui est du projet d'article 5 *bis*, il semble se justifier aux yeux de M. Fomba pour les raisons suivantes : le concept d'« État lésé », qui n'emporte pas, ipso facto, un traitement égalitaire des États lésés; le recours, pour déterminer le ou les États lésés, à la définition *stricto sensu* du fait internationalement illicite; et l'établissement, sur la seule base de cette définition stricte, des droits ou facultés reconnus à chaque État. Cela dit, la portée de l'article 5 *bis* pourrait bien se déduire d'une lecture intelligente de l'article 5, mais il est peut-être nécessaire de la formuler expressément pour lever toute équivoque. Pour le reste, il s'agit d'une question de rédaction.

47. M. VARGAS CARREÑO considère qu'une occasion historique s'offre à la Commission pour avancer rapidement sur le sujet à l'examen. Le fait que l'affrontement idéologique ait disparu avec la guerre froide, que les relations internationales soient plus propices au consensus et que de nombreux États soient venus renforcer la communauté internationale sont autant de circonstances favorables dont la Commission doit profiter. M. Vargas Carreño croit qu'il faut donner la priorité au sujet de la responsabilité des États dans les cinq années à venir, de manière qu'un projet définitif de convention puisse être adopté pendant la Décennie des Nations Unies pour le droit international.

48. Le problème qu'aborde la Commission à cette session, celui des conséquences instrumentales d'un fait internationalement illicite — ou des contre-mesures —, n'est pas facile. Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, c'est une question qui ne présente pratiquement aucune analogie avec le régime de la responsabilité des États, que reconnaissent les systèmes juridiques nationaux. Le fait que le droit international n'offre pas non plus de cadre institutionnel approprié rend difficile la détermination des éléments qui doivent entrer dans une éventuelle réglementation du comportement des États. Si, d'autre part, la pratique interétatique est abondante, M. Vargas Carreño estime que les éléments de *lex lata* ne sont pas suffisants en eux-mêmes pour fonder un processus de codification. Il faut donc les compléter par un effort de développement progressif, en prenant en considération la réalité internationale contemporaine, les dif-

férents systèmes juridiques et la nécessité de trouver des formules permettant des solutions de consensus.

49. Pour que le recours à une contre-mesure soit légitime, il faut, fondamentalement, qu'il y ait eu un fait internationalement illicite qui viole réellement un droit de l'État qui adopte la contre-mesure. Il ne suffit pas que celui-ci croie de bonne foi qu'un fait illicite a été commis à son détriment. S'il prend des contre-mesures sur la base d'une présomption d'illicéité du comportement de l'autre État, il doit assumer le risque de sa réaction et, en fin de compte, il peut être lui-même responsable sur le plan international s'il s'avère qu'aucun de ses droits n'a, en fait, été violé.

50. La fonction principale des contre-mesures est d'obtenir la cessation du comportement illicite, la réparation du dommage causé ou la garantie que le fait ne se reproduira plus, ou les trois à la fois. Leur fonction punitive est plus douteuse, et M. Vargas Carreño pense, comme le Rapporteur spécial, qu'il serait inapproprié de faire une place à cette fonction dans le projet d'articles. Il faut également souligner que les contre-mesures ne peuvent être adoptées de manière automatique et qu'elles doivent être précédées, en principe, d'un acte quelconque de protestation, de réclamation, de sommation ou de mise en demeure.

51. Abordant plus précisément le projet d'article 12 (Conditions du recours à des contre-mesures), M. Vargas Carreño se déclare tout à fait en faveur de la disposition de l'alinéa *a* du paragraphe 1, selon laquelle l'État lésé doit avoir épuisé 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 auquel il est partie, avant de prendre des contre-mesures. M. Vargas Carreño pense également, comme le précise l'alinéa *a* du paragraphe 2, que cette condition ne s'applique plus si l'État auteur du fait internationalement illicite ne coopère pas de bonne foi au choix et à la mise en œuvre des procédures de règlement pacifique.

52. Mais M. Vargas Carreño a de sérieux doutes quant à la nécessité et à l'opportunité de prévoir une disposition sur les mesures conservatoires, surtout si le projet d'articles doit autoriser expressément le recours à ces mesures avant la mise en œuvre de la procédure de règlement pacifique, ou même, comme il a été proposé, pendant son déroulement. L'alinéa *b* du paragraphe 2 pourrait donner lieu à des difficultés ou même susciter des comportements abusifs de la part d'États qui se prévaudraient de cette autorisation, qui affaiblit la portée de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies. Certes, dans des circonstances particulières, il est peut-être légitime de prendre immédiatement des mesures conservatoires, sans attendre l'engagement d'une procédure de règlement pacifique. Mais la même prudence qui a incité le Rapporteur spécial à ne pas retenir l'aspect punitif des contre-mesures doit le dissuader de prévoir une disposition sur les mesures conservatoires, qui paraît présenter plus d'inconvénients que d'avantages.

53. M. Vargas Carreño se déclare en faveur des projets d'articles 11 et 12, mais il préférerait qu'on supprime les alinéas *b* et *c* du paragraphe 2 de l'article 12 ou qu'on les reformule de manière à ne pas affaiblir la règle fonda-

mentale énoncée à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies.

54. En ce qui concerne le projet d'article 13 (Proportionnalité), M. Vargas Carreño se déclare d'accord avec les développements que le Rapporteur spécial y consacre, surtout quant à la nécessité d'évaluer cette proportionnalité, compte tenu non seulement des éléments simplement quantitatifs du dommage causé, mais aussi de ses aspects qualitatifs, comme l'importance de l'intérêt que protégeait le droit violé et la gravité de l'infraction.

55. Dans le projet d'article 14 (Contre-mesures interdites), tel qu'il a été remanié, le Rapporteur spécial propose d'interdire à l'État lésé de recourir, à titre de contre-mesure, à la menace ou à l'emploi de la force armée et à divers autres comportements énumérés à l'alinéa *b*, i à iv, du paragraphe 1. M. Vargas Carreño voudrait examiner ces dispositions en détail.

56. Pour ce qui est d'abord de l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force armée, définie plus largement dans le texte remanié de l'article 14, il semble que la prohibition consacrée sur ce point par l'Article 2 de la Charte des Nations Unies ait rang de règle du droit international général, relevant du *jus cogens*. C'est ce que confirment toute la doctrine et divers arrêts de la CIJ, sans compter les résolutions de l'Assemblée générale. Il ressort de la genèse de cet article de la Charte et des interprétations auxquelles il a donné lieu par la suite qu'il faut entendre par « force » uniquement la force physique ou militaire, et non les contraintes d'une autre nature qui, bien qu'illicites et contraires au droit international, ne relèvent pas du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte. Étant donc en faveur d'une interprétation restrictive de ce paragraphe, M. Vargas Carreño serait tout aussi strict pour ce qui est des situations exceptionnelles dans lesquelles l'emploi de la force pourrait se justifier dans les relations internationales. Pour sa part, il n'en voit que deux : la légitime défense individuelle ou collective et l'intervention des organes compétents de l'Organisation des Nations Unies pour rétablir la paix.

57. Pour ce qui est de la seconde exception, celle de la légitime défense, elle ne vaut qu'en cas d'attaque armée, c'est-à-dire s'il y a un acte de violence effectivement consommé. Toute autre interprétation justifiant des représailles armées — hormis les raisons humanitaires ou la nécessité de protéger des nationaux se trouvant en territoire étranger — ne peut être considérée comme conforme au droit international.

58. Pour ce qui est de la seconde situation exceptionnelle, l'intervention des organes de l'Organisation des Nations Unies soulève divers problèmes juridiques. Selon M. Vargas Carreño, la Commission n'est pas le lieu pour en débattre, mais le Rapporteur spécial a invité les membres à réfléchir au projet d'article 4 de la deuxième partie¹⁸, adopté à titre provisoire par la Commission, aux termes duquel les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite sont soumises aux dispositions et procédures de la Charte des Nations Unies. Comme le dit le Rapporteur spécial lui-même, l'article 4 présente,

lui aussi, plus d'inconvénients que d'avantages et il soulève des problèmes qui vont au-delà de la responsabilité internationale des États, puisqu'ils renvoient à la question du règlement des différends, à la distinction à établir entre différends juridiques et différends politiques, ainsi qu'aux pouvoirs du Conseil de sécurité et à ses rapports avec les autres organes de l'Organisation des Nations Unies, spécialement la CIJ. L'article 4 signifie-t-il que le Conseil de sécurité ne peut utiliser les pouvoirs que lui confère le Chapitre VI de la Charte ? Quels effets a-t-il sur la compétence de la CIJ ? Celle-ci est-elle ou non compétente pour réparer les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite ?

59. Revenant au projet d'article 14, M. Vargas Carreño déclare préférer le texte initial au texte remanié. Il vaut mieux, en effet, faire la distinction entre la menace ou l'emploi de la force au sens strict et les autres situations qui ne relèvent pas d'une application étroite du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Si donc on retient la première formulation, il faudra peut-être reprendre, pour exprimer l'élément de contrainte politique et économique qui devrait y figurer, une terminologie comparable à celle des articles 18 et 19 de la Charte de l'OEA, qui se reflètent dans certaines résolutions de l'Assemblée générale, notamment dans la résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, qui interdit d'appliquer des mesures économiques, politiques ou de toute autre nature, ou d'en encourager l'application dans le but d'exercer une contrainte sur un autre État.

60. M. Vargas Carreño analyse ensuite les diverses limitations que le projet d'article 14 imposerait au droit qu'a l'État lésé de prendre unilatéralement des contre-mesures. La première, telle qu'elle ressort de l'alinéa *c*, i, vise les contre-mesures non conformes aux règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme fondamentaux. La législation en matière de droits de l'homme a connu récemment un développement vertigineux, et l'interdiction proposée par le Rapporteur spécial paraît aisément acceptable. La distinction qu'il établit entre les droits de l'homme « fondamentaux », ou « essentiels », et les autres est consacrée par les principaux instruments en la matière, qui font tous le départ entre les droits auxquels on ne peut déroger (par exemple le droit à la vie) et les libertés qui peuvent être suspendues. En employant l'expression « droits de l'homme fondamentaux » dans cette disposition, on en retranche donc, par exemple, les droits patrimoniaux des ressortissants étrangers présents dans le pays lésé. D'ailleurs, la pratique étatique récente présente non seulement des cas d'expropriation de biens étrangers à titre de contre-mesure, mais aussi des exemples de gel d'avoirs étrangers en réaction au comportement illicite de l'État dont ils sont ressortissants.

61. M. Vargas Carreño note que l'alinéa *c*, ii, exclut également les contre-mesures qui nuisent gravement au fonctionnement normal de la diplomatie bilatérale ou multilatérale. Mais la formule proposée paraît trop vague, trop générale. En effet, s'il y a un domaine dans lequel les contre-mesures sont tenues pour parfaitement légitimes, c'est précisément celui du droit diplomatique. Les exemples abondent : rupture ou suspension des relations diplomatiques; non-reconnaissance de gouvernements; rappel de l'ambassadeur ou de la mission di-

¹⁸ Ibid.

plomatique tout entière; déclaration de *persona non grata*; etc. Or ces comportements peuvent effectivement nuire au fonctionnement normal de la diplomatie bilatérale. Dans le domaine de la diplomatie multilatérale, surtout lorsqu'il s'agit d'organisations internationales de caractère régional, on voit également des exemples d'actes légitimes qui n'en compromettent pas moins le fonctionnement des relations normales. Ce fut le cas en 1976, lors de l'Assemblée générale de l'OEA, qui devait se tenir à Santiago, mais à laquelle le Gouvernement mexicain a refusé de participer du fait qu'un gouvernement militaire était alors au pouvoir dans le pays hôte. Ce fut le cas encore en 1978, quand le Gouvernement uruguayen s'offrit à accueillir l'Assemblée générale à Montevideo, offre qui fut acceptée en principe. Mais ce gouvernement n'ayant pas invité la Commission interaméricaine des droits de l'homme, plusieurs États intervinrent pour demander que l'Assemblée générale se tienne ailleurs. Le texte proposé serait acceptable si on ajoutait des dispositions relatives aux immunités des agents diplomatiques et consulaires et à la question des locaux. M. Vargas Carreño propose donc que l'on étende l'interdiction aux contre-mesures mettant en cause l'inviolabilité des personnes et des locaux protégés par le droit diplomatique, formule plus précise et plus appropriée en l'occurrence.

62. L'alinéa c, iii, de l'article 14 interdit les contre-mesures contraires aux normes impératives du droit international général. C'est une disposition judicieuse, car les interdictions précédentes n'épuisent pas le *jus cogens* qui, de plus, présente un caractère historique et peut donc s'étendre, se restreindre ou se modifier avec le temps, sans que cette évolution soit nécessairement sanctionnée par une convention.

63. Il est proposé en outre une restriction découlant de l'application de l'effet *erga omnes* d'obligations juridiques internationales déterminées. L'obligation *erga omnes* ne se caractérise pas par l'importance de l'intérêt qu'elle vise, mais plutôt par l'indivisibilité juridique de son contenu. C'est là une matière complexe, en partie couverte dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial l'aborde avec prudence dans son rapport.

64. Résumant sa position, M. Vargas Carreño déclare que les projets d'articles 11 à 14 présentés par le Rapporteur spécial lui paraissent, d'une manière générale, bienvenus. Le Comité de rédaction leur apportera les modifications nécessaires et la Commission pourra continuer d'avancer.

65. M. KUSUMA-ATMADJA exprime son admiration au Rapporteur spécial pour l'énorme travail qu'il a accompli. Il pense, comme lui, qu'il ne faut pas vouloir trop se hâter de rédiger des projets d'articles. On peut en effet prendre le temps de la réflexion, sans pour autant renoncer à parvenir à des résultats concrets d'ici à cinq ans.

66. Il existe un lien évident entre les travaux que la Commission poursuit actuellement sur la responsabilité des États et les autres sujets à son ordre du jour, à savoir la création d'une cour pénale internationale et la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le

droit international. En effet, dès lors que des contre-mesures autorisées par le droit international causent, à l'État qui en est la cible, des dommages disproportionnés par rapport à ce qui était nécessaire pour obtenir satisfaction, il y a naissance d'une responsabilité « objective » de l'État auteur de ces contre-mesures. Et qui dit responsabilité objective dit réparation du dommage causé. Cet aspect est particulièrement intéressant, car la Commission ne doit pas seulement rédiger des lois et des conventions, mais aussi s'inquiéter de leur effet sur le plan humain. À cet égard, M. Shi (2267^e et 2273^e séances) a très justement insisté sur les dangers qu'il y a à codifier les contre-mesures, qui peuvent être l'expression de la loi du plus fort. Toutefois, la conclusion de M. Kusuma-Atmadja est différente de la sienne : ce danger est une raison de plus pour que la Commission s'occupe du problème, car il est préférable de regarder en face les réalités de ce monde, caractérisé par une extrême diversité de situations. Le recours à la force, à peine imaginable dans certains pays riches et développés, est encore monnaie courante dans d'autres parties du monde, et le nationalisme, qui peut paraître une notion dépassée, est loin d'être mort, ainsi qu'en témoigne la situation actuelle en Europe de l'Est et dans l'ancienne URSS.

67. En ce qui concerne les projets d'articles 11 à 14, consacrés à la question des contre-mesures, M. Kusuma-Atmadja approuve l'orientation générale donnée par le Rapporteur spécial, même si certaines petites modifications rédactionnelles lui paraissent souhaitables. Il se réjouit en particulier que les contre-mesures aient été traitées comme une solution exceptionnelle à n'utiliser que dans des situations extrêmes. Il partage toutefois l'avis de M. Razafindralambo sur le fait que, dans l'article 13, relatif à la proportionnalité, il aurait peut-être fallu employer la forme négative pour donner plus de force à l'interdiction.

68. En ce qui concerne les régimes se « suffisant à eux-mêmes », M. Kusuma-Atmadja éprouve les mêmes difficultés que le Rapporteur spécial, mais pense que l'article 5 *bis* n'est pas nécessaire et que son contenu pourrait figurer dans un commentaire. Dans ce domaine comme dans celui des contre-mesures, la Commission doit rester mesurée dans ses formulations. Il ne faut pas qu'elle s'attarde trop sur des situations exceptionnelles sous peine de donner naissance à une sorte de monstre. Dans leur conservatisme, les projets d'articles antérieurs, proposés par le précédent Rapporteur spécial, avaient du bon; si l'on combinait ces textes-là avec les propositions plus hardies de l'actuel Rapporteur spécial, on pourrait sans doute arriver à un résultat très valable. Pour ce qui est du rapport entre les régimes « se suffisant à eux-mêmes » et les obligations *erga omnes* résultant de traités ou de conventions, la Commission devrait se laisser guider par les règles générales découlant de la Convention de Vienne sur le droit des traités : après tout, les régimes « se suffisant à eux-mêmes » ne sont-ils pas eux aussi des traités ?

69. Là encore, M. Kusuma-Atmadja estime que la Commission ne doit pas trop se hâter de rédiger des projets d'articles. Si l'on se réfère à des exemples concrets, on voit, par exemple, qu'il a fallu des années aux pays membres de la Communauté européenne, aussi bien individuellement qu'en tant que communauté d'États, pour

s'adapter au nouveau régime établi par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. En fait, dans ce domaine comme dans celui des contre-mesures, il faut considérer que l'on a affaire à des aspects très particuliers du droit international et agir en conséquence. Serait-il par exemple tolérable que les articles que la Commission s'efforce d'élaborer diminuent ou affaiblissent les obligations *erga omnes* résultant des Conventions de Genève de 1949 ? Cela amène M. Kusuma-Atmadja à parler de la question des règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme, que le Rapporteur spécial a eu tout à fait raison de mentionner dans le projet d'article 14. Cet aspect, qui mérite en effet réflexion et qui pourra ensuite être développé davantage dans le commentaire de l'article, a une grande importance pour le sujet à l'examen. Ainsi, les droits souverains des États sur leurs ressources naturelles, qui sont essentiels pour les pays en développement, sont souvent bafoués par les sociétés d'exploitation transnationales qui ne songent qu'à leur profit et travaillent au mépris des réglementations locales. Dans ce cas, si le pays hôte prend des contre-mesures, elles sont, d'après M. Kusuma-Atmadja, parfaitement justifiées. Bien entendu, il faut que les violations des droits de l'homme donnant lieu à des contre-mesures aient été persistantes et flagrantes. À ce propos, il se demande si l'expression « emploi de la force », à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 14, désigne uniquement la force physique ou toute espèce de force. Il n'a lui-même pas de réponse à cette question, mais voudrait mettre en garde les membres de la Commission : ne risque-t-on pas ici d'ouvrir la boîte de Pandore ? Il insiste sur le fait qu'il faut rester mesuré et conscient des limites à ne pas dépasser.

La séance est levée à 13 h 5.

2281^e SÉANCE

Vendredi 3 juillet 1992, à 10 h 10

Président : M. Christian TOMUSCHAT

Présents : M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Bennouna, M. Bowett, M. Calero Rodrigues, M. Crawford, M. de Saram, M. Fomba, M. Güney, M. Idris, M. Kabatsi, M. Koroma, 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.

Coopération avec d'autres organismes (*suite**)

[Point 8 de l'ordre du jour]

* Reprise des débats de la 2275^e séance.

DÉCLARATION DE L'OBSERVATRICE DU COMITÉ EUROPÉEN DE COOPÉRATION JURIDIQUE

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à Mme Margaret Killerby, observatrice du Comité européen de coopération juridique, et l'invite à prendre la parole devant la Commission.

2. Mme KILLERBY (Observatrice du Comité européen de coopération juridique) dit que, depuis le mois de juillet 1991, le Conseil de l'Europe compte deux États membres de plus — la Pologne et la Bulgarie — et qu'il espère accueillir sous peu en son sein d'autres pays d'Europe centrale et d'Europe de l'Est. Le Conseil de l'Europe est désormais fort de vingt-sept États membres. Il poursuit son vaste programme de coopération en matière juridique avec les pays d'Europe centrale et d'Europe de l'Est. Le programme « Demo-Droit », conçu pour faciliter la mise en place d'institutions et de cadres juridiques fondés sur les principes de la démocratie pluraliste, des droits de l'homme et de la primauté du droit, est constitué de programmes multilatéraux et nationaux qui tiennent compte des priorités des États concernés. Le Comité européen de coopération juridique est tenu régulièrement informé des travaux de la CDI et, à sa cinquante-sixième séance, en novembre 1991, il a entendu une déclaration de M. Eiriksson à ce sujet.

3. À sa réunion de juin 1992, le Comité a adopté un projet de deuxième protocole amendant la Convention sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités. Le projet de protocole autorise la double nationalité dans certains cas et permettra aux États contractants d'autoriser les migrants de la deuxième génération à acquérir la nationalité du pays d'accueil tout en conservant leur nationalité d'origine. Il permettra également à une personne d'acquérir la nationalité de son conjoint sans perdre sa nationalité d'origine, et aux enfants de ces couples d'avoir les deux nationalités. Le texte du projet de protocole sera soumis, en automne, à l'examen du Comité des ministres du Conseil de l'Europe. À cette même réunion, le Comité européen de coopération juridique a invité le Comité des ministres à adopter deux projets de recommandation, concernant l'un la protection des données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunication, eu égard notamment aux services téléphoniques, et l'autre l'enseignement, la recherche et la formation dans le domaine du droit et des technologies de l'information.

4. Un comité d'experts du Comité européen de coopération juridique a achevé l'élaboration d'un projet de convention sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement, qui a pour objet de garantir une indemnisation satisfaisante pour les dommages causés et d'établir un régime de prévention et de remise en état. Cet instrument établit un équilibre entre les impératifs de la protection de l'environnement et les impératifs de l'industrie. Il prévoit la responsabilité objective dans le cas d'un large éventail d'activités dangereuses et la responsabilité civile des exploitants pour les dommages causés par leurs activités, même si les exploitants n'ont pas violé la législation et n'ont commis aucune faute. Sont jugées dangereuses pour l'environnement les activités qui pro-