

Document:-
A/CN.4/SR.2456

Compte rendu analytique de la 2456e séance

sujet:
Responsabilité des Etats

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1996, vol. I

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

58. Le PRÉSIDENT indique que le nouveau texte proposé pour l'article 47 [11] sera distribué par écrit pour la séance suivante.

La séance est levée à 13 h 10.

2456^e SÉANCE

Mercredi 10 juillet 1996, à 10 h 15

Président : M. Ahmed MAHIOU

Présents : M. Al-Baharna, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Bennouna, M. Bowett, M. Calero Rodrigues, M. Crawford, M. de Saram, M. Eiriksson, M. Fomba, M. Güney, M. He, M. Jacovides, M. Kabatsi, M. Lukashuk, M. Mikulka, M. Pellet, M. Robinson, M. Rosenstock, M. Szekely, M. Thiam, M. Vargas Carreño, M. Villagrán Kramer, M. Yamada, M. Yankov.

Responsabilité des États (suite) [A/CN.4/472/Add.1¹, sect. C, A/CN.4/476 et Add.1, A/CN.4/L.524 et Corr.1]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PROJETS D'ARTICLES DES DEUXIÈME ET TROISIÈME PARTIES²
PRÉSENTÉS PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION³ (suite)

DEUXIÈME PARTIE (Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale) [suite]

CHAPITRE III (Contre-mesures) [suite]

ARTICLE 47 (Contre-mesures d'un Etat lésé) [fin]

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen de l'article 47 [11].

2. M. CRAWFORD dit que le texte de compromis qui a été établi par un groupe de membres se lit comme suit :

« 1. Aux fins des présents articles, on entend par contre-mesures le fait pour l'État lésé de ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers l'État auteur pour l'inciter à s'acquitter de ses obligations au titre des articles 41 à 46, aussi longtemps qu'il ne s'est pas acquitté de ces obligations et pour autant que cela soit nécessaire à la lumière de

ses réponses aux demandes de l'État lésé afin qu'il s'en acquitte.

« 2. La prise de contre-mesures est soumise aux conditions et restrictions énoncées dans les articles 48 à 50.

« 3. Si une contre-mesure visant un État auteur d'un fait internationalement illicite entraîne la violation d'une obligation à l'égard d'un État tiers, cette violation ne peut être justifiée à l'encontre de l'État tiers au titre de ce chapitre. »

3. Ainsi, le paragraphe 1 du nouveau texte de l'article 47 [11] ne postule plus que les contre-mesures sont licites, mais se limite à les définir, ce qui est plus conforme à l'article 30 (Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite) de la première partie. Ce libellé est donc plus neutre. Les mots « aussi longtemps qu'il ne s'en est pas acquitté » assignent une limite temporelle aux contre-mesures, et la fin du paragraphe 1, à partir des mots « pour autant que cela soit nécessaire », indique que si des contre-mesures ne sont pas nécessaires, elles ne peuvent être prises, ce qui répond à la préoccupation exprimée par M. Arangio-Ruiz (2455^e séance).

4. Le paragraphe 2 de l'article soumet les contre-mesures aux conditions et restrictions énoncées aux articles 48 [12] à 50 [14], et ne devrait pas poser de difficulté, et le paragraphe 3 est identique au paragraphe 2 du texte initial, si ce n'est que les mots « au titre de ce chapitre » ont été substitués à « par les dispositions du paragraphe 1 » pour tenir compte de la modification de ce dernier.

5. M. de SARAM dit qu'il lui est difficile de faire des observations sur un texte dont il vient de prendre connaissance. Quoi qu'il en soit, il demande en quoi le paragraphe 1 du texte dont M. Crawford vient de donner lecture diffère du paragraphe 1 initial, et en particulier s'il affaiblit la protection que ce dernier constituait contre les abus possibles en matière de contre-mesures. Il indique que s'il n'y a pas de différence quant au fond, il peut accepter le nouveau texte, qui est effectivement plus clair et ne se prononce pas sur la licéité ou l'illicéité des contre-mesures.

6. Le PRÉSIDENT dit que, en fait, le nouveau texte n'est pas différent quant au fond du texte auquel il se substitue, qu'il est simplement plus neutre.

7. M. ARANGIO-RUIZ dit qu'il approuve, dans l'ensemble, le nouveau texte proposé pour l'article 47 [11], mais émet les plus vives réserves quant au maintien dans ce texte des mots « aussi longtemps qu'il ne s'en est pas acquitté et », qui donnent à penser qu'un État peut prendre des contre-mesures avant toute réponse de l'État présumé auteur du fait illicite ou avant d'avoir évalué la réponse qui a pu lui être donnée. Si l'État auteur admet l'existence d'une violation et assure l'État lésé qu'il est prêt à assumer ses responsabilités, il n'y a plus de raison de prendre des contre-mesures. M. Arangio-Ruiz souhaiterait donc que l'on supprime ce membre de phrase.

8. M. BOWETT dit qu'il ne lit pas le paragraphe 1 du nouveau texte proposé pour l'article 47 [11] comme

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie).

² Pour le texte des articles de la première partie provisoirement adoptés par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 29 et suiv.

³ Pour le texte des articles des deuxième et troisième parties et des annexes I et II à la troisième partie, présentés par le Comité de rédaction à la quarante-huitième session, voir 2452^e séance, par. 5.

M. Arangio-Ruiz, car il estime que les deux conditions auxquelles sont subordonnées les contre-mesures aux termes du paragraphe 1 *in fine* se cumulent, comme l'indique la préposition « et » figurant avant les mots « pour autant ». Lorsque, comme dans la situation évoquée par M. Arangio Ruiz, il n'y a pas de raison de prendre des contre-mesures, celles-ci ne seraient pas nécessaires et, donc, la deuxième condition ne serait pas remplie. En réalité, c'est la disposition relative à l'arbitrage obligatoire qui préviendra le plus efficacement des abus en matière de contre-mesures : tout État qui prend des mesures déraisonnables ou qui ne sont pas nécessaires sera sanctionné lors de la procédure d'arbitrage. Toute interprétation de bonne foi et raisonnable du paragraphe 1 de l'article 47 [11] doit prendre cette disposition en considération.

9. En outre, M. Bowett souhaiterait que l'on ne tente pas, à l'occasion de l'examen de l'article 47 [11] ou d'autres articles, d'introduire de nouvelles conditions, touchant par exemple une obligation préalable de négocier, ou de rechercher un règlement, qui ont déjà été rejetées par le Comité de rédaction et qui, de surcroît, ne sont pas nécessaires, eu égard à la disposition relative à l'arbitrage obligatoire.

10. M. JACOVIDES indique que, faute de temps, il n'a pu faire, à la séance précédente, les observations qu'il comptait faire sur les contre-mesures dans le cadre de la responsabilité des États, à la lumière du chapitre III tel qu'il a été adopté par le Comité de rédaction. M. Jacovides estime en effet que si l'on traite des contre-mesures dans le projet d'articles — et, de fait, leur omission laisserait subsister une grave lacune eu égard à l'état actuel du droit international —, il convient d'indiquer qu'elles doivent : a) être circonscrites aussi clairement et étroitement que possible; b) s'accompagner d'un système de règlement des différends par tierce partie, efficace, obligatoire et le plus strict possible; c) être proportionnelles au fait illicite qui les a motivées; et d) être interdites dans certaines catégories de cas et, à coup sûr, lorsqu'elles seraient contraires à des normes impératives du droit international, notion qui devrait d'ailleurs être explicitée et définie. À cet égard, les projets d'articles 47 [11] à 50 [14] adoptés par le Comité de rédaction sont acceptables, dans la mesure où ils réalisent un équilibre entre les divers intérêts en jeu. Comme plusieurs membres de la Commission, notamment M. Sreenivasa Rao, M. Al-Baharna et le petit groupe de membres qui a présenté une proposition (2455^e séance), M. Jacovides estime que les contre-mesures doivent être l'exception et non la règle. Cela étant, il est prêt à accepter le texte dont M. Crawford a donné lecture.

11. M. CALERO RODRIGUES (Président du Comité de rédaction) dit qu'il peut accepter le nouveau texte proposé pour l'article 47 [11], mais émet de vives réserves d'ordre rédactionnel. En effet, le nouveau paragraphe 1 de l'article définit les contre-mesures, puis énonce deux conditions auxquelles elles sont soumises. Pour le Président du Comité de rédaction, ces conditions auraient dû être énoncées dans les articles traitant des conditions du recours à des contre-mesures et des restrictions en la matière.

12. M. SZEKELY pense, comme M. Bowett, que les deux conditions auxquelles sont soumises les contre-mesures aux termes du nouveau paragraphe 1 de l'article 47 [11] se cumulent. Par ailleurs, lui aussi continue de préférer le texte initialement proposé par le Comité de rédaction. Il éprouve en effet certaines appréhensions quant aux motifs qui ont présidé à ce remaniement de l'article 47 [11]. En outre, il lui est difficile d'approuver le nouveau texte proposé pour cet article sans connaître la teneur définitive de l'article 48 [12], c'est-à-dire les conditions du recours à des contre-mesures. C'est donc sous réserve que les résultats du débat sur l'article 48 [12] ne compromettent pas l'équilibre réalisé à l'article 47 [11] qu'il pourra se joindre au consensus sur cette dernière disposition.

13. M. VILLAGRÁN KRAMER fait observer que des efforts considérables ont été déployés au Comité de rédaction pour parvenir à la formule de compromis dont M. Bowett a donné lecture. Il est, quant à lui, prêt à voter sur le texte qui était proposé initialement, afin que l'Assemblée générale sache qui, parmi les membres de la Commission, estime qu'il existe, en matière de représailles ou contre-mesures, une règle relevant de la *lex lata*, et que cette règle doit être codifiée, et qui ne souhaite pas que le projet traite de la question et préfère laisser la loi de la jungle continuer de prévaloir en la matière. M. Villagrán Kramer indique, d'autre part, que l'article 47 [11] étant indissolublement lié à l'article 48 [12], il ne peut l'accepter et se joindre au consensus qu'à condition que l'article 48 [12] demeure tel quel.

14. M. BARBOZA dit qu'il faut éviter de rouvrir le débat sur le chapitre III. Il ajoute qu'il est extrêmement difficile de procéder à un travail de rédaction en séance plénière. Pour ce qui est du nouveau paragraphe 1 proposé pour l'article 47 [11] à l'examen, la clause « aussi longtemps qu'il ne s'en est pas acquitté » semble redondante, puisque les contre-mesures sont précisément définies comme les mesures qui sont prises quand l'État auteur ne fait pas ce qu'il est tenu de faire. M. Barboza se joindra au consensus sur l'article 47 [11], mais réserve dès à présent sa position sur l'article 48 [12].

15. M. PELLET, se référant au membre de phrase final du paragraphe 1 du nouveau texte de l'article à l'examen (à partir des mots « aussi longtemps qu'il »), juge, comme le Président du Comité de rédaction, qu'il serait mieux venu au paragraphe 3. Quant au fond, M. Arangio-Ruiz a raison d'émettre des réserves sur la condition exprimée dans ce membre de phrase. Celui-ci, en effet, ne vise pas l'obligation d'arbitrage, mais bien les obligations dont l'État auteur doit s'acquitter en vertu des articles 41 à 46. Si l'on s'en tenait à la lettre de l'article 47 [11], tel qu'il est proposé, on pourrait imaginer que l'État lésé serait fondé à adopter des contre-mesures même pendant la durée de l'arbitrage. Or, on sait que cette procédure peut durer trois ou quatre ans. Cela dit, M. Pellet est prêt à accepter le nouveau texte, qui lui paraît meilleur que l'ancien en ce qu'il ne dit plus que le recours aux contre-mesures est un droit. Sur ce point, il partage la position de M. Villagrán Kramer, à savoir que si l'on veut limiter au maximum le recours aux contre-mesures, il faut commencer par ne pas en faire un droit. D'autre part, M. Pellet aurait à redire à ce qu'il appelle un chantage à l'article 48 [12]. À son avis, quelle que

soit la version de l'article 47 que l'on retiendra, il faudra pouvoir tirer les conséquences de la décision lors de l'examen de l'article suivant.

16. M. ROSENSTOCK déclare que le texte de l'article 47 [11], tel qu'il avait été provisoirement adopté par la Commission à sa quarante-sixième session⁴, était rédigé de manière satisfaisante et avait fait l'objet de débats suffisamment approfondis. C'est, à son avis, une erreur que de s'engager dans un travail de rédaction en séance plénière. Il se déclare néanmoins disposé à se joindre au consensus, mais pense, comme d'autres membres, que l'article 48 [12] ne doit pas être modifié.

17. Abordant la question de la clause « aussi longtemps que », M. Rosenstock rappelle que cette disposition du paragraphe 1 aurait à s'appliquer dans des conditions réelles. Si elle vise le délai qu'a l'État fautif pour réparer, il est peu probable que l'État lésé renonce aux contre-mesures sur une simple promesse. Si elle vise le délai qui s'écoule en attendant l'arbitrage, elle n'est guère réaliste non plus, car elle empêche l'État lésé de réagir pendant tout le temps que dure la mise sur pied de la commission de conciliation ou du tribunal arbitral, temps qui peut être très long comme chacun sait.

18. Le nouveau texte dont la Commission est saisie semble être le plus petit dénominateur commun sur lequel les membres de la Commission puissent s'entendre. M. Rosenstock l'acceptera donc à ce titre, sauf à en laisser ultérieurement les aspérités de style.

19. M. HE aurait préféré conserver l'article 47 [11] tel qu'il avait déjà été adopté. Le libellé était, en effet, le résultat de débats longs et d'autant plus difficiles qu'il y avait beaucoup d'aspects à couvrir. Si, cependant, le consensus se fait sur le nouveau texte, M. He ne s'en dissociera pas.

20. Pour M. FOMBA, le nouveau texte de l'article 47 [11] marque une amélioration par rapport au précédent en ce qu'il ne dit plus que l'État lésé a le droit de prendre des contre-mesures. La logique du système de la responsabilité des États, c'est le respect des obligations primaires. Mais le fonctionnement du système est fondé sur quatre considérations, à savoir : la période pendant laquelle les règles primaires ne sont pas respectées, l'appréciation de la gravité de l'infraction aux règles primaires, l'évaluation de la bonne foi, de la bonne volonté et des capacités de réparer de l'État fautif, et, enfin, l'appréciation de la nécessité des contre-mesures. Dans le texte proposé, les deux critères que sont la persistance du fait internationalement illicite et la nécessité d'y opposer une réaction s'équilibrent. M. Fomba est donc en mesure d'approuver le nouveau texte de l'article 47 [11].

21. M. LUKASHUK se dit, lui aussi, disposé à se joindre au consensus sur le nouveau texte de l'article 47 [11], qui lui paraît à la fois plus précis et plus soucieux de composer avec tous les points de vue exprimés par les membres de la Commission. Cependant, il tient à s'associer aux réserves exprimées par le Président du Comité de rédaction à propos de la fin du paragraphe 1, à partir des mots « aussi longtemps qu'il ne s'en est pas

acquitté » : cette clause devrait en effet figurer parmi les conditions mises à l'adoption des contre-mesures, qui font l'objet des articles suivants.

22. M. VARGAS CARREÑO se félicite du consensus qui semble se faire autour du nouveau texte de l'article 47 [11]. À son avis, le sort de cette disposition doit être lié à celui de l'article 48 [12], et aussi des articles 49 [13] et 50 [14]. Il propose donc d'approuver le nouveau texte de l'article 47 [11] à titre provisoire, puis d'y revenir pour adoption définitive, une fois prise la décision sur les autres articles consacrés aux contre-mesures.

23. M. YANKOV ne juge tout à fait satisfaisant ni l'ancien texte de l'article 47 [11] ni le nouveau, encore que celui-ci élimine certains doutes qui pouvaient peser sur la nature des contre-mesures. Il est tout disposé, par principe, à taire ses réserves et à se joindre au consensus qui semble se faire jour. Il reste cependant entendu que l'article 48 [12] fixera précisément les conditions dans lesquelles il peut être recouru aux contre-mesures.

24. M. MIKULKA est prêt à accepter le nouveau texte de l'article 47 [11], mais souscrit aux observations faites par M. Pellet et le Président du Comité de rédaction sur la fin du paragraphe 1, qui devrait, à son avis, figurer dans le paragraphe 2. D'ailleurs, la clause « aussi longtemps qu'il ne s'en est pas acquitté... » pourrait aussi bien disparaître, car son contenu est déjà implicite dans un texte qui dit bien que les contre-mesures ont pour objet d'amener l'État fautif à s'acquitter de ses obligations. Enfin, M. Mikulka pense qu'il doit être entendu que l'interprétation de ce membre de phrase se fera toujours à la lumière de l'article 49 [13] relatif à la règle de la proportionnalité.

25. M. AL-BAHARNA pense que le nouveau texte de l'article 47 [11], bien qu'il ait été conçu à la hâte, marque une certaine amélioration par rapport au libellé précédent. Il est donc disposé à se joindre au consensus, étant entendu que l'article 48 [12] sera aussi adopté. Il faudra également réviser le commentaire pour tenir compte des nouvelles formules employées. Si le nouveau texte de l'article 47 [11] et l'article 48 [12] ne sont pas adoptés par consensus, M. Al-Baharna souhaiterait que l'on en revienne à l'ancien texte de l'article 47 [11] et qu'on le mette aux voix.

26. M. ROBINSON se félicite que la notion de droit aux contre-mesures ait disparu dans le nouveau texte de l'article 47 [11], dont il considère cependant qu'il ne diffère du précédent que par la manière de présenter les choses. Il se dit prêt à participer au consensus dont semblent faire l'objet les articles 47 [11] et 48 [12].

27. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, se félicite, lui aussi, de la disparition de la notion de droit aux contre-mesures, qui semblait légitimer des comportements que, précisément, l'article 30 de la première partie condamnait. Il est maintenant bien plus clair que les contre-mesures ne doivent intervenir qu'à titre exceptionnel.

28. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission en est simplement à l'examen du projet d'articles en première lecture et qu'elle pourra, le cas échéant, revenir

⁴ Voir 2454^c séance, note 12.

sur des formules qui, en effet, mériteraient d'être retravaillées.

29. M. ARANGIO-RUIZ tient à ce que soient consignées les très vives réserves qu'il a faites sur le membre de phrase « aussi longtemps qu'il ne s'en est pas acquitté ».

30. M. EIRIKSSON se joint au consensus car, à son avis, l'article 30 de la première partie a déjà réglé le problème.

31. Le PRÉSIDENT déclare que s'il n'entend pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite adopter par consensus le nouveau texte de l'article 47 [11].

L'article 47, ainsi modifié, est adopté.

ARTICLE 48 (Conditions du recours à des contre-mesures)
[suite]

32. M. PELLET dit que la logique veut que l'on aligne l'article 48 [12] sur le nouvel article 47 qui vient d'être adopté. Aussi suggère-t-il de modifier comme suit les deux derniers paragraphes de cet article :

« 2. Sous réserve que le fait internationalement illicite ait cessé, l'État lésé doit suspendre les contre-mesures dans les cas et dans la mesure où la procédure de règlement des différends visée au paragraphe 1 est appliquée de bonne foi par l'État qui a commis ledit fait, et où le différend est soumis à un tribunal qui est habilité à émettre des injonctions obligatoires pour les parties.

« 3. L'obligation de suspendre les contre-mesures prend fin en cas de défaut de l'État auteur du fait internationalement illicite de se conformer à une demande ou à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend. »

Cela étant, M. Pellet continue à penser que les conditions posées par l'article 48 [12] sont un peu utopiques, car elles supposent que la troisième partie du projet d'articles sur le règlement des différends soit adoptée, ce qui n'est pas du tout acquis.

33. M. BENNOUNA appuie la proposition faite par M. Pellet. Il rappelle qu'il avait, lui aussi, proposé (2454^e séance) un amendement à l'article 48 [12], visant à introduire, dans un nouveau paragraphe 1, l'idée qu'avant de recourir à des contre-mesures, l'État lésé devrait préalablement négocier. Il donne de nouveau lecture de cette proposition d'amendement :

« 1. Avant de prendre des contre-mesures, un État lésé s'acquitte de l'obligation de négocier prévue à l'article 54... ».

Une telle disposition lui semble intéressante à plusieurs égards : tout d'abord, elle s'inscrit dans le droit fil de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies; deuxièmement, elle permet aux parties, quelle que soit l'issue de la négociation, d'échanger leurs points de vue et de préciser leurs positions respectives; troisièmement, elle évite que des pays puissants ne soient tentés d'abuser de

leur position dominante; enfin, elle offre aux parties une solution pratique et réaliste car, ainsi que l'a souligné M. Pellet, l'arbitrage prévu peut durer des années.

34. M. ARANGIO-RUIZ continue à penser que l'article 48 [12] aurait dû être beaucoup plus strict en ce qui concerne le devoir de se soumettre aux procédures de règlement des différends avant de recourir aux contre-mesures. L'obligation de négocier proposée par M. Bennouna est une bonne chose, mais elle n'est pas suffisante. Il aurait fallu faire aussi référence, au paragraphe 1, à toutes les procédures de règlement des différends pouvant exister en dehors de celles prévues par la troisième partie, et M. Arangio-Ruiz se permet de renvoyer à cet égard les membres de la Commission au projet d'article qu'il avait lui-même proposé en 1992, dans le quatrième rapport qu'il avait rédigé en sa qualité de rapporteur spécial⁵. D'une manière générale, les conditions du recours aux contre-mesures posées par cet article lui semblent trop tributaires du sort qui sera finalement réservé à la troisième partie du projet d'articles, et en particulier au paragraphe 2 de l'article 58 [5], dont on sait qu'il a suscité de vives oppositions de la part de plusieurs membres de la Commission.

35. Un autre défaut de l'article 48 [12] est qu'il ne contient aucune disposition imposant une communication préalable entre les parties. Excepté, bien entendu, dans le cas de mesures conservatoires urgentes pour lesquelles aucune communication préalable ne devrait être requise, ne faudrait-il pas envisager que l'État auteur du fait internationalement illicite ait la possibilité d'échapper aux contre-mesures en reconnaissant qu'il a commis un acte dommageable et en s'offrant à le réparer ? Or, cela n'est possible que s'il y a communication préalable avec l'État lésé.

36. Enfin, l'article 48 [12] ne tient absolument pas compte de la distinction qu'il convient de faire entre les contre-mesures au sens strict et les mesures conservatoires urgentes. M. Arangio-Ruiz a insisté de nouveau sur cet aspect dans le huitième rapport qu'il a présenté en tant que rapporteur spécial (A/CN.4/476 et Add.1).

37. Pour tout ce qu'il a dit concernant le règlement des différends, M. Arangio-Ruiz renvoie les membres de la Commission au quatrième rapport et au cinquième rapport⁶ qu'il a présentés en sa qualité de rapporteur spécial, au chapitre II du huitième rapport et à l'article qu'il a publié en 1994⁷.

38. M. MIKULKA dit que la modification rédactionnelle proposée par M. Pellet lui semble effectivement logique. Pourtant, il se demande si elle règle entièrement le problème : en disant, au paragraphe 2, que « l'État lésé doit suspendre les contre-mesures », on part de l'hypothèse que des contre-mesures ont déjà été prises. Or, on a précisément modifié l'article 47 pour faire disparaître

⁵ *Annuaire...* 1992, vol. II (1^{re} partie), p. 23, doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3, par. 52.

⁶ Voir *Annuaire...* 1993, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/453 et Add.1 à 3.

⁷ G. Arangio-Ruiz, « Counter-measures and amicable dispute settlement means in the implementation of State responsibility: A crucial issue before the ILC », *Journal européen de droit international*, vol. 5, n° 1, 1994, p. 20 à 53.

tre l'idée que l'État lésé aurait le droit de prendre des contre-mesures. Dès lors, ne faudrait-il pas envisager aussi, dans l'article 48 [12], le cas où l'État lésé n'aurait pas pris de contre-mesures ? M. Mikulka souhaiterait que M. Pellet reformule les paragraphes 2 et 3 en ce sens.

39. M. ROSENSTOCK appuie les remarques de M. Mikulka. Il note qu'en voulant à tout prix rendre l'article 47 « politiquement correct » sans que cela change vraiment les choses sur le fond, on s'est compliqué singulièrement la tâche à l'article 48 [12]. Pour ce qui est de l'opportunité d'ajouter, au paragraphe 1, une référence à l'obligation de recourir à des procédures de règlement des différends autres que celles prévues dans la troisième partie, M. Rosenstock rappelle que toutes les propositions faites en ce sens par l'ancien Rapporteur spécial ont été rejetées.

40. M. LUKASHUK n'a pas d'objections de principe concernant le projet d'article 48 [12] ou les modifications rédactionnelles proposées par M. Pellet ou M. Benouna. Toutefois, il se demande si l'on n'est pas en train de rendre les choses inutilement confuses. Après tout, le droit de recourir à des contre-mesures est généralement admis, et les contre-mesures constituent d'ailleurs un élément important du mécanisme de fonctionnement du droit international. On peut bien entendu nier cette réalité sur le papier, mais qu'en sera-t-il dans les faits ? Si l'on veut être honnête, il faut s'abstenir de contester ce droit, et se contenter d'y poser des limitations. En s'obstinant dans cette voie, on ne peut qu'aboutir à des contradictions.

41. M. PELLET reconnaît que, dans l'article 48 [12], on a essayé de trouver un moyen terme. La version qu'il propose a le mérite d'être conforme aux dispositions de l'article 30 de la première partie du projet d'articles, qui se garde bien d'évoquer un quelconque droit de recourir à des contre-mesures. Pour répondre à la préoccupation exprimée par M. Mikulka, M. Pellet pourrait envisager de remplacer, au paragraphe 2, la formule « l'État lésé doit suspendre les contre-mesures » par « l'État lésé ne peut prendre de contre-mesures et doit suspendre les contre-mesures qu'il a adoptées », ou de donner des indications en ce sens dans le commentaire.

42. M. de SARAM fait remarquer à M. Pellet que, dans l'article 30 de la première partie auquel il s'est référé, les contre-mesures sont considérées comme constituant une mesure légitime. Il ne tient pas particulièrement à ce que le mot « droit » soit maintenu dans l'article 48 [12], mais il se demande si, en proposant de le supprimer, M. Pellet a uniquement obéi à des considérations d'ordre rédactionnel.

43. M. VILLAGRÁN KRAMER fait remarquer que le droit de représailles est parfaitement reconnu par la doctrine, et que si l'on énumère les obligations de l'État lésé, la moindre des choses est de reconnaître aussi ses droits. La nuance entre « faculté » et « droit » ne lui semble pas, à cet égard, d'une importance fondamentale. Si ses souvenirs sont bons, M. Pellet a lui-même traité de manière magistrale du problème des contre-mesures dans un ouvrage où il les classe parmi les circonstances excluant l'illicéité. Dans la version espagnole de cet ouvrage, il est dit que l'illicéité de ces mesures est exclue

s'il s'agit de mesures légitimes prises en réaction à un fait internationalement illicite.

44. Quant à l'obligation d'épuiser préalablement toutes les possibilités de règlement pacifique, que souhaite introduire M. Arangio-Ruiz, M. Villagrán Kramer n'a pas trouvé, parmi les cas cités par l'ancien Rapporteur spécial, un seul exemple démontrant l'existence d'une telle obligation. Ni dans l'affaire des *Colonies portugaises* (incident de Naulilaa)⁸ ni dans celle concernant l'*Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*⁹, on ne trouve de précédent qui irait en ce sens. Ce qui existe, en revanche, c'est l'obligation, pour l'État qui entend prendre des contre-mesures, de faire des sommations préalables. M. Villagrán Kramer a relevé récemment, dans un traité de droit international, la formule suivante qui lui semble très pertinente : « Avant de prendre des contre-mesures, la sommation ne se fait pas par courtoisie mais parce qu'elle est une obligation. »

45. L'État lésé va donc demander à l'État fautif, premièrement, de cesser l'acte illicite et, deuxièmement, de donner satisfaction ou de réparer. Si la réponse à cette demande est négative, il y aura controverse entre les deux États, mais si la réponse est positive, le mécanisme de règlement des différends pourra entrer en jeu. Il n'existe pas pour autant une obligation de recourir à un tel mécanisme, sauf si un traité prévoit l'obligation de soumettre une question donnée à l'arbitrage ou à un système de règlement obligatoire des différends. Dans ce cas, cette obligation supprime le droit de l'État lésé de recourir à des contre-mesures. En l'occurrence, la troisième partie du projet d'articles contient une telle obligation.

46. S'agissant plus précisément du libellé de l'article 48 [12], M. Villagrán Kramer rappelle que certains membres n'ont accepté la modification du texte de l'article 47 qu'à la condition qu'aucun changement ne soit apporté à l'article 48 [12]. Il se dit cependant prêt à examiner le texte proposé par M. Pellet au cours de cette séance, mais, pour toute proposition allant au-delà de ce texte, et visant notamment à ajouter un nouveau paragraphe 1 à l'article 48 [12], il demandera que la Commission procède à un vote.

47. M. PELLET précise que le libellé de l'article 48 [12], tel qu'il le propose, ne correspond pas tout à fait à ce qu'il aurait souhaité, c'est-à-dire que la Commission parte de l'idée que, sauf conditions exceptionnelles, les États n'ont pas le droit de recourir à des contre-mesures.

48. Pour répondre à la question posée par M. de Saram, M. Pellet indique qu'en adoptant le libellé proposé, la Commission éviterait de poser le principe de l'existence d'un droit subjectif de prendre des contre-mesures. En outre, l'article 48 [12], à l'instar de l'article 30 de la première partie, rendrait indissociable le couple droit/obligations, puisque la légitimation de la contre-mesure serait subordonnée au respect d'un certain nombre de conditions.

⁸ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 1011 et suiv.

⁹ *Ibid.*, vol. XVIII (numéro de vente : E/F.80.V.7), p. 415 et suiv.

49. S'agissant du refus opposé par M. Villagrán Kramer à la proposition d'adjonction d'un nouveau paragraphe 1 à l'article 48 [12], M. Pellet ne comprend pas cette prise de position de la part d'un membre qui, semble-t-il, est de ceux qui souhaitent limiter au maximum le recours aux contre-mesures. Or, proposer de subordonner à des négociations préalables le recours aux contre-mesures revient à ajouter aux obligations *a posteriori*, figurant dans la troisième partie, une obligation *a priori*, ce qui contribue à limiter davantage encore la possibilité qu'ont les grandes ou les très grandes puissances de recourir à des contre-mesures. Cette proposition constitue un juste milieu entre la thèse du droit subjectif de recourir à des contre-mesures et l'idée assez irréaliste, défendue par M. Arangio-Ruiz, selon laquelle l'État lésé ne pourrait recourir à des contre-mesures qu'après épuisement de toutes les procédures de règlement des différends.

50. M. Pellet regrette enfin, comme M. Arangio-Ruiz, que la Commission ait laissé de côté la possibilité, dans des cas exceptionnels, de recourir à des mesures conservatoires urgentes. C'est une question sur laquelle elle devra revenir en deuxième lecture.

51. M. CRAWFORD dit qu'il est prêt à se rallier au consensus qui pourrait se dégager en faveur des modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 48 [12] pour des raisons de cohérence avec l'article 47. Par contre, il pense que le problème soulevé par M. Mikulka est déjà réglé par le texte existant du paragraphe 1 de l'article 48 [12], auquel renvoie le paragraphe 2 du même article, et qui vise expressément un État lésé « qui prend des contre-mesures ». Cela n'exclut pas la possibilité, qui n'est pas seulement hypothétique à son avis, qu'un État ayant le droit de prendre des contre-mesures n'exerce ce droit qu'après avoir mis en œuvre un mécanisme de règlement des différends auquel il a pu préalablement consentir, notamment par voie conventionnelle. Dans ce cas, la coexistence de deux procédures parallèles de règlement des différends, l'une relative au différend préexistant et l'autre afférente aux contre-mesures prises ultérieurement, ne manquerait d'ailleurs pas de susciter des problèmes. Cependant, si l'on s'en tient au texte, cette éventualité ne relève pas de l'article 48 [12].

52. M. VILLAGRÁN KRAMER, répondant à l'observation faite par M. Pellet, dit qu'il n'y a aucune contradiction dans son raisonnement. L'Assemblée générale lui a donné, comme aux autres membres de la Commission, le mandat très clair de codifier de bonne foi les règles existantes du droit international général, la *lex lata*, et s'il n'existe pas de règles, de procéder au développement progressif du droit international. Par contre, elle ne lui a pas donné la faculté de négocier politiquement une solution. Il peut certes parvenir à un compromis, s'agissant de définir une règle ou d'en exclure l'application, mais, à la différence de certains de ses collègues, il s'estime lié par le statut de la Commission. Au surplus, le domaine du droit des représailles est relativement clair.

53. M. Villagrán Kramer souligne par ailleurs que lorsque le Conseil de sécurité autorise un État à exercer des représailles, en raison d'une violation de la Charte des Nations Unies ou d'un fait illicite commis par un État, il

ne demande pas qu'il y ait, au préalable, des négociations.

54. M. EIRIKSSON appuie le texte proposé par M. Pellet en cours de séance. Pour les raisons exposées par M. Crawford, il ne pense pas qu'il soit nécessaire de le modifier pour répondre aux préoccupations de MM. Mikulka et Rosenstock.

55. M. MIKULKA, appuyé sans réserve par M. ROSENSTOCK, dit qu'il pourrait accepter la proposition de M. Pellet de régler dans le commentaire le problème qu'il a soulevé, mais qu'il n'est pas pour autant convaincu par l'argumentation avancée par M. Crawford et appuyée par M. Eiriksson. En effet, il n'est pas totalement vrai que le paragraphe 1 de l'article 48 [12] vise *a priori* le cas où des contre-mesures ont été prises car, selon l'article 47, les contre-mesures, en tant que telles, ne sont autorisées que si elles respectent les conditions énoncées précisément aux articles 48 [12] à 50 [14], c'est-à-dire qu'il faut interpréter ces conditions comme applicables à la prise même des contre-mesures. En outre, alors que le paragraphe 1 de l'article 48 [12] définit les limites imposées à un État qui s'est déjà engagé dans des contre-mesures, le paragraphe 2 a une portée beaucoup plus large puisqu'il s'applique à une situation où l'État qui a l'intention de prendre des contre-mesures, mais qui hésite à les appliquer, se soumet par avance à des procédures visées dans la troisième partie. Entre-temps, il se produit une évolution dans la mesure où l'acte illicite cesse et l'auteur de cet acte se soumet lui-même à une procédure prévue dans la troisième partie. M. Mikulka s'oppose en conséquence à ce qu'il soit dit dans le commentaire que le problème est réglé parce que le paragraphe 2 de l'article 48 [12] découle purement et simplement du paragraphe 1.

56. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à se prononcer sur le texte proposé par M. Pellet, tel qu'il l'a formulé en cours de séance. S'il n'entend pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite adopter ce texte.

Il en est ainsi décidé.

57. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à procéder à un vote sur la proposition de M. Bennouna tendant à insérer un nouveau paragraphe 1 dans l'article 48 [12].

La proposition de M. Bennouna est adoptée par 13 voix contre 9, avec une abstention.

58. M. CRAWFORD précise, à titre d'explication de vote, que l'adjonction de ce paragraphe, en l'absence de toute disposition relative à des mesures conservatoires urgentes, contribue à gravement déséquilibrer l'article 48 [12].

59. M. ROSENSTOCK s'associe à l'explication de vote donnée par M. Crawford. L'article 48 [12], tel qu'il vient d'être amendé lui paraît totalement inacceptable. Il demande donc au Président de soumettre au vote de la Commission l'ensemble de l'article 48 [12] tel qu'il a été modifié.

60. En réponse à des interventions de MM. ARANGIO-RUIZ, BENNOUNA, EIRIKSSON, MIKULKA,

THIAM, GÜNEY et SZEKELY, le PRÉSIDENT indique que le début de la séance suivante sera consacré au vote sur l'ensemble de l'article 48 [12] ainsi qu'aux éventuelles explications de vote des membres de la Commission.

La séance est levée à 13 h 15.

2457^e SÉANCE

Jeudi 11 juillet 1996, à 10 h 10

Président : M. Ahmed MAHIOU

Présents : M. Al-Baharna, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Bennouna, M. Bowett, M. Calero Rodrigues, M. Crawford, M. de Saram, M. Eiriksson, M. Elaraby, M. Fomba, M. Güney, M. Jacovides, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Mikulka, M. Robinson, M. Rosenstock, M. Szekely, M. Thiam, M. Vargas Carreño, M. Villagrán Kramer, M. Yamada, M. Yankov.

Responsabilité des États (suite) [A/CN.4/472/Add.1, sect. C, A/CN.4/476 et Add.1¹, A/CN.4/L.524 et Corr.1]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PROJETS D'ARTICLES DES DEUXIÈME ET TROISIÈME PARTIES²
PRÉSENTÉS PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION³ (suite)

DEUXIÈME PARTIE (Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale) [suite]

CHAPITRE III (Contre-mesures) [suite]

ARTICLE 48 (Conditions du recours à des contre-mesures) [suite]

1. M. CRAWFORD rappelle qu'à la séance précédente, la Commission a adopté, à l'issue d'un vote, une proposition de M. Bennouna tendant à insérer dans l'article 48 [12] un nouveau paragraphe 1, qui dispose qu'avant de recourir à des contre-mesures, un État lésé est tenu de négocier, conformément à l'article 54 [1^{er}] de la troisième partie. Un certain nombre de membres

ont voté contre cette proposition, au motif qu'en privant l'État lésé de la possibilité de préserver ses intérêts pendant un laps de temps qui risque d'être considérable, cette proposition détruit tout l'équilibre du chapitre. Afin de rétablir cet équilibre, tout en maintenant le principe de la négociation comme préalable à l'adoption de véritables contre-mesures, M. Crawford propose d'insérer, à la suite du nouveau paragraphe 1, un paragraphe 1 *bis* se lisant comme suit :

« 1 *bis*. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'adoption, par l'État lésé, des mesures conservatoires qui sont par ailleurs conformes aux conditions stipulées dans ce chapitre et nécessaires afin de préserver sa position juridique en attendant l'aboutissement des négociations prévues à l'article 54. »

Cette proposition réintroduit la notion de mesures conservatoires, initialement proposée par l'ancien Rapporteur spécial, et s'inspire du langage utilisé par celui-ci dans son quatrième rapport⁴. Le texte français du paragraphe 1 *bis* a été mis au point par M. Bennouna.

2. M. BOWETT, tout en comprenant les raisons qui ont motivé la proposition de M. Bennouna et l'appui que lui ont exprimé un certain nombre de membres, avec les meilleures intentions du monde, continue de penser que le résultat du vote de la veille constitue une très grave erreur. La Commission se retrouve au point où elle en était trois ans plus tôt, tous les efforts qu'elle a déployés dans l'intervalle l'ayant été en pure perte. Le chapitre III, tel qu'il se présente désormais, sera jugé inacceptable par les gouvernements parce que largement inapplicable dans la pratique. Par exemple, un État lésé peut décider de bloquer temporairement des avoirs. Si la négociation est une condition préalable de la prise de contre-mesures, l'État ayant commis un fait illicite pourra faire le nécessaire pour que, au terme des négociations, il ne reste plus d'avoirs à bloquer. Le paragraphe 1 *bis* proposé, même s'il apporte un certain correctif sous la forme de mesures conservatoires, ne représente qu'un pis-aller. La chose à faire est d'adopter le bon principe, non d'adopter un principe mauvais puis d'en réduire les effets préjudiciables au minimum. M. Bowett est cependant disposé, non sans quelques appréhensions, à soutenir la proposition et à se rallier à un consensus sur l'article 48 [12] — qu'il persiste à considérer comme très mauvais — à condition que le paragraphe 1 *bis* y figure. Si cette condition n'est pas remplie, il votera contre l'ensemble de l'article.

3. M. BENNOUNA croit entendre que la Commission ou bien s'emploie à plaire à certains gouvernements — ceux qui sont à même de bloquer des fonds appartenant à d'autres États —, soit est composée de mauvais juristes, qui font des erreurs. C'est là une idée absolument inacceptable : la Commission essaie simplement de corriger ce qui a été mal fait. À la séance précédente, la majorité des membres a décidé avec sagesse de rétablir un minimum d'équilibre dans une disposition qui n'était pas satisfaisante, en subordonnant les contre-mesures à la négociation préalable. L'amendement présenté par M. Bennouna rejoint le droit international coutumier, et

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie).

² Pour le texte des articles de la première partie provisoirement adoptés par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 29 et suiv.

³ Pour le texte des articles des deuxième et troisième parties et des annexes I et II à la troisième partie, présentés par le Comité de rédaction à la quarante-huitième session, voir 2452^e séance, par. 5.

⁴ Voir 2456^e séance, note 5.