

Document:-
A/CN.4/SR.2588

Compte rendu analytique de la 2588e séance

sujet:
Responsabilité des Etats

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1999, vol. I

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

2588^e SÉANCE

Mercredi 16 juin 1999, à 10 heures

Président : M. Zdzislaw GALICKI

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka, M. Yamada.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/492², A/CN.4/496, sect. D, A/CN.4/498 et Add.1 à 4³, A/CN.4/L.574 et Corr.2 et 3]

[Point 3 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

ARTICLE 29 (fin)

1. M. KABATSI dit que la question qui se pose à la Commission est de savoir s'il convient de conserver l'article 29 (Consentement) dans le chapitre V (Circonstances excluant l'illicéité) de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États. En faveur de son maintien, on peut noter qu'il n'a pas suscité d'opposition formelle de la part des gouvernements qui ont formulé des observations sur le chapitre V (A/CN.4/492)⁴. Ainsi que l'a fait remarquer très justement M. Gaja (2587^e séance), il n'est peut-être pas opportun au stade de la deuxième lecture de supprimer une disposition qui n'avait pas soulevé d'objection en première lecture, car cela risque de relancer le débat de fond.

2. Toutefois, si l'article 29 est conservé et renvoyé au Comité de rédaction, celui-ci devra à l'évidence y consacrer beaucoup d'efforts et de temps, eu égard à la diversité des problèmes posés, par exemple la validité ou les limites du consentement, la qualité des personnes physiques ou morales habilitées à donner ce consentement ou encore la valeur du consentement face aux normes impératives.

3. Un autre point sur lequel le Rapporteur spécial a mis l'accent est la question de savoir si l'article 29 a véritablement sa place dans le chapitre V. À la différence de la force majeure, de la détresse ou de l'état de nécessité qui peuvent être invoqués par l'État auteur d'un fait illicite pour justifier celui-ci, le consentement n'est en aucune

manière une « circonstance » et encore moins une « circonstance excluant l'illicéité », puisque, comme l'a très justement fait remarquer le Rapporteur spécial, le fait que le consentement ait été donné valablement implique que le comportement en question est parfaitement licite au moment où il se produit.

4. Ce problème de pertinence dans le chapitre V, s'ajoutant à tous les problèmes annexes déjà évoqués, fait que la réécriture de l'article 29 exigerait du Comité de rédaction un effort disproportionné par rapport à l'intérêt présenté par cet article. Aussi M. Kabatsi est-il favorable à sa suppression.

5. M. TOMKA note que le Rapporteur spécial réexamine l'article 29 non seulement à la lumière des observations et commentaires reçus des gouvernements mais aussi de la jurisprudence récente.

6. Il est un peu surpris de sa proposition de supprimer purement et simplement l'article, alors que les gouvernements qui ont fait des observations à ce sujet se sont interrogés moins sur le contenu de l'article que sur sa formulation. Est-ce à dire qu'il n'y a pas place, dans le projet d'articles sur la responsabilité des États, pour le principe *volenti non fit injuria*, qui est pourtant reconnu dans de nombreux systèmes juridiques ?

7. Il semble que, pour le Rapporteur spécial, en traitant le consentement préalable comme une circonstance excluant l'illicéité, on confonde le contenu de l'obligation de fond avec l'application des règles secondaires relatives à la responsabilité, et il se demande donc s'il ne vaudrait pas mieux inclure l'élément du consentement dans les règles primaires. Les exemples qu'il donne à l'appui de son argumentation ne semblent toutefois pas très pertinents. De l'avis de M. Tomka, les commissions d'enquête travaillant sur le territoire d'un autre État ou encore la juridiction exercée sur des forces stationnées à l'étranger sont plutôt des exemples de dérogation à la règle du droit international général selon laquelle chaque État exerce une juridiction exclusive sur son propre territoire. Les règles auxquelles il est dérogé ne font pas partie du *jus cogens* et il est possible d'en écarter l'application d'un commun accord. La Commission, au paragraphe 2 de son commentaire de l'article 29 adopté en première lecture⁵, a souligné qu'elle n'avait évidemment pas à l'esprit le cas « d'un traité ou d'un accord ayant pour objet de suspendre en général la règle qui établit l'obligation, et moins encore d'un traité ou d'un accord visant à la modification ou à l'abrogation de la règle en question ». Le fait qu'il y ait eu consentement ne signifie pas que la règle dont l'obligation découle cesse d'exister, ni même qu'elle est suspendue. La Commission a bien insisté sur le fait que l'État bénéficiaire de l'obligation ne consent pas à la suspension en général de la règle ou à son abrogation mais à la non-application de l'obligation prévue par la règle dans un cas concret déterminé. En réalité, toute la question est là. Il faut distinguer clairement entre le cas où un consentement donné dans une situation particulière exclut l'illicéité (ou permet d'accepter à l'avance un comportement qui, sans ce consentement, aurait été illicite car contraire à l'obligation existante) et les cas de suspension de l'application d'un traité en vertu des articles 57 et 65 de la Convention

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), doc. A/51/10, chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 1999*, vol. II (1^{re} partie).

³ Ibid.

⁴ Voir également 2567^e séance, note 5.

⁵ Voir 2587^e séance, note 8.

de Vienne de 1969 ou encore de dérogation convenue d'un commun accord à une règle du droit international général (droit coutumier).

8. Le Rapporteur spécial se réfère à plusieurs reprises aux travaux de sir Gerald Fitzmaurice, rapporteur spécial sur le droit des traités, et, en particulier, sur les limites aux obligations conventionnelles et sur les circonstances justifiant la non-exécution des traités⁶. Mais le droit des traités et le droit de la responsabilité des États sont deux choses très différentes, et sous l'influence de Roberto Ago, rapporteur spécial sur la responsabilité des États, la Commission a renoncé à utiliser les travaux de Fitzmaurice dans sa réflexion sur la responsabilité des États. M. Tomka estime pour sa part qu'il est préférable de ne pas y revenir ou alors avec la plus extrême prudence. La distinction faite entre justification ou excuse « intrinsèque » et « extrinsèque » lui semble être, en particulier, d'un intérêt discutabile sur le plan pratique.

9. En revanche, de même que l'article 62 de la Convention de Vienne de 1969 tire les conséquences du principe *rebus sic stantibus*, le projet d'articles sur la responsabilité des États devrait approfondir le principe du consentement en tant que circonstance excluant l'illicéité. De précédents orateurs se sont arrêtés sur les problèmes annexes liés à la formulation de ce principe, comme la définition du consentement valablement exprimé ou encore la qualité des personnes habilitées à donner ce consentement, mais ces aspects pourraient être réglés par le Comité de rédaction ou explicités dans le commentaire. À propos de la qualité des personnes habilitées à donner un consentement, M. Tomka s'interroge, au demeurant, sur la pertinence de l'exemple donné à l'alinéa c du paragraphe 240 du deuxième rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/498 et Add.1 à 4) concernant la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Cette convention n'a rien à voir avec la question du consentement envisagé à l'article 29. Il s'agit, en l'espèce, d'un consentement à l'arbitrage pour régler les différends surgissant entre un État partie et des sociétés ou personnes privées d'un autre État partie. À aucun moment ce consentement n'est une circonstance excluant l'illicéité au sens de l'article 29 ni un facteur permettant de s'exonérer d'une responsabilité.

10. Les membres de la Commission qui se sont prononcés contre le maintien de l'article 29 (2587^e séance) ont fait valoir aussi qu'il pourrait être source d'abus. Mais M. Tomka se demande si sa suppression assurerait aux États, en particulier aux plus petits et aux plus faibles d'entre eux, une meilleure protection. En le supprimant, on déplacerait simplement le problème en obligeant les États à s'interroger sur l'existence d'un éventuel consentement implicite et à se livrer à un exercice d'interprétation, faute de règles claires comme celle énoncée au paragraphe 2 de l'article 29. Cet article permet en réalité de régler bien des problèmes, et c'est la raison pour laquelle M. Tomka est pleinement favorable à son maintien.

11. M. SIMMA dit que le rapport à l'examen témoigne de la progression de la pensée sur le sujet de la responsa-

bilité des États et montre que la *lex posterior* est toujours meilleure que la *lex prior*.

12. En ce qui concerne l'article 29, il est d'un avis radicalement opposé à celui de M. Tomka. Pour répondre à la question de savoir si le consentement est véritablement une circonstance excluant l'illicéité, il faut se reporter aux prémisses posées à la fois par le Rapporteur spécial et par ses prédécesseurs. Ces prémisses lui semblent être les suivantes : lorsque interviennent des circonstances qui excluent l'illicéité, l'obligation primaire n'en continue pas moins d'exister; c'est seulement l'illicéité de sa non-observation qui disparaît. Cette prémisse n'a jamais été contestée par les gouvernements ou les spécialistes du droit international et, ainsi que le Rapporteur spécial l'a démontré dans son deuxième rapport, elle est corroborée par la jurisprudence. Si l'on s'en tient à ce raisonnement, la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle le consentement n'a pas sa place parmi les circonstances excluant l'illicéité est inattaquable. En effet, le consentement donné à l'avance a pour conséquence de supprimer ou de suspendre l'application de l'obligation primaire. La question n'est pas de savoir si le principe *volenti non fit injuria* a ou non sa place dans le projet d'articles sur la responsabilité des États. Le fait est qu'il n'a pas sa place parmi les circonstances excluant l'illicéité telles qu'elles ont été définies par le rapporteur spécial Ago.

13. Si la Commission, en dépit de ces considérations, décide de garder le consentement parmi les circonstances excluant l'illicéité, le paragraphe 240 du deuxième rapport lui donne un avant-goût des difficultés qu'elle rencontrera. Le point de savoir si le consentement a été donné valablement pose à lui seul tout un ensemble de problèmes. La qualité des personnes admises à donner ce consentement en pose d'autres. Pour ce qui est de la relation entre le consentement et les normes impératives, le Rapporteur spécial fait valoir très justement que certaines normes impératives contiennent un élément de consentement « intrinsèque ». Si l'on compare le paragraphe 2 de l'article 29 adopté en première lecture avec le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, on s'aperçoit que ce problème n'a même jamais été effleuré. Le paragraphe 2 de l'article 29 dit que le paragraphe 1 (le fait que le consentement puisse être une circonstance excluant l'illicéité) ne s'applique pas si l'obligation découle d'une norme impérative du droit international général. Or, le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte constitue assurément une norme impérative. Et pourtant, chacun reconnaît que si un État consent à ce que les forces militaires d'un autre État traversent son territoire, cette « autorisation » va constituer une dérogation aux dispositions du paragraphe 4.

14. Si la Commission décide de conserver l'article 29, le paragraphe 2 de la version adoptée en première lecture est à l'évidence très insuffisant. Les arguments avancés dans le deuxième rapport ne militent pas non plus en faveur du maintien de l'article. Les problèmes que la Commission rencontrerait si elle choisissait de le conserver seraient trop nombreux et délicats pour être confiés à un comité de rédaction.

15. Le seul argument valable qui a été avancé en faveur du maintien de l'article 29, c'est qu'il n'a pas été remis en question par les gouvernements. Mais cet argument est-il

⁶ Ibid., par. 3.

pertinent et suffisant ? Les arguments qui penchent en faveur de sa suppression sont plus convaincants, et le premier d'entre eux est que le consentement n'a pas sa place parmi les circonstances excluant l'illicéité, car il ne correspond pas à la définition que la Commission a donnée de ces circonstances. Par ailleurs, ainsi que l'a fait remarquer M. Kateka (2587^e séance), l'article 29 risque de donner lieu à des abus, ce qui constitue une raison de plus pour l'abandonner. M. Simma est donc favorable à sa suppression.

16. M. ELARABY dit que l'analyse que le Rapporteur spécial a faite des problèmes soulevés par l'article 29 est très convaincante mais qu'il ne pense pas que ces problèmes soient une raison suffisante pour le supprimer. Une réflexion approfondie et un travail délicat de rédaction seront évidemment nécessaires sur les différents aspects mentionnés au paragraphe 240 du deuxième rapport, mais on ne peut pas, à son avis, se dispenser de parler du consentement dans le projet d'articles, car plusieurs questions soulevées par les gouvernements méritent d'être précisées.

17. Par exemple, lorsqu'on lit le paragraphe 20 du commentaire de l'article 29 adopté en première lecture, il apparaît clairement que le consentement donné par un État n'est en réalité qu'un élément d'un accord qui se réalise entre deux parties : le sujet titulaire de l'obligation et le sujet titulaire du droit subjectif correspondant – qui y renonce. L'accord ne produit évidemment d'effet qu'entre les parties concernées et l'obligation continue d'exister à l'égard de toutes les autres parties. Cet aspect devrait être souligné. Nonobstant les difficultés rédactionnelles, il est aussi important de dire que le consentement doit avoir été donné valablement, c'est-à-dire, notamment, qu'il doit avoir été explicite et ne doit pas avoir été extorqué sous la contrainte. Ainsi que l'a fait observer M. Kateka (ibid.), les États peuvent exercer une contrainte sur les autres parties pour les forcer à donner leur consentement et il faut mentionner quelque part que cela n'est pas autorisé.

18. Enfin, le paragraphe 17 du commentaire de l'article 29 adopté en première lecture souligne que le consentement a une portée et une durée limitées. Ces limitations doivent aussi être définies dans le projet d'articles. La Commission doit guider les États.

19. Ne serait-ce que pour ces raisons pratiques, M. Elaraby estime que l'article 29 doit être conservé, même s'il est d'accord avec M. Hafner sur le fait qu'il faudrait en modifier le titre et le remplacer par « Consentement préalable ».

20. M. ECONOMIDES dit que son commentaire portera à la fois sur l'article 29 et sur l'article 29 *bis* (Observation d'une norme impérative [*jus cogens*]) proposés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport car, à son avis, ces deux dispositions sont étroitement liées.

21. En ce qui concerne l'article 29, il partage dans une large mesure les conclusions du Rapporteur spécial, car il a toujours considéré cet article, ou plus exactement le paragraphe 1, comme peu orthodoxe : il y a quelque chose de gênant dans le fait qu'un État puisse donner son consentement pour que des actes illicites soient perpétrés à ses dépens. Une telle disposition n'a pas sa place dans le projet d'articles sur la responsabilité des États car, s'agis-

sant des petites limitations de souveraineté, elle est superflue, tandis que pour les grandes limitations de souveraineté, elle pose des problèmes et est carrément indésirable. M. Economides n'a donc pas d'objection à ce que le paragraphe 1 soit supprimé.

22. En revanche, le paragraphe 2, habilement remanié, pourrait compléter utilement l'article 29 *bis* proposé par le Rapporteur spécial. À la fin de cet l'article, on pourrait dire, par exemple, qu'un État « ne peut, par son consentement, rendre licite à son égard le fait d'un autre État qui ne serait pas conforme à une obligation internationale découlant d'une norme impérative du droit international ». Cela permettrait à la fois d'insister sur la puissance juridique de la norme impérative et de tracer, *a contrario*, les limites du consentement.

23. L'article 29 *bis* proposé semble absolument nécessaire car, sans lui, le chapitre V ne serait pas complet. S'il y a conflit entre une obligation internationale impérative et une obligation internationale ordinaire pour juger du caractère licite ou illicite d'un fait de l'État, c'est évidemment la norme impérative qui doit seule être prise en compte. Toutefois, le libellé de l'article 29 *bis* appelle deux remarques : le mot « requis » paraît inapproprié. Quant à la formule « étant donné les circonstances », elle obscurcit les choses au lieu de les éclairer. L'article pourrait être formulé comme suit : « L'illicéité d'un fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si le même fait est conforme à une norme impérative du droit international général. »

24. Ou encore, en mettant davantage l'accent sur le conflit d'obligations, on pourrait dire que « l'illicéité d'un fait de l'État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si cette obligation est en conflit avec une norme impérative du droit international général ». Cette formulation est inspirée de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969.

25. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) fait observer que le débat actuel ne porte pas sur l'article 29 *bis* et qu'il conviendrait d'épuiser le débat sur l'article 29 au fond avant de se pencher sur la proposition que vient de faire M. Economides à propos du paragraphe 2 de l'article 29.

26. M. SIMMA remarque que la notion de consentement est présente dans l'article 29 *bis* proposé et soulève le même problème de logique que celui sur lequel certains membres de la Commission ont appelé l'attention. Dire à l'article 29 *bis*, dans un nouveau paragraphe 2, que le consentement n'exclut pas l'illicéité au regard du *jus cogens* pourrait signifier *a contrario* que le consentement serait naturellement valable dans d'autres circonstances. Si la condition du consentement n'est pas expressément exprimée, on ne peut l'entourer de certaines limites (« valablement donné », « réellement exprimé ») dans un nouveau paragraphe 2 de l'article 29 *bis*, car il serait absurde de déclarer que le consentement, même valablement donné, devient caduc si le fait est contraire aux règles du *jus cogens*.

27. M. ECONOMIDES précise qu'il s'est prononcé contre l'inclusion dans le projet du paragraphe 1 de l'article 29 mais qu'il est favorable à l'inclusion du paragraphe 2 à la suite de la disposition de l'article 29 *bis* proposé. Il est exact que le consentement ne peut rendre licite

un fait de l'État qui serait contraire à une obligation du *jus cogens*. *A contrario*, on suppose que, dans les autres cas, le consentement peut rendre licite un tel fait. En réalité, tous les autres cas dépendront de l'interprétation de la règle primaire.

28. M. KAMTO penche pour la suppression de l'article 29. En effet, un consentement donné avant la survenance du fait peut engendrer deux situations. Ou bien ce consentement n'est pas contraire à une norme impérative ou à une obligation objective *erga omnes*, et alors il n'y a aucune difficulté puisque le fait entre dans le cadre des relations normales entre deux États. Ou bien le consentement est contraire au *jus cogens*, et alors on peut se trouver dans une situation où deux États se soustrairaient à des obligations multilatérales. À défaut de supprimer l'article, il faudrait au moins le remanier. Mais la proposition de M. Economides ne semble pas résoudre totalement le problème, car sa formulation viserait simplement à donner une explication, une explicitation de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, et non pas véritablement à créer un système d'exonération de l'illicéité. Dire que l'illicéité serait exclue du fait que le fait illicite serait conforme à une obligation du *jus cogens* n'apporte rien de nouveau. Si le fait n'est pas illicite parce que conforme à une obligation du *jus cogens*, l'obligation de départ ne doit pas exister puisque, de toute façon, elle est contraire au *jus cogens*. Ainsi, ce sont non seulement des arguments d'ordre pratique (confusion entre le droit des traités et le droit de la responsabilité) mais également des arguments juridiques qui militent en faveur de la suppression de l'article 29.

29. M. HE dit qu'il ressort du deuxième rapport que, dans de nombreux cas, le consentement de l'État donné avant la survenance du fait revient à légaliser ce fait dans le droit international tandis que le consentement donné après la commission du fait auquel il se rapporte équivaut à une renonciation, sans toutefois empêcher la responsabilité de naître au moment de la survenance du fait. Ni l'un ni l'autre de ces cas ne constitue une circonstance excluant l'illicéité. On peut néanmoins envisager un troisième cas, celui où le consentement préalable peut avoir été valablement donné mais où il ne fait pas partie de la définition de l'obligation, auquel cas le consentement visé à l'article 29 adopté en première lecture pourrait encore s'appliquer. On peut se demander si une telle possibilité est exclue. L'exemple donné par le Rapporteur spécial dans la première note de bas de page relative au paragraphe 238 de son deuxième rapport, proche de l'idée de Fitzmaurice d'une « acceptation de non-exécution », pourrait bien entrer dans le champ d'application de l'article 29, en ceci que cet article pourrait exonérer l'État A de sa responsabilité. À cet égard, l'article 29 pourrait encore être utile après avoir été remanié conformément aux vues exprimées au cours du débat.

30. M. LUKASHUK voit dans le débat sur l'article 29 une discussion purement théorique. Il ne s'agit pas ici de développement progressif du droit, mais de codification de dispositions existantes, conformément à la Convention de Vienne de 1969. Le consentement représente un accord dans le cadre duquel on peut mettre fin à d'autres parties de l'accord. Que l'on maintienne ou non l'article 29, la situation restera inchangée car cet article est une concrétisation d'une disposition générale applicable aux articles

sur la responsabilité. On s'est posé différentes questions, notamment quant au rapport avec les normes impératives du *jus cogens*, sur la contrainte par exemple, mais ces questions sont réglées par la Convention et l'on ne peut lier chaque article à ces dispositions générales. Si l'on supprime l'article 29, la situation ne changera pas, mais c'est la logique même du projet qui en souffrira. C'est donc pour préserver la systémique, la logique générale du projet que M. Lukashuk estime nécessaire de maintenir l'article 29.

31. Pour M. BROWNLIE, il serait catastrophique de supprimer l'article 29. En premier lieu, une telle suppression serait en contradiction totale avec l'expérience. En deuxième lieu, ce serait entièrement inefficace car le consentement continuerait à être une justification en droit international, et que la Commission dise le contraire n'y changerait rien. En troisième lieu, cela serait considéré comme excentrique et porterait atteinte à la réputation de la Commission. En quatrième lieu, enfin, ce serait illogique : le consentement peut engendrer une situation où la règle primaire cesse d'être obligatoire et la question du consentement en tant que justification perd toute consistance. Cette analyse ne vaut cependant pas dans le contexte de débats judiciaires devant un tribunal arbitral international. Dans un tel cadre, l'argument selon lequel le consentement empiète sur les obligations primaires est possible, mais l'on pourrait inversement dire, si cela n'était pas le cas, que les circonstances avaient engendré un consentement au risque particulier de dommage même si l'obligation primaire était restée en vigueur. Il y a là deux situations qui peuvent être étroitement associées, comme le sont de nombreuses situations factuelles, mais qui ne sont cependant pas similaires. Il est donc illogique de parler de validité ou de non-validité d'une obligation primaire. Quant à l'argument selon lequel on se heurte à de difficiles problèmes de rédaction et qu'il faut faire référence au *jus cogens*, il ne semble guère probant. Dans la plupart de ses travaux la Commission rencontre des difficultés de rédaction quant au *jus cogens*.

32. M. ADDO dit qu'en droit international beaucoup de violations des droits d'un État peuvent être légitimées par le consentement de ce dernier. Mais ce consentement doit être donné avant ou au moment même où se produit la violation. Un consentement rétrospectif constituerait une renonciation au droit de demander réparation mais ne réparerait pas la violation du droit international commise. Tout consentement serait bien entendu vicié par l'erreur, la contrainte ou la fraude, par analogie avec les règles qui s'appliquent aux traités. La question de savoir si le consentement a été donné librement à l'avance est de fait cruciale et soulève de nombreuses difficultés, car elle a souvent été invoquée par les États pour tenter de justifier ce qui constituait des actes flagrants d'intervention. Ainsi, l'entrée de troupes étrangères sur le territoire d'un État, qui aurait été normalement illicite, devient licite, en règle générale, si elle se produit avec le consentement de cet État. Tant le Conseil de sécurité que l'Assemblée générale ont eu à connaître de nombreuses affaires de ce type. Le principe fondamental du consentement en tant que facteur légitimant n'a pas été contesté dans ces instances. Par contre, des divergences d'opinion ont toujours surgi sur la question de savoir si le consentement avait été donné valablement, si les droits d'autres États avaient été violés

ou si des normes impératives avaient été enfreintes. Selon le paragraphe 11 du commentaire de l'article 29 adopté en première lecture, le consentement, pour être valable, doit être « réellement exprimé », mais cette expression peut prendre la forme d'un comportement tout autant que d'une expression verbale. On peut dès lors se demander s'il y a consentement lorsqu'un élément de contrainte est présent, si des menaces implicites d'invasion ou des menaces de représailles économiques invalident le consentement, si pour être valable le consentement suppose le soutien du peuple d'un État, si le droit interne est pertinent et décisif ou si les normes du droit international s'appliquent pour déterminer la « volonté » de l'État. Ces questions se sont posées dans plusieurs affaires d'intervention militaire. Le consentement n'exclut l'illicéité d'un fait qu'à l'égard de l'État qui donne son consentement. Mais un fait auquel a consenti un État peut constituer une infraction pour un autre État. Par exemple, les dommages causés aux nationaux d'un État consentant en violation d'une convention internationale peuvent aussi constituer une infraction à l'égard d'autres parties à la convention. Il convient de noter que le projet de la Commission considère que même un consentement librement donné n'exonérerait pas un État de sa responsabilité lorsque l'obligation relève du *jus cogens*. Cela implique-t-il une extension du principe du *jus cogens* au-delà de ce qui est énoncé aux articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969 ? Le rapporteur spécial Roberto Ago et la Commission se sont fondés sur des « principes logiques » et non sur la pratique. La question se pose alors de savoir si un gouvernement serait libre de consentir à abandonner sa souveraineté pour devenir un protectorat ou une province d'un autre État, si l'on peut affirmer que l'autodétermination est un principe du *jus cogens* et si l'organisation d'un référendum peut être exigée comme condition du consentement d'un État à l'abandon de ses droits souverains au profit d'un autre État. Ce sont là de vastes questions auxquelles les membres de la Commission devraient réfléchir avant de prendre la décision de maintenir l'article 29. M. Addo penche quant à lui pour sa suppression, car il pose plus de questions qu'il n'en résout. L'expérience est préférable à la logique.

33. M. PELLET met la Commission en garde contre le danger qu'il y aurait à s'engager à la légère vers une remise en cause des dispositions d'un projet adopté en première lecture et globalement bien accueilli. Bien entendu, rien n'empêche la Commission de revenir sur un article, voire de le supprimer ou d'en ajouter d'autres, surtout si l'on considère que certaines dispositions du projet sont à l'examen depuis 20 ou 30 ans. M. Pellet ne reproche pas au Rapporteur spécial de souhaiter supprimer telle ou telle disposition si celui-ci estime qu'il y a des raisons impératives de le faire. Mais tel n'est pas le cas en l'espèce. Rejoignant M. Brownlie, M. Pellet croit que, d'une certaine manière, la Commission se ridiculiserait en supprimant l'article 29. M. Addo a dit que l'expérience devait l'emporter sur la logique. Or, précisément, l'expérience, la pratique en la matière, est que le consentement valablement donné constitue une circonstance excluant l'illicéité. M. Pellet a beaucoup de mal à comprendre les raisonnements alambiqués de certains membres de la Commission qui semblent douter de ce qui paraît une évidence correspondant à une pratique constante, fermement établie : lorsqu'un État donne son consentement à un fait,

celui-ci est valide même s'il existait au départ une règle contraire. Il est également très difficile de comprendre l'affirmation selon laquelle lorsque le consentement joue comme circonstance excluant l'illicéité, il est inclus dans la règle primaire. Cela ne correspond pas à la réalité du droit. Il y a d'un côté des règles primaires qui excluent ou non la possibilité de donner un consentement et d'un autre côté une règle générale qui est que, lorsqu'un État exprime son consentement à ne pas appliquer une règle de droit positif, sa responsabilité n'est pas engagée parce que l'illicéité elle-même est gommée. La règle exprimée au paragraphe 1 de l'article 29 adopté en première lecture joue en quelque sorte le rôle du principe *rebus sic stantibus* en droit des traités. Il est vrai que certains auteurs affirment que ce principe est une clause implicitement incluse dans les traités. Mais c'est là une analyse artificielle; il s'agit en fait d'une règle générale du droit international. L'idée que l'on peut donner son consentement au non-respect d'une règle a priori générale paraît également être une règle du droit international. Les règles primaires n'ont rien à voir avec le sujet, certaines peuvent exclure ou inclure la possibilité du consentement mais c'est un problème complètement différent. Il serait regrettable que la Commission propose de supprimer une disposition qui paraît relever de l'évidence.

34. Par ailleurs, M. Pellet se range parmi les membres de la Commission qui ont indiqué que le consentement ne constitue une circonstance excluant l'illicéité que s'il est préalable. Si le consentement est donné *ex post facto*, on se trouve dans le domaine de la mise en œuvre de la responsabilité, donc de la deuxième partie du projet d'articles. Si, comme il l'espère, le consentement est maintenu parmi les circonstances excluant l'illicéité, les termes « valablement donné » ne posent pas de problème particulier car il est tout à fait vrai que n'importe quel consentement n'est pas valable, et les exemples cités par M. Addo sont pertinents et convaincants. Pour M. Pellet, le moment n'est pourtant pas bien choisi pour se demander quand un consentement est valablement ou non donné. Si certains membres de la Commission considéraient que la validité du consentement constitue une question décisive, il faudrait l'inscrire à l'ordre du jour, mais il ne lui semble pas que l'on puisse réécrire tout le droit international à propos de chaque disposition d'un projet.

35. Ces constatations le conduisent à être très sceptique sur le bien-fondé du paragraphe 2 de l'article 29 adopté en première lecture. Tout en ayant parfaitement conscience que le *jus cogens* est un garde-fou indispensable à l'expression du consentement et que le consentement contraire au *jus cogens* ne peut produire d'effet, M. Pellet pense que ce n'est là qu'une illustration parmi d'autres du « consentement valablement donné » et qu'une des mises en garde parmi d'autres que le Rapporteur spécial doit lancer très fermement et de façon très détaillée pour expliquer ce que signifient les termes « valablement donné ». C'est pourquoi il est partisan de maintenir le paragraphe 1 de l'article 29 mais de se passer du paragraphe 2, quitte à développer cette hypothèse dans le commentaire.

36. M. Sreenivasa RAO s'associe pleinement aux vues exprimées par M. Pellet et estime comme lui que, le projet d'articles s'en trouvant au stade de la deuxième lecture et certaines de ses dispositions ayant déjà été mises en application, il faudrait éviter de supprimer un article lors de son

examen, à moins qu'il existe des raisons fondamentales de le faire.

37. Il partage également les préoccupations exprimées par MM. Kamto et Kateka (2587^e séance) et par M. Addo, mais souligne que les cas évoqués ne peuvent être considérés que comme des exemples de consentement valablement donné dans un but déterminé et ne sauraient être étendus pour servir de base à la violation d'autres normes. Il est donc favorable au maintien de l'article 29 avec tous les exemples et éclaircissements éventuellement nécessaires, d'autant plus que le supprimer ne réglerait en rien les problèmes soulevés par cette question.

38. M. MELESCANU aimerait que le Rapporteur spécial fournisse un exemple de l'application de la règle posée au paragraphe 1 de l'article 29 ou bien présente une hypothèse d'une pareille application. Le droit reposant, selon lui, essentiellement sur l'expérience, il faudrait déterminer si l'expérience fournit effectivement une base pour se prononcer en faveur du maintien du paragraphe 1 de l'article 29. En effet, les exemples avancés par d'autres membres de la Commission ne semblent pas convaincants, en particulier l'exemple du droit de survol. Car s'il est vrai qu'en droit international il est interdit de survoler le territoire d'un pays sans son autorisation préalable, à partir du moment où l'accord préalable est donné, il y a application de la règle et il ne peut plus être question de fait illicite.

39. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) constate que le débat en cours porte sur le fond même de la question des circonstances excluant l'illicéité et que les membres de la Commission qui ne croient pas à la distinction entre règle primaire et règle secondaire tendent à manifester parfois un peu d'impatience à l'égard de ceux qui adhèrent à cette distinction. Son souci a été de situer la notion de consentement dans le cadre de cette distinction, retenue dans le chapitre V. Cette démarche ne pose pas de problème en ce qui concerne une bonne partie des autres circonstances envisagées dans ce chapitre. Si les difficultés soulevées par la notion de consentement peuvent être réglées par le Comité de rédaction, il faudrait procéder de la sorte.

40. MM. Brownlie et Gaja, suivis par M. Sreenivasa Rao, n'ont pas inscrit cette notion de consentement dans le contexte du consentement préalable donné dans un traité – qui à leur sens ne constitue pas une circonstance excluant l'illicéité au sens du chapitre V, mais relève de la *lex specialis*. À leur sens, on peut concevoir certains cas s'inscrivant dans le cadre d'un système accepté par tous mais présentant d'importantes exceptions, même si dans ce système une grande place est réservée au consentement. Le principe *volenti non fit injuria* pourrait bien être un principe général pour ce qui est des droits de l'État donnant son consentement. À l'évidence, il s'agit d'une nuance importante, et cela doit découler clairement de la règle et être expliqué dans le commentaire. On peut toutefois concevoir certaines situations dans lesquelles la seule excuse ou justification à un comportement a été un consentement toujours effectif au moment du fait. C'est particulièrement vrai dans le cas de l'emploi de la force. En effet, si un État consent par avance à l'emploi de la force sur son territoire puis retire son consentement, le recours à la force devient illicite même si l'État a retiré ce consen-

tement à mauvais escient. Mais M. Crawford ne pense pas qu'un État puisse renoncer à son droit de retirer son consentement à l'emploi de la force sur son territoire par un autre État. C'est là un cas intermédiaire qu'il n'a pas prévu dans son rapport. En réponse à M. Melescanu, il indique qu'à sa connaissance le paragraphe 1 de l'article 29 n'a pas été expressément invoqué dans la jurisprudence mais que chacun accepte le principe du consentement effectif comme un élément opérant important. On pourrait toutefois envisager les cas intermédiaires où le consentement n'a pas été retiré après, mais avant le fait.

41. M. GOCO rappelle à l'intention de M. Melescanu l'affaire *Savarkar*, révolutionnaire indien qui, lors d'une escale dans un port français, s'était évadé du navire sur lequel le Gouvernement britannique l'avait embarqué pour le rapatrier en Inde et y être jugé. Il avait fini par être arrêté sur le territoire français avec le consentement d'un gendarme français et la question s'était posée de savoir s'il y avait eu ou non consentement dans ce cas puisque le Gouvernement français avait ultérieurement désavoué cet agent, ce qui pose le problème de l'identification de l'autorité habilitée à donner son consentement.

42. Quant à la question soulevée par M. Addo, elle touche à des points très délicats, car il faut déterminer si le consentement est effectivement donné, et ensuite s'il est limité par d'autres facteurs. De l'avis de M. Goco, il ne faudrait pas consacrer trop de temps à ces éléments et il y a une certaine logique dans les conclusions tirées par le Rapporteur spécial. Le consentement préalable donné valablement entraîne la licéité, mais s'attacher à déterminer si ce consentement a été donné dans des conditions valables revient à s'engager sur une voie semée d'embûches. Que le droit soit affaire de logique ou d'expérience, il est également le reflet de l'époque et doit évoluer en conséquence.

43. M. TOMKA estime que déterminer si l'article 29 a été expressément invoqué ou non n'est pas essentiel. Revenant à la question posée par M. Melescanu, il constate qu'il arrive qu'une personne considérée comme dangereuse soit arrêtée par les forces d'un État sur le territoire d'un autre État, ce dernier ayant au préalable donné son consentement à cette arrestation. En donnant ce consentement, cet État accepte le gel de l'obligation de l'autre État, mais l'illicéité n'est exclue que dans le cas particulier visé et il n'y a pas suspension en général de la règle qui établit l'obligation.

44. M. PELLET constate que dans l'affaire *Savarkar* on peut faire valoir que le consentement n'avait pas été donné de façon licite, n'avait donc pas été valablement exprimé, mais qu'au moins s'il l'avait été la règle établie à l'article 29 aurait joué – considération qui milite aussi en faveur du maintien du paragraphe 1 du projet d'article 29.

45. M. ROSENSTOCK se dit favorable à la suppression de l'article 29 mais constate qu'aucune majorité ne se dégage en faveur du maintien ou de la suppression. Il faudrait dès lors envisager de demander au Comité de rédaction d'apporter au texte des modifications mineures qui soient acceptables par les tenants de la suppression. Le Rapporteur spécial semble lui-même commencer à faire

machine arrière et il n'apparaît pas souhaitable de consacrer trop de temps à ce débat.

46. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) souscrit à la proposition de M. Rosenstock. Résumant le débat, il note qu'effectivement les gouvernements n'ont pas critiqué l'insertion de l'article 29 en tant que tel mais se sont contentés d'exprimer des préoccupations au sujet de sa formulation – même si cette formulation semble soulever des questions allant beaucoup plus loin que certains commentaires le donneraient à penser. De plus, des cas intermédiaires sont concevables, comme envisagé dans la dernière note de bas de page relative au paragraphe 238 du deuxième rapport. Enfin, le Rapporteur spécial est sensible à l'argument selon lequel la suppression de l'article pourrait amener à penser qu'il a bien d'autres implications que les préoccupations suscitées par des distinctions, qui sont à bien des égards hautement manipulables. La question qui se pose est de savoir où se situe exactement la limite entre règle primaire et règle secondaire. Si, en fin de compte, il est décidé – ce qui semble probable – de maintenir la notion de consentement dans le projet, il faudrait s'entendre sur des formulations satisfaisantes répondant aux préoccupations exprimées par plusieurs membres de la Commission.

47. M. DUGARD note que le deuxième rapport du Rapporteur spécial se caractérise par sa clarté sur le plan de la jurisprudence et par la volonté d'établir une distinction entre règles primaires et règles secondaires. Que le droit soit affaire d'expérience ou de logique, le seul élément éventuellement susceptible de justifier le maintien de l'article 29 lui semble être que le principe visé fait partie intégrante de l'expérience, qu'il s'agisse du droit interne ou du projet d'articles sur la responsabilité des États.

48. Dans le débat en cours, il n'a guère été fait référence à l'analogie avec le droit interne alors que le principe *volenti non fit injuria* est tiré de ce droit. C'est un principe général qui se retrouve dans de nombreux systèmes juridiques et qui est en particulier largement accepté en droit pénal. Pour autant, il ne faut pas s'en tenir strictement aux préceptes du droit interne puisque celui-ci ne repose pas sur une distinction tranchée entre règles primaires et règles secondaires et que les systèmes de droit interne sont de beaucoup antérieurs à l'établissement de cette distinction. Ainsi, si l'on considère la notion de coups et blessures, force est de constater qu'en droit interne elle est souvent définie comme l'invasion de l'intégrité corporelle d'une personne par une autre sans son consentement; la notion de consentement fait donc là partie de la règle primaire. En revanche, dans la plupart des systèmes de droit interne, il est admis que le consentement donné exclut l'illicéité. Les conceptions ne sont donc pas claires, ce qui tient à la manière dont s'est formé le droit interne. La question qui se pose alors est celle de savoir si la Commission souhaite s'en tenir aux eaux troubles du droit interne ou opter pour la logique préconisée par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport.

49. Une autre raison milite par contre en faveur de la suppression de l'article 29 : c'est la difficulté à déterminer quelle est l'autorité habilitée à donner son consentement. Dans le cas du droit interne c'est chose facile, mais en droit international c'est souvent un exercice ardu, et du reste Ago a, en son temps, bien senti ce problème en éta-

blissant que le consentement doit être « valablement donné ». Une affaire récente – l'arrestation de M. Öcalan au Kenya – illustre bien cette difficulté, puisqu'il n'est pas encore clairement établi si le consentement à son arrestation sur le territoire kényen a été donné par une personne à ce habilitée. Dans la négative, cette arrestation se révélerait illicite.

50. C'est pourquoi M. Dugard juge préférable d'opter pour la clarté de la jurisprudence et de considérer que l'absence de consentement est une condition intrinsèque d'illicéité et que donner son consentement n'exclut pas l'illicéité. Sa décision de s'opposer au maintien de l'article 29 est confortée par l'impossibilité de donner un bon exemple d'affaire dans laquelle le consentement aurait exclu l'illicéité. M. Tomka a mentionné l'hypothèse de l'enlèvement, mais la règle primaire n'en demeure pas moins en l'occurrence qu'il ne doit pas y avoir intrusion sur le territoire d'un État par un agent d'un autre État. Dans l'affaire *Eichmann*, par exemple, l'enlèvement a été effectué sur le territoire argentin par des agents israéliens sans l'accord préalable du Gouvernement argentin; il s'agissait donc d'un acte illicite même si par la suite l'État argentin a renoncé à son droit de demander réparation à l'État israélien⁷. De même, dans le cas du survol d'un territoire, si un État donne son consentement après coup, il y a renonciation au droit à demander réparation.

51. Toutes ces considérations conduisent à se prononcer contre le maintien de l'article 29 et donc à se demander pourquoi certains souhaitent le conserver. Certains ont fait valoir que la logique allait dans le sens du maintien de l'article, mais, pour M. Dugard, c'est en fait l'expérience – des années d'acceptation de l'article 29 – qui les pousse à vouloir le conserver. Dès lors, il faut se demander quel est l'objet du débat : s'agit-il simplement d'entériner des articles approuvés antérieurement ou bien de les soumettre à un examen attentif ? Il serait certes difficile de modifier des dispositions auxquelles, par exemple, la CIJ a souscrit – tel l'article 33 (État de nécessité) – mais, lorsqu'il n'y a pas eu confirmation par la jurisprudence – comme c'est le cas pour l'article 29 – et que la pratique des États est négligeable dans le domaine concerné, il paraît judicieux de jeter un regard neuf sur la question. En l'occurrence, la logique commande de supprimer l'article 29.

52. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se déclare de prime abord en faveur du maintien de l'article 29. Il invite la Commission à la plus extrême circonspection quand elle envisage de faire disparaître une disposition d'un projet déjà ancien. Certaines de ces dispositions, en effet, ont déjà reçu un début de confirmation judiciaire, comme c'est le cas pour l'article 33. Rien ne dit qu'une situation ne se présentera pas à l'avenir dans laquelle le juge entérinera le principe d'un article qu'on aura supprimé. On ne peut préjuger du sort que connaîtra le projet d'articles, dont certaines parties, adoptées en première lecture, peuvent déjà être considérées comme des acquis du droit.

53. L'article 29 appelle cependant trois remarques. En premier lieu, son libellé inspire quelque gêne car, tel qu'il

⁷ Voir résolution 138 (1960) du Conseil de sécurité, en date du 23 juin 1960.

est construit, il donne l'impression que la relation de responsabilité entre l'État auteur du fait illicite et l'État lésé doit être envisagée dans le cadre d'un système d'obligations exclusivement conventionnel, sans qu'on sache très bien d'ailleurs s'il s'agit de traités bilatéraux ou multilatéraux. Ainsi, la notion de « consentement » et celle de « norme impérative du droit international » renvoient à la Convention de Vienne de 1969, tout entière consacrée aux règles primaires du droit des traités. C'est considérer le sujet à travers un prisme déformant.

54. En deuxième lieu, les obligations dont la violation constitue le fait internationalement illicite peuvent être des obligations de droit international coutumier, de droit international général, de droit impératif, de droit objectif, etc., toutes choses qu'il faut avoir à l'esprit quand on analyse l'article 29.

55. En troisième lieu, le grand défaut de l'article 29 est qu'il singularise le rôle du comportement de l'État lésé dans la survenance du fait illicite en le ramenant au consentement que cet État est censé donner dans certaines conditions, qui restent d'ailleurs à la fois indéterminées et précises. Si l'on veut être rigoureux quant à l'importance du comportement de l'État lésé dans la survenance du fait illicite en tant que circonstance excluant l'illicéité de ce fait, il faut adopter la même ligne de conduite et être aussi exigeant pour les autres circonstances d'exonération de l'illicéité (détresse, force majeure, etc.).

56. Il faudrait aussi répondre à la question de la forme (écrite, déclarative ou autre) que peut revêtir le consentement dont il s'agit. L'article 29 reste muet sur ce point. De surcroît, tous les États sont susceptibles de se trouver dans la situation que vise cette disposition et on peut se demander s'ils doivent la prévoir dans leur constitution ou dans quelque autre code. Sans compter qu'il faut envisager cette forme paradoxale qu'est le silence, qui peut traduire un consentement implicite : l'absence de réaction de l'État peut être considérée après un certain temps comme un assentiment. Des considérations d'ordre politique font que, dans l'organisation de leurs relations juridiques, les États n'étaient pas forcément leurs intentions. Ce n'est que lorsqu'il y a contentieux que l'on est appelé à s'interroger sur ce qui est convenu entre eux. Le réalisme oblige à constater qu'il y a des formes de consentement tacite à un fait illicite et que ce consentement tacite est une cause d'exclusion de l'illicéité.

57. Si donc M. Pambou-Tchivounda est d'accord pour que l'on maintienne l'article 29, il précise que c'est à deux conditions. Au paragraphe 1, il faudrait faire disparaître toutes les formules qui peuvent brouiller la réalité juridique et n'ont qu'un intérêt théorique, comme c'est le cas de l'adverbe « valablement ». Au paragraphe 2, comme on voit mal à quoi sert de reprendre mot pour mot l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, citation en l'occurrence lourde de malentendus, il faudrait conserver la première phrase seulement et y ajouter une référence aux obligations de caractère objectif, aux obligations *erga omnes*. La jurisprudence existe sur ce point et il est impossible de faire l'impasse sur ce type d'obligation. Si l'on parle ainsi d'« une norme de *jus cogens* ou une norme *erga omnes* », on pourra se dispenser de l'article 29 bis.

58. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) constate que le problème que soulève l'article 29 tient en partie à ce que la situation qu'il envisage est la moins probable de toutes les circonstances susceptibles d'exclure l'illicéité d'un fait international. De plus, comme on vient de le rappeler, l'article 29 implique un renversement complet de l'obligation. L'analyse de Fitzmaurice, vieille de 40 ans, reste à cet égard tout à fait pertinente.

59. Deux choses sont également claires. D'une part, si aucun gouvernement qui a présenté des commentaires sur cette disposition ne l'a acceptée expressément, aucun non plus n'a proposé de la faire disparaître. D'autre part, la majorité des membres de la Commission semble pencher pour son maintien.

60. Il faut cependant rappeler qu'il s'agit ici non pas d'une situation dans laquelle l'illicéité aurait été exclue à l'avance par convention antérieure entre deux États, sous le couvert d'un traité ou de quelque autre instrument assimilable à un traité, mais bien d'une situation dans laquelle le consentement est donné au moment même où se produit le fait illicite. Ce cas, que l'on pourrait appeler « intermédiaire », existe bel et bien et, pour cela même, le principe général qui veut qu'un État est maître de ses propres droits doit être consacré expressément au chapitre V. L'article 29 est précisément le reflet de ces situations intermédiaires.

61. Le Rapporteur spécial ne s'oppose pas à ce que l'on renvoie l'article 29 au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci devra donner une version modifiée du principe qu'il consacre.

62. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection il considérera que la Commission souhaite renvoyer l'article 29 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

ARTICLE 29 bis

63. M. GAJA rappelle que les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969 disposent que tout traité qui se trouve en conflit avec une norme impérative du droit international général est nul et vide de ses effets. La procédure prévue à l'article 65 de la même convention fixe la procédure d'annulation et d'extinction d'un traité qui est en conflit avec le *jus cogens*. Cela signifie qu'un traité reste en vigueur pour ce qui est de l'obligation de cause tant que cette procédure n'a pas abouti. On peut donc imaginer qu'une obligation prévue par le traité subsiste et coexiste avec une autre obligation imposée par une norme impérative. Or, le terme même de « norme impérative » signifie que, lorsqu'un acte est incompatible avec celle-ci, il est considéré comme illicite. C'est le cas, par exemple, de l'emploi de la force sur le territoire d'un autre État, qui reste illicite même s'il existe un traité qui la prévoit. Comme l'a rappelé M. Economides, l'obligation de la règle impérative prévaut sur celle de la règle conventionnelle. Il est également évident que l'obligation conventionnelle est une obligation que les États parties sont libres de ne pas respecter. Mais cela ressortit non pas au droit des traités, mais bien au droit de la responsabilité des États.

64. Le nouvel article 29 *bis* (Observation d'une norme impérative [*jus cogens*]) proposé n'est peut-être pas absolument nécessaire, mais il ne peut faire de mal. Il n'en pose pas moins la question de savoir quelles dispositions de la Charte des Nations Unies priment les obligations dont les États Membres conviennent entre eux : s'agit-il de toutes les dispositions ou uniquement de celles qui correspondent à une règle impérative de droit international ?

65. M. PELLET dit que la précision apportée par l'article 29 *bis* non seulement ne fait pas de mal mais est fort utile. Comme le fait remarquer le Rapporteur spécial, il vaut mieux ne pas trop la diluer en expliquant qu'un comportement contraire à une norme de *jus cogens* n'est pas licite. C'est une règle de droit international général qui n'est pas propre au droit de la responsabilité des États. Il vaudrait mieux laisser l'article 29 *bis* tel qu'il est.

66. Le Rapporteur spécial affirme d'autre part qu'il n'est pas nécessaire de reprendre la définition de la norme impérative. Or, cela a été déjà fait au paragraphe 2 de l'article 29 adopté en première lecture. Cette définition, qui reste contestée, doit apparaître quelque part dans le projet – au contraire de ce que dit le Rapporteur spécial de façon peut-être un peu catégorique – mais pas nécessairement à son emplacement actuel. Elle ne doit pas non plus être forcément calquée sur celle que donne l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, qui a une visée exclusivement fonctionnelle puisqu'elle est adaptée aux fins du droit des traités. En se dégageant de ce contexte, on peut réfléchir à une définition plus large.

67. M. TOMKA dit qu'il a du mal à concevoir une situation dans laquelle le principe fixé dans l'article 29 *bis* aurait à s'appliquer. En droit international coutumier, ce principe signifie qu'il existe une règle coutumière qui oblige un État à un certain comportement en même temps qu'il y a une règle impérative qui le lui interdit. Il faudrait qu'il y ait conflit entre obligations de droit international général pour que l'article 29 *bis* ait une utilité pratique.

68. En droit des traités, si un traité est en conflit avec une norme impérative, il est invalidé *ab initio* et aucune obligation n'en découle. Si une nouvelle règle impérative apparaît par la suite, que le traité en vigueur enfreint, et si un État invoque ce conflit pour dénoncer le traité, celui-ci est nul à partir du moment où cet État invoque cette circonstance. Dès cet instant, cet État est exonéré de son obligation de comportement, et on ne voit pas quel conflit peut apparaître.

69. M. Tomka n'est donc pas contre le principe exprimé à l'article 29 *bis*, mais il ne voit pas comment un État peut être tenu par une norme impérative d'adopter un certain comportement en même temps qu'il en est empêché par une autre.

70. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) pense, comme M. Pellet, que la conception du *jus cogens* est trop influencée par les conditions dans lesquelles la première définition formelle en a été donnée dans le contexte du droit des traités. Il juge séduisante l'idée de la reconsidérer du point de vue de la responsabilité des États, à condition que ce ne soit pas seulement dans le contexte de l'article 29 *bis*, car le terme *jus cogens* revient ailleurs dans le projet. On n'a pas encore décidé que celui-ci contiendrait cette définition mais, si la Commission choisit

d'en prévoir une, encore devra-t-elle s'interroger sur son emplacement dans le texte.

71. Comme l'a dit M. Gaja, à un niveau général, s'il y a conflit entre les exigences d'une norme impérative et celles d'une norme qui ne l'est pas, ce sont les premières qui prévalent. Mais cela se situe en dehors de la sphère du droit de la responsabilité, qui ne fait qu'en refléter les conséquences. Cela dit, la Commission a à s'occuper des conflits de fond, et non des conflits *litteris verbis* qui touchent au libellé même des traités. Elle doit envisager d'abord les conflits avec des règles qui ne sont pas des règles conventionnelles, ensuite les conflits qui ne naissent pas du traité en tant que tel mais de circonstances particulières.

72. Si l'on ne prend pas une attitude un peu moins stricte à l'égard de ce qui constitue une cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait d'un État, on entérinera une conception particulièrement étroite du *jus cogens*, eu égard surtout à la position déjà prise à propos du consentement : celui-ci n'a d'effet qu'au niveau des obligations expresses et de leur extinction après une procédure relativement extraordinaire, alors que l'effet réel du *jus cogens* est beaucoup plus fondamental.

73. D'un point de vue plus pragmatique, selon la Convention de Vienne de 1969, un conflit entre un traité et le *jus cogens* invalide ce traité *in toto*, y compris donc les dispositions qui pourraient être bénéfiques. Il n'est pas dans l'intérêt du droit international d'annuler un traité au motif qu'il est accessoirement en conflit avec certaines normes impératives. Il est clair que si un traité prévoit, par exemple, la réduction en esclavage de la population d'un État par un autre État, ce traité est nul et non avenue, mais c'est une pure hypothèse d'école. Dans la plupart des situations réelles, l'annulation d'un traité fait surgir des conflits accessoires. On a donc intérêt à élargir l'application de la notion de *jus cogens*.

La séance est levée à 13 h 5.

2589^e SÉANCE

Jeudi 17 juin 1999, à 10 heures

Président : M. Zdzislaw GALICKI

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Elaraby, M. Gaja, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka, M. Yamada.
