

Document:-
A/CN.4/SR.2590

Compte rendu analytique de la 2590e 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>)*

contre-mesures dans la deuxième partie, exposant les arguments pour et les arguments contre. La Commission pourra ensuite revenir à l'article 30.

77. M. ROSENSTOCK dit que le chapitre V serait cruellement insuffisant s'il n'incluait pas un article 30. À titre personnel, il juge acceptable, pour l'essentiel, le libellé de l'article 30. Nul ne peut dire si ce libellé devra ou non être radicalement remanié en fonction du sort qui sera réservé au chapitre III (Contre-mesures) de la deuxième partie.

78. Le PRÉSIDENT constate que, dans leur majorité, les membres semblent vouloir examiner l'opportunité de maintenir l'article 30, mais non la substance de celui-ci.

79. M. SIMMA exprime son plein accord avec le Rapporteur spécial et M. Rosenstock quant à la procédure à adopter, la nécessité de maintenir l'article 30 et celle de réglementer les contre-mesures dans la deuxième partie. Pour ce qui est du libellé, il entend faire deux propositions concrètes. Tout d'abord, il ne semble pas être parfaitement clair pour certains États que l'article 30 exclut les sanctions organisées. Ce point devrait être précisé, vu que des sanctions décrétées par le Conseil de sécurité en réaction à une menace contre la paix pourraient être dirigées contre un État dont le fait constitutif d'une menace contre la paix n'implique pas nécessairement une violation du droit international. Deuxièmement, il souhaite vivement que le mot « légitime », qui est chargé d'une forte connotation idéologique, soit remplacé par une expression telle que « conforme au droit » ou « justifiée », car de nombreuses activités qui sont « légitimes » ne sont pas totalement conformes au droit.

80. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA demande si la Commission ne pourrait pas travailler sur la base du nouveau texte de l'article 30 que le Rapporteur spécial a proposé de préparer, plutôt que d'examiner un texte qui semble désormais caduc.

81. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que, à l'instar de l'infortuné Coleridge du *Don Juan* de Byron, il se doit d'« expliquer son explication ». S'il devait proposer maintenant un nouvel article 30, il devrait établir deux textes différents, l'un fondé sur l'hypothèse que le traitement des contre-mesures sera maintenu dans la deuxième partie, l'autre fondé sur l'hypothèse inverse.

82. M. ROSENSTOCK tient à faire consigner que la Commission accepte désormais, en principe, que les contre-mesures aient une place dans le chapitre V, que la disposition relative aux contre-mesures ne sera pas sensiblement différente de celle de l'article 30 adopté en première lecture, et que cette disposition pourra néanmoins être réexaminée, en fonction du sort qui sera en définitive réservé au chapitre III de la deuxième partie.

La séance est levée à 13 h 5.

2590^e SÉANCE

Vendredi 18 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.

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 30 (fin)

1. M. KATEKA rappelle qu'il y a un lien entre l'article 30 (Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite) de la première partie et le chapitre III (Contre-mesures) de la deuxième partie du projet d'articles.

2. Les contre-mesures n'ont leur place dans le projet que si elles sont soumises à certaines conditions, celles que pose le chapitre III de la deuxième partie – obligation de négocier, principe de proportionnalité et règlement des différends – et qui visent à prévenir les abus. Or, le paragraphe 17 du commentaire de l'article 30⁴ laisse entendre qu'il est possible de bombarder à titre de représailles une ville ou un port d'un État agresseur, ce qui est clairement illicite. Il faut espérer que le Rapporteur spécial apportera la correction nécessaire à la version finale du commentaire. Cela dit, M. Kateka approuve l'article 30 tel qu'adopté en première lecture.

3. M. SIMMA invite à élucider la différence qu'il y a entre « contre-mesures » et « représailles », termes plus ou moins synonymes. Il s'en tient pour sa part aux formules de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, qui figure en annexe à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, du 24 octobre 1970, où, sous le principe du non-recours à la force, il est dit que « Les États ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles ».

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 2587^e séance, note 8.

impliquant l'emploi de la force ». Certes, le terme « représailles » est en voie de tomber en désuétude. Pourtant, le terme « contre-mesures » désigne une attitude plus agressive et a des connotations moins pacifiques, car il dérive de la théorie politique américaine appliquée à la dissuasion nucléaire.

4. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) pense lui aussi qu'il faut préciser la terminologie employée. À son avis, au contraire, le terme « contre-mesures », d'usage plus récent, ne désigne que des mesures pacifiques. « Représailles » est un terme plus large qui ne coïncide pas exactement avec ce qui fait l'objet de l'article 30. Sans compter qu'il faudrait aussi faire la distinction avec les mots « rétorsion » et surtout « sanctions », lesquelles sont prises par une institution internationale, notamment le Conseil de sécurité, au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

5. M. ROSENSTOCK estime que le mot « sanctions » n'est pas celui qui convient le mieux pour désigner les mesures prises au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, car il a souvent une connotation punitive.

6. Pour M. LUKASHUK, dire que les sanctions ne sont pas une prérogative des organisations internationales, c'est contredire la pratique et aller contre un principe reçu en droit international. Le Rapporteur spécial dit lui-même à juste titre que l'on ne peut donner à des États le droit d'imposer des sanctions car cela serait contraire au droit international, et que seules les institutions internationales ont ce droit, et spécialement l'ONU, quand il y a emploi de la force.

7. M. ROSENSTOCK, précisant sa pensée, fait observer que la Charte des Nations Unies n'emploie jamais le mot « sanctions » et ne parle que de « mesures ». Ainsi, même une institution internationale n'a peut-être pas le droit d'imposer des sanctions.

8. M. KAMTO dit que la Commission aborde un sujet extrêmement délicat qui soulève d'énormes difficultés. Si l'on fait l'historique de la notion de contre-mesures, on s'aperçoit que le terme est apparu à un moment où la communauté internationale constatait la faiblesse du Conseil de sécurité et, plus généralement, du système des Nations Unies, faiblesse qui a favorisé l'apparition d'une certaine justice privée.

9. Actuellement, on se demande sérieusement si cette notion est bien en accord avec la lettre et l'esprit de la Charte des Nations Unies. Autrement dit, y a-t-il des situations dans lesquelles un État est autorisé à prendre isolément des mesures pour mettre un terme, par l'action militaire ou non militaire d'ailleurs, à une violation internationale ? Sur un plan plus juridique, la question revient à se demander quelle est la règle primaire en matière de contre-mesures. Pour la légitime défense, c'est évidemment le droit naturel. Pour les contre-mesures, même si le terme est maintenant reçu, on voit mal le principe fondamental et on ne sait pas s'il faut vraiment codifier une pratique qui est peut-être contraire au droit international. Cela renvoie accessoirement à la question de la politique normative de la Commission : doit-elle avaliser automatiquement la pratique de la CIJ, dont les décisions ne deviennent pas forcément une règle acceptable et susceptible de codification ?

10. Le Chapitre VI de la Charte des Nations Unies offre la possibilité de régler une situation où il y a violation d'une obligation internationale autrement que par des contre-mesures. La Charte ne prévoit pas que l'action militaire; elle propose d'autres mécanismes. Il est en tout état de cause indispensable de circonscrire autant que faire se peut les contre-mesures par diverses conditions : principe de proportionnalité, mécanisme de règlement des différends, obligation de négocier, etc.

11. Revenant incidemment à la notion de sanctions, M. Kamto estime que l'on ne peut qualifier de « sanctions » les mesures prises par une organisation internationale et d'un autre terme celles qui sont prises par les États. Si l'on veut rester dans la construction classique du droit, la sanction ne peut être prononcée que par une instance juridictionnelle à ce habilitée. Mais, dans l'ordre juridique international, peu importe qui impose les sanctions; c'est l'intention punitive qui permet de dire si des mesures constituent ou non des sanctions. Celles-ci n'en sont vraiment que si celui qui les subit les perçoit comme telles.

12. Quoi qu'il en soit, les contre-mesures sont entrées dans la pratique internationale. Elles figurent dans le projet du Rapporteur spécial et il ne serait pas judicieux de les ignorer. Bien au contraire : puisqu'elles sont une réalité, il s'agit d'établir pour elles un régime juridique, aussi restrictif que possible. L'appareil en place (principe de proportionnalité, mécanisme de règlement des différends, etc.) pourrait être complété en partant de l'idée que les contre-mesures sont essentiellement provisoires et qu'elles ne sont autorisées qu'en attendant un recours devant une juridiction ou une institution internationale susceptible de régler le différend qui est à l'origine des contre-mesures. On pourrait ainsi ajouter d'une part l'obligation de mettre un terme au fait dommageable et d'autre part la nécessité que le dommage soit réel. La simple violation d'une obligation internationale ne devrait pas par elle-même donner lieu à des contre-mesures.

13. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rappelle que la question à résoudre est celle de savoir si l'article 30 à l'examen doit être maintenu dans le chapitre V. Plus généralement, il faut décider si l'on traitera en profondeur des contre-mesures au chapitre III de la deuxième partie du projet d'articles.

14. M. HE pense qu'il faut maintenir l'article 30 dans le chapitre V, mais en le laissant entre crochets en attendant l'issue du débat sur le chapitre III de la deuxième partie.

15. M. TOMKA dit qu'il s'agit pour l'instant de déterminer si, par principe, les contre-mesures peuvent être une cause d'exclusion de l'illicéité. Le débat au fond doit être remis à plus tard.

16. M. GOCO dit qu'en effet la question du régime des contre-mesures est actuellement hors sujet. La Commission se place pour l'instant sous l'angle de l'illicéité.

17. M. LUKASHUK dit que l'article 30 doit nécessairement figurer dans le chapitre V, car les contre-mesures sont justement l'une des circonstances d'exclusion de l'illicéité les plus importantes, et ce, indépendamment de l'issue du débat sur le régime des contre-mesures et sur l'emplacement de l'article. On ne peut imaginer le droit international sans un mécanisme d'exécution, c'est-à-dire

ici sans contre-mesures. C'est d'ailleurs ce que reconnaît le droit positif : par exemple, la Convention de Vienne de 1969 dispose que si l'État A enfreint un traité, l'État B a le droit, à titre de contre-mesures, d'exiger l'application de ce traité ou de ne pas l'appliquer tant que dure l'infraction.

18. M. ADDO pense que l'on ne peut pas renvoyer l'article 30 au Comité de rédaction tant qu'on n'aura pas pris de décision sur le statut des contre-mesures en droit international.

19. M. GOCO dit qu'une fois que la Commission aura décidé si les contre-mesures sont une cause d'exclusion de l'illicéité, elle pourra reformuler de l'article 30.

20. MM. ELARABY, KABATSI, KAMTO et KATEKA sont d'avis que la Commission ne pourra se prononcer sur le sort à réserver à l'article 30 tant qu'elle n'aura pas achevé l'examen du chapitre III de la deuxième partie.

21. M. ROSENSTOCK note que tout le monde est d'accord sur le fait que les contre-mesures doivent être mentionnées dans le chapitre V; toutefois, une décision ne pourra être prise sur le libellé de l'article 30 que lorsque le régime des contre-mesures aura été examiné dans le contexte de la deuxième partie.

22. Le PRÉSIDENT confirme que la question est effectivement de savoir si l'article 30 doit être maintenu dans le projet d'articles et non pas d'en fixer le contenu.

23. M. PELLET estime que, pour les raisons exposées par le Rapporteur spécial, il faut conserver l'article 30 dans le chapitre V. Les contre-mesures sont un fait, une réalité incontestable de la vie internationale. Toutefois, il voudrait formuler deux remarques à propos du paragraphe 245 du deuxième rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/498 et Add.1 à 4) : à la fin de la troisième phrase, il vaudrait mieux parler de « réaction collective » que de « sanction collective », le mot « sanction » ayant forcément une connotation punitive. De même, à la fin du paragraphe, l'expression « l'État fautif » devrait être remplacée, dans la version française, par « l'État responsable », ce qui serait à son avis une meilleure traduction de l'anglais *wrongdoing State*.

24. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) explique que l'ensemble du paragraphe 245 n'est en réalité qu'un condensé du commentaire relatif à l'article 30. Il se peut donc en effet qu'il présente quelques imperfections.

25. M. LUKASHUK réprovoque, comme M. Pellet, l'idée de faute. Il note également que l'on parle de « contre-mesures à l'égard d'un fait illicite », alors que bien évidemment les contre-mesures sont prises à l'égard d'un État et non d'un fait.

26. M. KAMTO dit que ce n'est pas parce qu'un fait existe qu'il faut l'admettre comme un motif d'exonération. Les faits sont une chose et les règles de droit en sont une autre.

27. M. SIMMA dit qu'effectivement la Commission n'a pas pour mission de s'occuper des faits, mais des règles et principes juridiques : en réalité, le problème est de savoir si les contre-mesures existent en tant qu'institution. On

peut considérer que la réponse est « oui », et le fait de ne pas en parler dans le projet d'articles ne les fera pas disparaître en tant que principe établi.

28. Qui plus est, il importe de garder une certaine logique dans le projet d'articles. Si l'on supprime l'article 30 dans le chapitre V de la première partie, il ne sert plus à rien d'examiner les conditions du recours aux contre-mesures ou le principe de proportionnalité dans le chapitre III de la deuxième partie; il faudrait donc également supprimer le chapitre III (art. 47 à 50).

29. L'approche préconisée par le Rapporteur spécial, qui consiste non seulement à conserver l'article 30 mais peut-être aussi à l'enrichir en y ajoutant des éléments des articles 47 à 50 de la deuxième partie, lui semble donc préférable. Parmi les circonstances excluant l'illicéité, la Commission doit signaler aux lecteurs qu'elle n'a pas oublié les contre-mesures, quelle que soit la formulation finalement retenue pour cet article. Bien entendu, cette solution ne satisfera pas les membres de la Commission qui pensent que les contre-mesures sont illicites.

30. M. PELLET note que si le mot « contre-mesure » est relativement nouveau, la pratique elle-même – quelle que puisse être l'appellation qui lui a été donnée dans le passé – a toujours été le moyen normal par lequel les États réagissaient à l'illicite. Ainsi que l'a très justement souligné M. Lukashuk, ce concept est absolument nécessaire dans la société actuelle. En posant la question de savoir si les contre-mesures étaient une circonstance excluant l'illicéité, le Rapporteur spécial a peut-être mal posé le problème. Les membres de la Commission doivent en réalité se prononcer sur le maintien ou non de cet article dans le chapitre V, son texte pouvant le cas échéant être placé entre crochets pour indiquer qu'il est provisoire.

31. M. ADDO dit que si l'on considère que les contre-mesures font effectivement partie des circonstances excluant l'illicéité – ce dont certains membres comme M. Kamto semblent douter – il est évident qu'il faut conserver l'article 30 dans le chapitre V.

32. M. DUGARD pense que la question posée par le Rapporteur spécial est simplement de savoir si les contre-mesures excluent réellement l'illicéité et ont par conséquent leur place dans le chapitre V. Une des difficultés est que, pour des raisons évidentes, on ne trouve pas d'exemples de recours aux contre-mesures dans les systèmes de droit interne qui se caractérisent par un mécanisme vertical d'application de la loi. Mais, dans le contexte international, cette notion correspond à une nécessité et elle doit être reconnue et prise en compte.

33. M. GOCO dit que la notion de contre-mesure en droit international peut être rapprochée de celle de légitime défense en droit interne.

34. M. MELESCANU partage l'avis de M. Tomka. La Commission n'a pas à s'interroger sur le principe même de contre-mesure en droit international, mais sur le point de savoir si le fait d'agir dans le cadre d'une contre-mesure peut être une circonstance excluant l'illicéité. À son avis, la réponse est « oui ».

35. Certains membres de la Commission font valoir que le principe énoncé à l'article 30 sera explicité, ou plutôt

que les limites en seront fixées dans la deuxième partie du projet d'articles, et suggèrent, en attendant que l'on passe à l'examen de cette partie, de laisser le texte de l'article entre crochets. M. Melescanu n'est pas pour sa part très favorable à l'idée de placer entre crochets l'énoncé d'un principe fondamental du droit international. L'important lui semble être plutôt d'expliquer les raisons pour lesquelles l'article 30 est maintenu dans le chapitre V, et ce, avec ou sans crochets.

36. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que si l'on regarde les articles 48 à 50 de la deuxième partie du projet, les conditions du recours aux contre-mesures sont si strictes qu'il est difficilement imaginable que l'État qui les prend puisse commettre un fait illicite. Il est donc assez paradoxal de dire que quelque chose qui sera tout à fait conforme au droit va figurer parmi les circonstances excluant l'illicéité (autrement dit les « circonstances » qui permettent de ne pas se conformer au droit).

37. Néanmoins, la solution proposée au paragraphe 249 du deuxième rapport semble acceptable. L'article 30 pourrait être maintenu entre crochets, la question de sa formulation pouvant être décidée plus tard, lors de l'examen du régime des contre-mesures dans la deuxième partie.

38. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que si l'on se reporte aux commentaires et observations reçus des gouvernements (A/CN.4/492)⁵, on constate qu'aucun d'eux n'a suggéré de supprimer l'article 30. La plupart des membres de la Commission, quelles que soient les préoccupations qu'ils ont exprimées, semblent être du même avis. La Commission se doit de renvoyer à la Sixième Commission un projet cohérent, et nul ne comprendrait que les contre-mesures n'aient pas été mentionnées dans le chapitre V, parmi les circonstances excluant l'illicéité. La solution consistant à placer le texte (mais pas le titre) de l'article 30 entre crochets semble offrir un compromis acceptable.

39. Le PRÉSIDENT croit comprendre que les membres de la Commission sont d'avis de ne pas renvoyer l'article 30 au Comité de rédaction, tout en convenant que les contre-mesures ont leur place dans le chapitre V, parmi les circonstances excluant l'illicéité. La Commission reviendra sur le libellé de l'article 30 à la lumière de ce qui aura été décidé plus tard concernant les articles 47 à 50 de la deuxième partie.

Il en est ainsi décidé.

ARTICLE 30 *bis*

40. Le PRÉSIDENT indique que l'article 30 *bis* (Inobservation causée par l'inobservation préalable d'un autre État) est un nouvel article qui n'a de lien avec aucun des articles adoptés en première lecture. Les commentaires du Rapporteur spécial relatifs à l'article figurent aux paragraphes 314 à 329 de son deuxième rapport.

41. M. SIMMA trouve l'article 30 *bis* assez curieux dans la mesure où il regroupe, sous un même titre, plusieurs notions qui n'ont guère de liens les unes avec les

autres. Il y a tout d'abord le principe exprimé dans l'adage *exceptio inadimplenti non est adimplendum* que le Rapporteur spécial dit avoir été énoncé par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* [voir p. 31]. De l'avis de M. Simma, le principe exprimé par la Cour dans cette affaire a très peu de chose à voir avec ce que l'on désigne, en droit international, comme l'*exceptio inadimplenti contractus*; il s'agit plutôt du principe *nullus commodum capere potest de sua propria injuria* (nul ne peut tirer profit de son propre manquement). Ce principe, en cela qu'il renvoie à une situation de violation d'une obligation, peut éventuellement avoir sa place dans un projet d'articles sur la responsabilité des États, mais pas dans le chapitre consacré aux circonstances excluant l'illicéité.

42. Par ailleurs, l'adage *inadimplenti non est adimplendum* (le fait de n'être pas tenu de respecter une obligation si l'autre partie au contrat ne respecte pas la sienne) et l'*exceptio* qui en découle concernent toujours des obligations contractuelles, c'est-à-dire, dans le cadre du droit international, des obligations conventionnelles. Ce principe appartient clairement au domaine des règles primaires et il est d'ailleurs codifié, en tant que tel, par l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969. Il ne s'agit pas d'un principe qui sous-tend l'ensemble du droit international et il n'est à l'évidence pas applicable dans le cadre du droit coutumier.

43. Pour M. Simma, la Commission a eu raison, à sa quarante-quatrième session, en 1992, de rejeter une proposition du rapporteur spécial, M. Riphagen, qui avait suggéré d'accepter, outre les contre-mesures, le principe de « mesures de réciprocité »⁶. La Commission avait dit à juste titre que ces mesures de réciprocité constitueraient des représailles d'un caractère symétrique. La seule possibilité pour un État de réagir à la non-exécution d'une obligation non conventionnelle est de prendre une contre-mesure. Or, l'objet de la contre-mesure est de contraindre le responsable à revenir à la licéité et, éventuellement, à fournir une réparation. L'exception de non-exécution préalable n'entre pas dans le champ des contre-mesures. Dans ce cas de figure, l'État lésé par la violation d'une autre partie n'est pas empêché d'exécuter ses propres obligations. Il a la possibilité de s'en acquitter mais n'incline pas à le faire dès lors qu'il n'y a pas de réciprocité. En lisant l'article 30 *bis* en parallèle avec l'article 31 (Force majeure) tel que proposé dans le deuxième rapport, certains peuvent y voir un cas particulier de force majeure. Mais ici, la force majeure serait en réalité un fait de l'autre partie, et c'est pourquoi l'idée de lier la force majeure à la situation dont traite l'article 30 *bis* semble étrange. Il faut donc réserver à cet article une place distincte, mais ne pas voir dans les mesures qu'il prévoit une sous-catégorie de force majeure. M. Simma ne voit pas d'inconvénient à ce que l'article 30 *bis* soit adopté moyennant une légère modification de rédaction : l'expression « par un autre État » risquant d'être interprétée comme signifiant « par un État tiers », il serait bon de la remplacer par le membre de phrase « par un État vis-à-vis duquel la même obligation est en vigueur » ou une formule similaire.

⁶ Voir *Annuaire...* 1992, vol. II (2^e partie), par. 151, p. 24; voir également le troisième rapport de M. Arangio-Ruiz, rapporteur spécial, *Annuaire...* 1991, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/440 et Add.1, chap. I^{er}, sect. F, p. 12.

⁵ Voir également 2567^e séance, note 5.

44. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) convient que l'on ne peut considérer l'exception comme un cas particulier de force majeure, bien que dans certaines situations factuelles la distinction serait difficile à faire. L'idée sous-jacente de l'exception est que, lorsque deux parties sont tenues d'exécuter une obligation et que l'une d'entre elles ne le fait pas, l'autre partie n'est pas tenue à l'exécution sans préjudice de son droit d'inviter la première partie à honorer son obligation. Il s'agit d'une question d'exécution et non pas d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité au sens de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969. En fait, le véritable problème est de savoir si le principe de l'exception est suffisamment reflété dans les règles relatives aux contre-mesures. Il ne semble pas que la Commission ait jamais envisagé d'examiner l'exception dans le cadre du chapitre V. L'exception a été traitée exclusivement dans le cadre des contre-mesures, au titre de la deuxième partie du projet, et c'est pourquoi la question demeure ouverte dans le contexte du chapitre V. Il n'est pas sûr que les règles et restrictions prévues dans la deuxième partie à propos des contre-mesures s'appliquent comme il convient aux situations de non-exécution d'obligations synallagmatiques. Le principe de l'exception devrait être adopté, mais dans un sens aussi étroit que possible, comme celui qui est spécifiquement énoncé à l'article 80 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Il importe de préciser qu'il doit y avoir un lien de causalité clair et direct entre l'exécution d'une obligation par une partie et l'exécution de l'obligation parallèle par l'autre partie. Le sujet n'est pas abordé par le droit des traités, d'où sont exclues toutes les questions d'exécution.

45. M. SIMMA pense qu'il serait dangereux de codifier une règle portant à la fois sur les obligations de droit coutumier et les principes généraux des traités internationaux. Codifier une règle comme celle de l'article 30 *bis* donnerait aux États la possibilité de ne pas exécuter une obligation synallagmatique sans avoir à se préoccuper des restrictions minutieusement élaborées dans le domaine des contre-mesures puisqu'ils pourraient « rendre la pareille » sans aucune formalité. Par ailleurs, la façon dont l'article 30 *bis* est rédigé évoque puissamment la force majeure et l'on n'y reconnaît guère le principe de l'*exceptio inadimplenti non est adimplendum*.

46. M. GOCO dit que dans le cadre d'une obligation réciproque, lorsqu'une partie commet une violation et que l'autre en fait autant, elles sont *in pari delicto*. Il y a quelque analogie entre cette notion et celle de la non-exécution causée par une non-exécution préalable : les deux parties sont coupables.

47. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) n'est pas convaincu que la formulation large de l'exception que l'on trouve par exemple dans les Principes relatifs aux contrats du commerce international de l'UNIDROIT⁷ soit nécessaire ou souhaitable, compte tenu de la portée des contre-mesures. Dans l'interprétation plus étroite que l'on trouve à l'article 80 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, les restrictions aux contre-mesures prévues dans la deuxième partie du projet d'articles ne devraient pas

s'appliquer. On serait en présence d'un principe automatique s'appliquant dans le contexte de l'exécution. C'est en raison des préoccupations exprimées au sujet de la large portée du principe de l'exception que le Rapporteur spécial a opté pour une formulation étroite.

48. M. GAJA dit que, dans son acception courante, l'adage *exceptio inadimplenti non est adimplendum* a une signification beaucoup plus large que celle retenue par le Rapporteur spécial. On peut très bien comprendre que si l'une des parties à un traité n'exécute pas son obligation, l'autre n'entende pas remplir sa part du traité. Il s'agit d'un cas de contre-mesure qu'il ne serait pas utile de traiter séparément dans le projet. L'article 30 *bis* semble plutôt évoquer une hypothèse différente, celle d'une impossibilité pour un État de se conformer à son obligation parce que l'autre État ne s'est pas acquitté de ses obligations. Mais il peut arriver aussi que d'autres circonstances empêchent un État d'exécuter son obligation sans que l'autre État ait violé l'une des siennes. Le premier État ne réagit donc pas à un fait illicite. Ainsi, si un État A conclut un accord avec un État B en vertu duquel il financera la réalisation d'une statue en marbre sans s'engager à fournir le marbre et met ensuite un embargo sur les exportations de marbre, il ne commet pas un fait illicite, mais empêche néanmoins l'État B de remplir sa propre obligation. Il y a donc là un cas de figure qui ne correspond ni à la force majeure ni à la contre-mesure et dont on pourrait tenir compte dans le projet d'articles.

49. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA estime que l'article 30 *bis* pêche par l'imprécision des termes qui y sont employés. Dans la version française, il serait préférable de parler de « l'impossibilité » pour un État de se conformer à son obligation, plutôt que de son « incapacité » à le faire. À la fin de la disposition, l'expression « par un autre État » donne l'impression que l'on a affaire à un État tiers alors que l'on est ici dans le domaine bilatéral. Par ailleurs, la situation d'impossibilité est beaucoup plus en rapport avec la force majeure (événement extérieur imprévu) qu'avec la notion de contre-mesure. C'est pourquoi on pourrait faire l'économie de l'article 30 *bis*, quitte à aborder la question dont il traite dans le commentaire, qu'il y aurait lieu de réserver à l'article 31.

50. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) ne pense pas qu'il s'agisse exactement ici d'impossibilité. Si on prend l'exemple des échanges de prisonniers de guerre, il est bien évident que si l'une des parties ne libère pas ses prisonniers, l'autre partie n'est pas tenue de libérer les siens, et il ne s'agit pas ici de contre-mesure. Mais on ne peut parler d'impossibilité puisque l'État concerné peut très bien libérer ses prisonniers, mais n'a aucun intérêt à le faire. De même, dans le cas d'une institution financée à part égale par deux États, le fait que l'un des deux États cesse d'apporter sa contribution n'empêche pas l'autre de continuer à financer l'institution unilatéralement. Ces cas n'ont rien à voir avec les contre-mesures et les conditions actuellement formulées dans la deuxième partie à propos des contre-mesures ne s'appliquent pas en l'espèce.

51. M. BROWNLIE pense que l'hypothèse envisagée à l'article 30 *bis* tel qu'il est libellé constitue effectivement une catégorie supplémentaire de l'impossibilité – s'ajoutant à la force majeure. Toutefois, le Rapporteur spécial éprouverait moins de difficulté s'il renonçait à faire entrer

⁷ Voir 2587^e séance, note 19.

dans ladite catégorie l'*exceptio inadimplenti non est adimplendum* et les divers problèmes s'y rattachant ou bien s'il envisageait une autre catégorie encore. La difficulté tient à ce que cette hypothèse, exposée en détail à la section C du chapitre premier du deuxième rapport, amène sur le terrain difficile du droit des contrats et de la faute contractuelle, une question à laquelle les spécialistes de *common law* portent une grande attention, même si ce concept n'est pas limité aux systèmes de *common law*.

52. M. ROSENSTOCK s'associe à la position de M. Brownlie mais fait observer que l'exemple donné correspond à un cas d'inexécution d'un contrat plutôt que d'impossibilité, alors que dans le libellé de l'article 30 *bis* le problème est posé en termes d'impossibilité. Il conçoit toutefois la préoccupation que pourrait susciter la perspective de pouvoir avancer l'argument de l'inexécution d'un contrat, s'ajoutant à d'autres raisons, pour mettre un terme à une obligation ou ne pas s'en acquitter. Une fois admis que l'on se trouve dans le domaine de l'inexécution et non de l'impossibilité, M. Rosenstock se demande si l'on ne pourrait pas trouver une formulation qui ne soit pas trop ouverte.

53. M. HAFNER est d'avis, comme le Rapporteur spécial, que l'article 30 *bis* n'a rien à voir avec l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 et juge assez convaincantes les raisons avancées par le Rapporteur spécial dans son rapport. À cet égard, il lui semble que les contre-mesures, telles qu'elles sont conçues par le Rapporteur spécial à l'article 30 *bis*, ne correspondent pas à l'objet de la règle envisagée à l'article 47 (Contre-mesures d'un État lésé) de la deuxième partie. M. Hafner ne peut se ranger à l'opinion avancée par M. Simma selon laquelle une règle serait primaire du simple fait qu'elle figure dans un article de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, vu que les traités contiennent un assez grand nombre de règles secondaires. Si l'article 47 de ladite Convention est conforme au droit coutumier, il fait partie du droit coutumier et, dans la mesure où il reflète la notion d'exception, on peut considérer que celle-ci fait aussi partie du droit coutumier. C'est pourquoi, contrairement à M. Simma, M. Hafner ne pense pas que l'*exceptio inadimplenti non est adimplendum* s'applique exclusivement aux obligations conventionnelles.

54. Cela étant, M. Hafner se félicite que le Rapporteur spécial se soit penché sur la question de cette exception qui est abordée de temps à autre dans les ouvrages de doctrine juridique, et dans la pratique est invoquée par les États bien plus souvent qu'on ne le pense, en particulier dans le domaine du droit économique international.

55. La première question qui se pose est celle de l'étendue du champ d'application de cette exception; si le Rapporteur spécial n'a pas retenu la définition de Riphagen⁸, mentionnée au paragraphe 322 de son deuxième rapport, c'est pour les raisons avancées au paragraphe 329. En retenant un champ d'application trop large, on se trouve confronté au problème de l'escalade (action-réaction), lequel peut cependant être résolu par référence au principe de proportionnalité – comme cela a été le cas dans l'affaire de la vérification des accords de cessez-le-feu par

les Nations Unies mentionnée au paragraphe 328. Néanmoins, le risque de voir un État partie à un différend recourir abusivement à cette règle de l'exception en profitant d'une définition trop large subsiste, et M. Hafner estime donc que la seule option envisageable, au cas où on déciderait d'introduire cette règle, serait de limiter strictement son application. Le Rapporteur spécial s'est employé à le faire en restreignant la possibilité du recours à la règle de l'*exceptio* à la seule hypothèse où un État est dans l'incapacité d'agir de manière licite du fait du comportement initial d'un autre État. On se trouve alors très près de l'exception d'impossibilité visée dans l'article 31 mais, comme le Rapporteur spécial, M. Hafner pense que certaines différences existent et que toutes les conditions énoncées à l'article 31 ne s'appliquent pas à l'article 30 *bis* et que celui-ci devrait donc figurer dans le projet d'articles. En outre, à son avis, la théorie « des mains propres » ne fait pas encore partie du droit international général et ne devrait donc pas avoir sa place dans le projet, quel que puisse être le résultat du débat qui sera ultérieurement consacré à ce point dans le cadre de l'examen de la question de la protection diplomatique.

56. En second lieu se pose la question de l'endroit où insérer la disposition relative à cette exception dans l'ensemble du projet d'articles, et plus particulièrement la question de sa relation avec les dispositions relatives aux contre-mesures. Ce point a été longuement débattu et M. Hafner considère que M. Pellet a raison d'affirmer que le terme « contre-mesures » constitue en quelque sorte une innovation et qu'il appartient à la Commission d'en donner une définition si elle entend y recourir. Dans son sens ordinaire, ce terme recouvre l'hypothèse envisagée dans la version originale (large) de l'article 30 *bis*, mais il faudrait alors là aussi prévoir un assez grand nombre des restrictions envisagées dans le chapitre III de la deuxième partie du projet d'articles consacré aux contre-mesures. Toutefois, le risque d'abus demeurerait. En revanche, si la Commission s'en tient au libellé restrictif du projet d'article 30 *bis* tel que proposé par le Rapporteur spécial, il n'y aura pas lieu de soumettre son application aux restrictions envisagées dans la deuxième partie; la situation s'en trouverait facilitée, et M. Hafner propose donc que le texte actuel de l'article 30 *bis* serve de base de discussion au Comité de rédaction, qui devra tenir compte des différents problèmes de formulation mentionnés par plusieurs orateurs.

57. M. SIMMA précise, à l'intention de M. Hafner, que son argumentation était que la Commission avait estimé que le fait pour l'État accréditaire d'appliquer restrictivement l'une des dispositions de la Convention parce qu'elle était ainsi appliquée à sa mission dans l'État accréditant ne constituait pas une discrimination à condition de ne pas aller au-delà du cadre fixé par ladite règle, car autrement on entrerait dans le champ des représailles – c'est-à-dire des contre-mesures –, ce qui n'a rien à voir avec l'*exceptio inadimplenti*. La Commission n'a donc pas considéré que l'article en question reflétait la notion d'exception.

58. M. Sreenivasa RAO s'étonne d'entendre M. Hafner, et avant lui M. Crawford, affirmer que la règle des mains propres ne serait pas un véritable principe de droit international. La Commission a pour but de promouvoir le développement progressif du droit international et sa

⁸ Voir le cinquième rapport du rapporteur spécial, *Annuaire... 1984*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/380, art. 8, p. 3.

codification, et dans l'accomplissement de cette fonction, elle doit faire preuve de cohérence et de logique. La règle des mains propres est un principe fondamental de l'équité et de la justice; elle peut apparaître abstraite à certains et va bien au-delà de l'hypothèse à l'examen, mais de telles considérations ne sauraient être avancées pour l'écarter.

59. M. HAFNER dit qu'il avait cru comprendre que M. Simma lui-même voyait dans l'article 47 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques une sorte d'exception, et que, dans ces conditions, on pouvait considérer l'exception comme faisant partie du droit coutumier. Il note par ailleurs qu'en tout état de cause la règle des mains propres n'a aucun rapport avec l'*exceptio inadimplenti* appliquée au droit de la responsabilité des États et qu'il sera possible de revenir sur cette notion dans le cadre du débat relatif à la protection diplomatique, tout en persistant à croire que même dans le domaine de la protection diplomatique ce principe ne fait pas l'objet d'une reconnaissance universelle.

60. M. SIMMA, prenant la parole pour une motion d'ordre, fait observer que la jurisprudence dite « des mains propres » doit faire l'objet d'un débat au titre du chapitre V et que le débat en cours porte sur l'*exceptio inadimplenti non est adimplendum*, et il aimerait savoir à ce propos si les diverses questions abordées par le Rapporteur spécial dans la section C.4 du chapitre premier de son deuxième rapport qui ne peuvent être directement rattachées à un projet d'article, telle la jurisprudence dite « des mains propres », pourront être néanmoins examinées.

61. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) pense qu'à l'issue du débat sur l'article 35 la Commission devrait pouvoir se pencher sur toute autre question ayant un lien avec le deuxième rapport, et que la règle des mains propres en fait partie. À ce sujet, il précise, à l'intention de M. Sreenivasa Rao, avoir simplement dit que la règle des mains propres n'avait pas sa place dans le chapitre V.

62. M. LUKASHUK constate que l'article 30 *bis* suscite un certain nombre d'interrogations. Tout d'abord, il pose la question de la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible, qui fait l'objet de l'article 61 de la Convention de Vienne de 1969, mais l'interprétation donnée diffère. Ensuite, il évoque un deuxième cas particulier d'impossibilité, à savoir l'impossibilité due à un acte illicite commis par un autre État – ce qui renvoie à l'article 60 de la même convention, relatif à l'extinction d'un traité comme conséquence de sa violation; cette idée se retrouve dans l'intitulé même de l'article 30 *bis*. Il est évident que de tels cas se produisent et le Rapporteur spécial les a décrits, mais ils ne sont pas si fréquents dans la pratique qu'il soit vraiment indispensable d'y consacrer un article distinct. C'est pourquoi inclure dans le projet un cas tout à fait particulier d'impossibilité d'exécution ne lui semble pas judicieux. M. Lukashuk pense qu'il faudrait plutôt traiter ce point dans le commentaire concernant cette partie du projet.

63. M. PELLET se demande si l'article 30 *bis* ne fait pas double emploi avec l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969. M. Simma a souligné à juste titre que l'*exceptio inadimplenti contractus* ne s'appliquait qu'aux relations conventionnelles et, en tant que principe général

du droit, M. Pellet pense effectivement que, techniquement, il se limite à ce champ. Pourtant, les obligations conventionnelles et la violation de ces obligations ont leur place dans le projet d'articles sur la responsabilité des États, au même titre que la violation des obligations de source non conventionnelle, telle que la règle coutumière et les engagements unilatéraux des États. Ce constat conduit M. Pellet à penser que l'article 60 de la Convention et le problème dont traite le Rapporteur spécial se situent sur un plan différent. Cela dit, M. Pellet a le sentiment que l'article 30 *bis* ne fait qu'apparemment combler un vide, car, dans le droit de la responsabilité des États, toutes les hypothèses susceptibles de survenir sont déjà couvertes.

64. Ainsi, si l'on prend l'exemple du marbre cité par M. Gaja, quoi qu'en pense M. Hafner, il lui semble que l'on se trouve dans l'hypothèse de la force majeure, telle que définie dans l'article 31 : toutes les conditions sont réunies et il s'agit bien d'une impossibilité d'exécution due à une situation qui n'a rien à voir avec l'État qui réagit, et si l'on ne se trouve pas dans cette situation de force majeure, on est alors dans une situation de contre-mesure. Le Rapporteur spécial a certes fait valoir que, dans l'hypothèse envisagée à l'article 30 *bis*, on suppose que la riposte est liée à l'obligation violée, mais, pour M. Pellet, il s'agit d'une variante d'une simple contre-mesure, à moins d'avoir une conception très spéciale, restrictive, des contre-mesures. Puisqu'il a été décidé antérieurement, en suivant une suggestion du Rapporteur spécial, de laisser l'article 30 entre crochets et d'y revenir dans le contexte de l'examen des articles de la deuxième partie qui précise l'étendue et les conséquences des contre-mesures, M. Pellet trouve extrêmement difficile de renvoyer l'article 30 *bis* au Comité de rédaction en le séparant de l'étude des contre-mesures. Il propose donc de mettre également entre crochets l'article 30 *bis* – sans l'approuver ou le rejeter – et d'essayer de déterminer, lors de l'examen des contre-mesures, s'il s'agit ou non d'un cas différent.

65. Revenant à la fonction des contre-mesures et se référant à une observation de M. Pambou-Tchivounda, selon qui il ne pourrait s'agir à la fois d'une circonstance excluant l'illicéité et d'un moyen de mise en œuvre de la responsabilité, M. Pellet note qu'un délicat problème de terminologie se pose. À strictement parler, la circonstance excluant l'illicéité est non pas la contre-mesure mais le fait internationalement illicite, et la fonction de la contre-mesure apparaît alors bien comme un moyen de mise en œuvre. La circonstance est donc l'existence du fait internationalement illicite, et le Rapporteur spécial pourrait éventuellement explorer cette voie et rendre compte de ses réflexions lors du débat relatif aux contre-mesures.

66. En ce qui concerne la théorie des mains propres, M. Pellet n'a aucun doute, contrairement à M. Hafner, quant au fait qu'il s'agit d'un principe de droit international positif. À son avis, cependant, ce principe relève de la mise en œuvre de la responsabilité, en ce qu'il a une incidence sur la mesure de la réparation et peut même aboutir à supprimer la réparation; l'illicéité subsiste toutefois et ce n'est donc pas une circonstance excluant l'illicéité. Le Rapporteur spécial a eu raison de ne pas en parler, mais ce sujet devrait être abordé lors des délibérations relatives à

la deuxième partie du projet d'articles, eu égard à son importance pour la mesure de la réparation et l'existence même de l'obligation de réparer.

La séance est levée à 13 h 5.

2591^e SÉANCE

Mardi 22 juin 1999, à 10 h 5

Président : M. Zdzislaw GALICKI

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, 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. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Pellet, M. Rosenstock, M. Simma, 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 30 *bis* (fin)

1. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rappelle que M. Pellet, considérant qu'il y avait une relation fonctionnelle entre la règle *exceptio inadimplenti non est adimplendum* et les contre-mesures, même s'il s'agissait de deux cas de figure en théorie distincts, a conseillé (2590^e séance) d'attendre d'être en mesure de formuler les dispositions relatives aux contre-mesures avant de décider si cette *exceptio* devait figurer au chapitre V. Le Rapporteur spécial se déclare tout à fait disposé à accepter cette proposition, mais croit deviner que les conditions dont sera assortie l'invocation des contre-mesures ne seront pas les mêmes que dans le cas de l'*exceptio*. Il n'en est pas moins utile d'entendre ce que les membres ont à dire sur le fond de l'article 30 *bis* (Inobservation causée par l'inobservation préalable d'un autre État) qu'il propose.

2. Le deuxième rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/498 et Add.1 à 4) aurait dû mentionner l'affaire

Klöckner v. Cameroon jugée par le CIRDI qui portait sur un contrat d'investissement de droit camerounais qui avait été traité en l'occurrence exactement comme s'il était de droit français. Le tribunal du CIRDI avait accueilli l'*exceptio* en faveur de l'État défendeur. Se référant à l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*, il avait mentionné le fait que l'*exceptio* était reçue en droit international mais en avait fait le motif de l'extinction de l'obligation dont il s'agissait. Le jugement a par la suite été annulé par une juridiction d'appel, celle-ci indiquant qu'à son avis l'*exceptio* était un motif, non d'extinction, mais de suspension d'une obligation. L'annulation était donc fondée sur le fait qu'il y avait dans les faits de la cause une circonstance excluant l'illicéité, et non un motif de dénonciation d'un contrat.

3. M. YAMADA juge intéressant le nouvel article 30 *bis* en ce qu'il donne matière à réflexion. Pour sa part, il a toujours compris l'adage du droit romain consacrant l'*exceptio* comme signifiant que la partie attaquée a un motif légitime à faire valoir et non que la licéité de l'inobservation de son obligation par cette partie peut être mise en question. Outre ce point théorique, restent à régler certaines questions pratiques. Quelles sont les situations qui sont visées uniquement par l'article 30 *bis*, parmi toutes les dispositions du chapitre V ?

4. Le projet d'article est fondé sur une forme restreinte de l'*exceptio*, la clause déterminante à cet égard étant : « si l'incapacité de se conformer à son obligation résulte directement d'une violation préalable par un autre État de la même obligation internationale ». En d'autres termes, il doit y avoir un lien direct de causalité entre l'inobservation d'une obligation par un État et la violation préalable par un autre État d'une obligation. Cela semble indiquer que l'article ne s'applique qu'au cas d'impossibilité matérielle. M. Gaja a cité (2590^e séance) l'exemple du contrat de fourniture de marbre italien conclu entre l'État A et l'État B, ce dernier souhaitant tirer une statue de ce matériau. Le fait que le marbre n'a pas été fourni a pour conséquence que l'État B se trouve dans l'incapacité de produire la sculpture envisagée. C'est un exemple typique et parfaitement clair d'impossibilité matérielle : l'État B n'a pas le choix, et ce genre de situation est indubitablement couvert par l'article 30 *bis*. Cependant, ne peut-on dire qu'il relève aussi de la force majeure ?

5. Peut-être pourrait-on interpréter l'article 30 *bis* comme une disposition s'appliquant plus largement. Soit le cas hypothétique où il existe un accord aux termes duquel l'État A s'engage à fournir à l'État B un certain tonnage de marchandise à condition que l'État B verse un acompte de 30 %, où l'État B ne procède pas à ce versement avant la date prévue et où l'État A suspend la livraison. Pour l'État A, le versement de l'acompte est une condition essentielle du contrat et il y a un lien direct de causalité entre le versement de l'acompte et la fourniture de la marchandise. Or, on ne voit pas bien si, tel qu'il est libellé, l'article 30 *bis* aurait à s'appliquer en l'espèce. Il ne s'agit pourtant pas d'une impossibilité matérielle : l'État A pourrait décider de livrer néanmoins la commande, car aucune circonstance matérielle ne l'en empêche. S'il choisit au contraire de s'abstenir, l'inobservation de son obligation peut tomber sous le coup de l'article 30 *bis*, mais peut tout aussi bien relever des contre-mesures. À la note 3 de l'article 30 *bis*, dans les conclusions sur

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.