

Document:-  
**A/CN.4/SR.2600**

**Compte rendu analytique de la 2600e séance**

sujet:  
**<plusieurs des sujets>**

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>)*

89. La seconde question d'ordre général vise l'équilibre à instaurer entre l'État lésé et l'État auteur dans le domaine des contre-mesures. Les points de vue sur ce sujet divergent franchement. L'opinion générale de la communauté internationale est que les contre-mesures peuvent donner lieu à des abus, trahissent un système juridique relativement peu élaboré et avantagent les États les plus forts. Par ailleurs, certains pensent que les contre-mesures sont nécessaires dans un contexte où il n'y a pas de mécanisme centralisé d'application de la loi ni de système général de règlement obligatoire. Ces avis donnent lieu à des conclusions disparates : certains États considèrent que les contre-mesures ont un caractère tellement dangereux qu'elles ne devraient pas être réglementées du tout; d'autres essayent peut-être d'étendre leur liberté de prendre des contre-mesures en conservant l'article 30 et en supprimant les articles 47 à 50.

90. La Commission a fait des progrès dans la rédaction des articles sur les contre-mesures et elle pourrait encore améliorer ceux-ci. Les efforts déployés par la Commission pour trouver une formulation équilibrée n'a pas compliqué encore plus un problème juridique déjà épineux en ce qui concerne une institution existante du droit international. La CIJ a démontré ce fait en s'appuyant sur les textes de la Commission à diverses occasions dans des décisions récentes, ce qui signifie que la Commission a un rôle constructif à jouer. L'article 30 ne doit pas être retiré du chapitre V, car cela équivaldrait à « décodifier » le droit international. Par conséquent, il préfère la quatrième option figurant au paragraphe 389 de son deuxième rapport, mais, si elle est rejetée, sa seconde préférence va à la deuxième option, qui irait dans le sens d'une réglementation des contre-mesures. Le pire scénario consisterait à donner aux États une vague autorisation, en application de l'article 30, d'adopter des contre-mesures, tout en ne faisant rien pour réglementer le contenu de celles-ci.

91. M. TOMKA appuie totalement la proposition de suivre la quatrième option. Les contre-mesures devraient être cataloguées dans le chapitre V de la première partie parmi les circonstances excluant l'illicéité. Il préconise d'envoyer au Comité de rédaction le texte proposé par le Rapporteur spécial, de manière à ce qu'une définition des contre-mesures puisse être soumise à la Commission. Il faut que la deuxième partie traite les contre-mesures quant au fond, et M. Tomka rejette tout lien entre les contre-mesures et le règlement des différends. Il espère que l'on remédiera au déséquilibre entre les commentaires des première et deuxième parties. Il signale que, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la variante C n'a pas été considérée comme illicite. Elle a été vue comme une déviation unilatérale de l'eau et donc jugée non conforme au principe de proportionnalité.

*La séance est levée à 13 h 5.*

## 2600<sup>e</sup> SÉANCE

*Vendredi 9 juillet 1999, à 10 h 10*

*Président* : M. Zdzislaw GALICKI

*Présents* : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Candiotti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Yamada.

### Responsabilité des États<sup>1</sup> (*suite*) [A/CN.4/492<sup>2</sup>, A/CN.4/496, sect. D, A/CN.4/498 et Add.1 à 4<sup>3</sup>, A/CN.4/L.574 et Corr.2 et 3]

[Point 3 de l'ordre du jour]

#### DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen de la section D (Les contre-mesures telles qu'elles sont prévues au chapitre V de la première partie et au chapitre III de la deuxième partie) du chapitre premier du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur la responsabilité des États (A/CN.4/498 et Add.1 à 4), qui a été publiée à titre provisoire sous la cote ILC(LI)/CRD.1.

2. M. ROSENSTOCK sait gré au Rapporteur spécial d'avoir établi une étude aussi remarquablement claire de la question très complexe des contre-mesures et souscrit à nombre des conclusions qui figurent dans la section D du chapitre premier. C'est ainsi qu'il estime avec le Rapporteur spécial et avec M. Tomka que la troisième partie (Règlement des différends) du projet d'articles et la manière dont elle est liée aux contre-mesures sont indéfendables à divers égards. Pour M. Rosenstock, cette troisième partie a été incluse en témoignage de bonne volonté et parce qu'on estimait que les contre-mesures constituaient une réaction à l'imperfection de l'ordre juridique international, attestée en particulier par l'absence de mécanisme de règlement, et qu'il fallait donc lier les contre-mesures à leur raison d'être.

3. M. Rosenstock pense aussi avec le Rapporteur spécial que l'institution des contre-mesures existe en droit international, comme le montrent la décision de la Commission de maintenir l'article 30 (Contre-mesures à

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

<sup>2</sup> Reproduit dans *Annuaire... 1999*, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>3</sup> *Ibid.*

l'égard d'un fait internationalement illicite)<sup>4</sup> et certaines décisions de la CIJ. À cet égard, il souscrit pour l'essentiel à l'analyse et au résumé que fait le Rapporteur spécial des vues exprimées par la Cour dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*. Il y a néanmoins des limites quant aux conclusions qu'on peut en tirer sur la base de l'absence de référence à des articles spécifiques dans un domaine donné.

4. Par ailleurs, M. Rosenstock pense avec le Rapporteur spécial que les articles 47 à 50, tels qu'ils sont libellés, sont affligés de vices rédhibitoires. On peut sur ce point se demander si les efforts héroïques déployés pour les sauver après que le résultat prudent auquel était parvenu le Comité de rédaction a été réduit à néant ont été bien avisés, et si on n'aurait pas mieux fait de les laisser sombrer d'eux-mêmes au lieu d'essayer de sauver ce qui ne pouvait l'être.

5. M. Rosenstock indique qu'il n'est pas pleinement d'accord avec le Rapporteur spécial quand celui-ci conclut que la sentence arbitrale rendue dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France* et les conclusions qu'elle contient ne reflètent pas le droit international.

6. Pour ce qui est de l'article 30, il est prématuré d'envisager de le modifier. Il est en effet nécessaire au préalable de mieux comprendre ce qui est possible en ce qui concerne la deuxième partie du projet d'articles. À cet égard, le Rapporteur spécial expose correctement les options qui s'offrent à la Commission. M. Rosenstock n'est pas opposé, sur le fond, à la quatrième option qui figure dans la conclusion générale de la section D du chapitre premier, qui a la faveur du Rapporteur spécial<sup>5</sup>, et il est prêt à essayer de la mettre en œuvre en toute bonne foi, mais il espère qu'en échange d'autres auront la prudence de ne pas rejeter d'emblée les première et deuxième options, pour le cas où l'optimisme du Rapporteur spécial au sujet de la quatrième option se révélerait infondé.

7. On a dit à plusieurs reprises au cours du débat que les contre-mesures étaient plus utiles aux gouvernements des États les plus puissants qu'aux autres. Toutes les mesures sont certes plus effectives lorsqu'elles sont prises par les plus puissants, mais ceux-ci ont beaucoup d'autres moyens – mesures de rétorsion, refus d'assistance technique, par exemple – pour exercer une pression avant de recourir à des contre-mesures. En réalité, c'est surtout aux puissances moyennes que les contre-mesures sont utiles dans certaines circonstances.

8. D'autres éléments de la section D du chapitre premier pourraient être critiqués; ils le seront le cas échéant, et le silence en ce qui les concerne ne vaut pas approbation. L'important à ce stade est que le Rapporteur spécial s'est acquitté de sa tâche avec brio et a fourni à la Commission une bonne base pour rechercher une solution généralement acceptable à la question des contre-mesures. Plus tôt la Commission commencera à étudier informellement les articles 47 à 50, plus tôt elle verra de manière réaliste quelles sont les options susceptibles d'être mises en

œuvre et comment elle peut les mettre en œuvre. Si la quatrième option peut être mise en œuvre, tant mieux; dans le cas contraire, il restera les autres.

9. M. LUKASHUK approuve dans ses grandes lignes la section D du chapitre premier, qui est à l'évidence l'excellent résultat d'un travail très sérieux. La réponse à la question de savoir s'il convient d'inclure dans le projet d'articles un régime des contre-mesures dépend de la façon dont la Commission répondra à une autre question : veut-elle renforcer l'efficacité du droit international ou non, veut-elle limiter l'arbitraire en matière de contre-mesures ? Pour M. Lukashuk, les contre-mesures constituent un moyen d'action très puissant et doivent dès lors être réglementées précisément, et leur usage rigoureusement limité. Dans les commentaires et observations reçus des gouvernements (A/CN.4/492)<sup>6</sup>, certains d'entre eux ont exprimé des appréhensions à cet égard, estimant qu'énoncer des règles relatives aux contre-mesures ouvrirait la porte à des abus en la matière. Or c'est précisément l'absence de réglementation qui autorise le recours abusif aux contre-mesures. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les plus farouches adversaires d'une telle réglementation sont les gouvernements qui utilisent fréquemment les contre-mesures.

10. Les travaux sur le sujet sont à l'origine d'une innovation terminologique que M. Lukashuk regrette. On parle en effet désormais de « règles primaires » et de « règles secondaires » pour désigner ce que l'on appellerait normalement « règles de fond » et « règles de procédure ». Pour M. Lukashuk, la définition d'un régime des contre-mesures s'inscrit dans l'élaboration du droit procédural international. Certains domaines, comme le droit de l'espace ou le droit de la mer, secrètent leurs propres règles de procédure, mais de manière générale le droit procédural international comprend quatre catégories de normes : les normes qui réglementent la mise en œuvre, le fonctionnement et l'extinction des règles de fond – et il s'agit essentiellement des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 –, les normes régissant la responsabilité internationale, les normes relatives aux contre-mesures, et les normes relatives aux moyens de règlement des différends. S'agissant des contre-mesures, des articles ont été adoptés par la Commission en première lecture selon lesquels elles sont utilisées lorsqu'un État ne respecte pas les règles de fond, et ne peuvent être utilisées qu'après que des négociations ont eu lieu. Cela étant, il y a forcément un lien, tant juridique que logique, entre les règles relatives à la responsabilité des États et les contre-mesures, et le projet doit réglementer ces dernières, faute de quoi elles risquent de rester pendant longtemps encore régies par l'arbitraire. Les États l'ont bien compris qui, comme l'indique le Rapporteur spécial, considèrent les contre-mesures comme une question essentielle dans le cadre du projet d'articles. Des États, certes, voient les choses différemment. C'est ainsi que le Gouvernement des États-Unis d'Amérique estime que l'on veut limiter de manière injustifiée le recours aux contre-mesures et que la Commission devrait revoir radicalement les limitations proposées.

<sup>4</sup> Voir 2590<sup>e</sup> séance, par. 39.

<sup>5</sup> Voir 2599<sup>e</sup> séance, par. 90.

<sup>6</sup> Voir également 2567<sup>e</sup> séance, note 5.

11. La question du règlement des différends est étroitement liée à celle de la responsabilité. La difficulté vient de ce que l'élaboration de normes en la matière pose des problèmes à la fois politiques et juridiques. C'est ainsi que pour que des dispositions relatives au règlement des différends aient vraiment un sens, elles doivent figurer dans une convention. Pour élaborer un projet de convention, il faudra des années d'efforts, et même si la Commission finit par en adopter un, on ne peut dire si et quand la convention en question entrera en vigueur. Or, la communauté internationale a besoin d'urgence de règles en matière de responsabilité des États, comme l'atteste le fait que la CIJ a plusieurs fois évoqué le projet d'articles en cours d'élaboration. Il faut donc faire aboutir les travaux le plus rapidement possible.

12. Pour ce qui est de l'article 30, M. Lukashuk estime qu'il doit être maintenu à la place qui est la sienne, pour des raisons aussi bien logiques que juridiques. Enfin, tout comme le Rapporteur spécial, c'est la quatrième option qui a sa préférence.

13. M. Sreenivasa RAO remercie le Rapporteur spécial pour son excellent rapport, d'autant plus remarquable que le sujet est complexe, et en particulier pour les options très claires qu'il propose à la Commission pour la poursuite de ses travaux. Notant qu'au paragraphe 363 de son deuxième rapport le Rapporteur spécial indique qu'il n'existe pas d'exclusion expresse frappant des comportements impliquant une violation des normes du droit international humanitaire, M. Sreenivasa Rao estime qu'il ne faut pas en tirer la conclusion que les contre-mesures ne sont pas assujetties aux normes du droit international humanitaire. Celles-ci s'appliquent dans tous les cas. Les projets d'article adoptés par la Commission en première lecture ne l'ont pas dit expressément, peut-être parce que cela paraissait évident ou parce que la question était traitée ailleurs, mais il pourrait être opportun de le préciser.

14. Au paragraphe 364 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial, en expliquant le mot « extrêmes » utilisé à l'alinéa b de l'article 50 (Contre-mesures interdites), donne l'impression que c'est le mot le plus important de cette disposition. Pour M. Sreenivasa Rao, que les mesures soient extrêmes ou non, elles sont interdites dès lors qu'elles visent « à porter atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'État qui a commis le fait internationalement illicite ». Des éclaircissements seraient nécessaires à cet égard. Des éclaircissements sont également nécessaires en ce qui concerne les « obligations imposant une abstention totale » mentionnées au paragraphe 365, eu égard notamment au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies.

15. En ce qui concerne le règlement des différends, M. Sreenivasa Rao ne peut souscrire à l'opinion selon laquelle les articles adoptés sur cette question en première lecture comportent des « vices rédhibitoires ». Il convient, lorsque l'on examine ces dispositions, de se souvenir que les contre-mesures ont été liées au règlement des différends pour tenir compte du fait que la communauté internationale n'est pas organisée. Ainsi, un État puissant qui s'estime lésé peut prendre des contre-mesures sans être tenu de négocier ou de recourir à une procédure de règlement. Dire qu'on a accordé à l'État visé par des con-

tre-mesures un droit en matière de règlement des différends qu'on a refusé à l'État lésé n'est pas tout à fait exact. Le fait de ne pas conférer expressément ce droit à l'État lésé n'est pas une injustice, mais l'acceptation du fait qu'un État puissant qui s'estime lésé n'a pas à recourir à une procédure de règlement des différends; néanmoins, s'il veut le faire, le projet d'articles ne le lui interdit pas. Divers membres de la Commission ont, à cet égard, estimé que des démarches telles que des représentations, une demande d'éclaircissements, des négociations ou le recours à une procédure de règlement des différends devaient précéder les contre-mesures.

16. Les réticences que le mécanisme des contre-mesures inspire depuis à M. Sreenivasa Rao tiennent au fait que son existence est l'aveu d'une faillite de l'état de droit et la preuve de l'absence d'institutions internationales supérieures, circonstances qui obligent l'État à faire justice lui-même. Il est certainement tout à fait justifiable en théorie d'instaurer un régime des contre-mesures et de définir les circonstances dans lesquelles on peut y recourir. On peut même philosopher à l'infini sur ce point. Mais ce système ne peut fonctionner que s'il n'y a pas d'institutions supérieures à l'État lui-même, qui décide unilatéralement qu'il a été lésé – quand il s'agit peut-être d'une situation controversée sur laquelle la communauté internationale n'est pas unanime. De surcroît, c'est surtout les États relativement puissants qui peuvent recourir aux contre-mesures.

17. Si la Commission cherche, dans le cadre du sujet sur la responsabilité des États, à mettre en place un dispositif juridique permettant à la communauté internationale de régler les relations interétatiques, le problème essentiel est qu'elle ne peut fonder un mécanisme particulier comme celui auquel elle songe pour les contre-mesures sur le fait que, si le droit de la responsabilité existe, il n'y a pas de régime susceptible d'en assurer l'exécution. Les États ont eux-mêmes la possibilité de faire respecter le droit, même en dehors du cadre de la communauté internationale.

18. M. Sreenivasa Rao rappelle que le droit international est en pleine évolution dans de nombreux domaines et qu'il est aussi clair qu'il peut l'être, chaque principe étant assorti d'assez d'exceptions et de réserves, surtout dès qu'il s'agit de l'emploi de la force. Il serait illusoire de donner l'impression qu'un État peut adopter n'importe quelle attitude qui lui semble utile pour faire valoir ce qu'il appelle ses droits.

19. En conclusion, M. Sreenivasa Rao dit qu'il s'associera au consensus et ira dans le sens où ira la Commission. Il est prêt par ailleurs à accepter la quatrième des options proposées au paragraphe 389 du deuxième rapport, mais insiste sur le fait que, si elle veut accomplir sa tâche de développement progressif du droit, la Commission devra consacrer une partie de son projet à la question du règlement des différends, à l'emplacement que le Rapporteur spécial choisira. Quant à l'article 30, sa nouvelle formulation est bienvenue et il peut être renvoyé au Comité de rédaction.

20. M. KATEKA rappelle que les contre-mesures sont une réalité de la pratique internationale et qu'elles font l'objet d'une jurisprudence abondante que le Rapporteur

spécial a rappelée en faisant l'analyse de leurs divers aspects. Au paragraphe 383 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial conseille de ne pas atténuer la valeur du projet d'articles, première tentative de formulation des règles du droit international relatives à la pratique des contre-mesures, et semble préférer pour cette raison que l'on règle le sort des contre-mesures dans la deuxième partie. Or, il faut rappeler que la Commission a déjà décidé d'en traiter dans la première partie, au chapitre V (Circonstances excluant l'illicéité).

21. L'article 30 proposé par le Rapporteur spécial semble acceptable d'une manière générale et il peut d'ores et déjà être renvoyé au Comité de rédaction.

22. Le Rapporteur spécial conseille aussi d'évacuer le lien entre l'adoption de contre-mesures et l'arbitrage obligatoire. C'est pourquoi, comme il l'explique au paragraphe 387, il préfère la quatrième option. Pour sa part, M. Kateka choisirait la troisième option, qui au contraire maintient ce lien. Il se dit très sensible à l'argumentation présentée sur ce point par l'Argentine, dans les commentaires et observations reçus des gouvernements, qui soutient que les contre-mesures et l'arbitrage obligatoire doivent être considérés comme deux aspects de la même question. Le lien en question permettrait d'établir un équilibre entre les intérêts de l'État lésé et ceux de l'État qui fait l'objet des contre-mesures, ce dernier étant le plus souvent un pays faible et petit. On peut imaginer que le paragraphe 2 de l'article 58 (Arbitrage) offre à un État puissant l'occasion d'imposer à un autre État des contre-mesures dans l'unique dessein d'obliger celui-ci à recourir à l'arbitrage. Pour M. Kateka, les contre-mesures ne sont acceptables que si elles sont simultanément doublées d'un règlement obligatoire du différend qui leur a donné naissance. Mais relier contre-mesures et arbitrage obligatoire n'est logiquement envisageable que dans l'hypothèse où le projet d'articles prendra la forme d'une convention.

23. La Commission doit, non pas chercher à éviter les obstacles, mais bien essayer de les aplanir, comme dans le cas de la question de l'égalité de traitement entre l'État « lésé » et l'État « auteur », qu'elle devra aborder un jour ou l'autre. Cette réflexion vaut aussi pour le problème que soulèvent les contre-mesures collectives adoptées dans des situations où il y a une pluralité d'États lésés.

24. M. ADDO se prononce en faveur de la quatrième option proposée au paragraphe 389 du deuxième rapport. Les mécanismes de règlement des différends sont trop lents pour être liés au système des contre-mesures et certains États pourraient y trouver le prétexte d'atermolements dangereux. De surcroît, le règlement des différends interétatiques est déjà en lui-même assez complexe. M. Addo est d'avis de maintenir l'article 30, dont il approuve le nouveau libellé, au chapitre V de la première partie du projet.

25. M. KABATSI pense qu'il est inutile d'espérer que les contre-mesures disparaîtront, car elles font partie de la vie internationale. Mais il est très important d'en limiter l'éventualité au maximum et de les encadrer d'un régime très strict pour écarter tout risque d'abus. M. Kabatsi approuve le nouveau texte proposé pour l'article 30 et pense qu'il peut être renvoyé au Comité de rédaction.

26. Quant aux options proposées au paragraphe 389, il semble que le Rapporteur spécial n'ait qu'à moitié raison quand il affirme qu'il est impossible de maintenir le lien entre les contre-mesures et le règlement des différends parce que cela peut servir une partie à un litige et desservir l'autre. Il devrait surtout songer à réduire cette disparité. Pour M. Kabatsi, les deux mécanismes peuvent fonctionner ensemble. Le recours à une instance de règlement des différends ne supprime pas nécessairement les contre-mesures; il peut fonctionner parallèlement à celles-ci. C'est pourquoi la troisième option est préférable, car elle maintient le lien entre contre-mesures et arbitrage obligatoire.

27. M. GOCO s'interroge, dans l'hypothèse où les deux mécanismes fonctionneraient ensemble comme l'envisage M. Kabatsi, sur la place qui reviendrait aux mesures conservatoires. N'est-il pas légitime d'en adopter avant que le différend ne soit réglé ?

28. M. KABATSI répond que l'on peut très bien prendre des contre-mesures conservatoires tout en saisissant un mécanisme d'arbitrage. Comme l'a rappelé d'ailleurs le Rapporteur spécial, toute contre-mesure doit être essentiellement provisoire.

29. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) reconnaît qu'il y a un déséquilibre dans le fait que l'État « auteur » peut exiger le recours à un mécanisme de règlement des différends, mais pas l'État « lésé ». Évidemment, on ne peut pas exiger de ce dernier État qu'il porte l'affaire devant un tribunal uniquement s'il prend en même temps des contre-mesures. Ce serait aller à l'encontre du but de la Commission, qui est précisément de décourager l'adoption de contre-mesures. Il faut, comme l'a dit M. Kabatsi, rechercher l'égalité de traitement entre les parties.

30. Cela plaide en faveur de la mise en place d'un dispositif général de règlement des différends dans le cadre du projet sur la responsabilité des États. Il s'ensuit que le projet d'articles devra sans doute prendre la forme d'une convention. Le Rapporteur spécial est tout à fait disposé à procéder dans ce sens et serait d'autant plus heureux que l'on mettrait en place un système de juridiction universelle à l'égard des faits illicites des États. Ce serait un progrès considérable de l'état de droit; quant à savoir si c'est réaliste, la Commission devrait en débattre à la cinquante-deuxième session.

31. Associer formellement l'adoption de contre-mesures, qui est un problème technique très difficile à démêler dans une affaire réelle, au droit qui serait dévolu aux seuls États auteurs de renvoyer le différend devant un tribunal est un système qui ne peut fonctionner. Le Rapporteur spécial n'en veut pour preuve que l'affaire du *Navire « Saiga »*<sup>7</sup>.

32. M. PELLET dit qu'il est difficile de s'opposer au Rapporteur spécial lorsque celui-ci dit qu'il va revoir le commentaire du projet d'articles, supprimer le lien entre contre-mesures et règlement obligatoire des différends, rétablir l'équilibre des positions de l'État « auteur » et de l'État « lésé » et veiller à inscrire strictement le système des contre-mesures dans un cadre juridique.

<sup>7</sup> Voir 2599<sup>e</sup> séance, note 12.

33. Le point principal est que le cas de figure des contre-mesures soit évoqué dans le projet d'articles, car il relève de la notion même de responsabilité des États selon la définition qu'en a donnée l'ancien rapporteur spécial Roberto Ago, dans son deuxième rapport<sup>8</sup>, c'est-à-dire l'ensemble des conséquences d'une violation du droit. Le régime que l'on envisage devra même être exposé en détail, puisqu'il fait partie du sujet au même titre, par exemple, que le devoir de réparation. Cette exigence est propre au droit international, qui ne connaît pas d'ordre supérieur et qui diffère en cela du droit interne.

34. Les contre-mesures sont, comme on l'a dit, une donnée de la vie internationale contemporaine, même si elles fonctionnent à l'avantage des pays les plus puissants. La Commission ne peut adopter la politique de l'autruche, justement à cause de cette circonstance qui appelle un régime d'autant plus strict. À ce propos, on comprend mal la position du Mexique, dans les commentaires et observations reçus des gouvernements, qui pense d'une part qu'il faut s'opposer aux contre-mesures mais refuse d'autre part de prévoir pour elles un encadrement juridique. L'ancien rapporteur spécial Gaetano Arangio-Ruiz avait la même position dans son cinquième rapport<sup>9</sup> : il fallait à son avis s'opposer au maximum aux contre-mesures. La solution se situait pour lui dans l'instauration de mécanismes complexes de règlement des différends tels que les États avaient le loisir d'adopter des contre-mesures mais risquaient en revanche de se retrouver devant un tribunal. Cela devait suffire à ses yeux, mais son raisonnement péchait par le fait qu'un tribunal doit avoir quelque chose à juger, à savoir ici le fait illicite d'origine.

35. Le Rapporteur spécial a raison de vouloir recentrer le sujet sur la codification du droit plutôt que de l'axer sur l'idée d'institutions qui n'ont aucune chance de voir le jour. D'autant plus que, comme l'ont indiqué certains États cités au paragraphe 376 du deuxième rapport, cela serait un véritable bouleversement : obliger les États à soumettre leurs différends à un tribunal reviendrait à « juridictionnaliser » le droit international, chose à la fois aberrante et révolutionnaire. Le droit international n'est pas fondé sur le recours au juge et on ne changera pas cet état de fait par le biais du régime des contre-mesures. Comme le note le Rapporteur spécial, on risque d'arriver à ce résultat paradoxal que l'on encouragerait l'adoption des contre-mesures : un État en adopterait contre un autre État dans le seul but d'obliger celui-ci à comparaître devant un tribunal.

36. Mais si l'on écarte ce lien entre contre-mesures et règlement obligatoire des différends, il faut être d'autant plus rigoureux dans l'encadrement des contre-mesures et raffermir le fond doctrinal sur lequel il s'appuiera. Cette idée de renforcer les normes applicables n'est pas si anodine, comme l'atteste le fait que ce sont les États-Unis, dans les commentaires et observations reçus des gouvernements, qui voient dans ces normes des restrictions que rien ne justifie. M. Pellet pense exactement l'inverse.

37. Sur ce point, la Commission ne devra pas se borner à codifier le droit international mais devra essayer de le développer progressivement, dans des limites réalistes et raisonnables. Les contre-mesures sont un fait, mais il faut que ce fait soit encadré par des règles de droit très strictes. À cet égard, parmi les changements possibles que M. Pellet suggère au Rapporteur spécial, le plus souhaitable concerne, à l'article 49 (Proportionnalité) adopté en première lecture, le remplacement de la formule négative « ne doivent pas être hors de proportion » par la formule positive « doivent être proportionnées ». Il lui semble également que la Commission devra réfléchir de nouveau, et cette fois-ci soigneusement, à l'équilibre entre l'obligation de négociation et l'idée de mesures d'urgence. En effet, c'est tout à fait *in extremis* que la Commission a subordonné la prise de contre-mesures à l'idée de négociation et qu'en échange, par souci de réalisme, la possibilité de mesures d'urgence a été prévue parce que, dans certains cas, le temps manque pour négocier et le dommage risque d'être irréparable. Si M. Pellet reconnaît que le résultat est une cote mal taillée, il pense néanmoins qu'il faut persister dans cette direction, et il fait confiance au Rapporteur spécial pour approfondir l'esquisse adoptée en première lecture afin de définir ce que sont les mesures d'urgence et quelles en sont les limites.

38. En somme, M. Pellet est d'accord pour l'essentiel avec le Rapporteur spécial. Parmi les options que celui-ci propose, il préfère de beaucoup la quatrième, la troisième étant à son avis la pire. Il est toutefois en désaccord avec le Rapporteur spécial sur certains points qui ne sont pas tous de détail mais qu'il se bornera, à ce stade, à signaler.

39. Tout d'abord, sur un point assez théorique, il ne partage pas l'avis du Rapporteur spécial lorsqu'il dit, au paragraphe 383, que les contre-mesures ne sont pas limitées aux mesures « réciproques » en rapport avec une obligation identique ou connexe et qu'il est donc possible d'établir une distinction plus claire entre les contre-mesures et l'application de l'*exceptio inadimpleti contractus*. M. Pellet est pour sa part convaincu du contraire. Selon lui, tout ce qu'on peut dire, c'est que les mesures réciproques sont une catégorie particulière de contre-mesures. Sur ce point, il pense qu'il existe un désaccord doctrinal entre lui-même et le Rapporteur spécial; toujours est-il qu'il ne comprend pas la position du Rapporteur spécial sur l'*exceptio inadimpleti contractus*. Deuxièmement, le problème des mesures d'urgence n'est nullement résolu par l'affirmation, figurant à la fin du paragraphe 386, selon laquelle l'État lésé doit au moins avoir demandé à l'État auteur du fait illicite de se conformer à la règle primaire considérée ou d'offrir réparation. Enfin et surtout, M. Pellet pense qu'il sera impossible à la Commission de régler le problème des contre-mesures sans avoir réglé celui des crimes car, s'il y a un domaine dans lequel les conséquences des simples délits sont différentes des conséquences des crimes, c'est celui des contre-mesures. Face à un crime patent comme le génocide, les réactions risquent de ne pas être les mêmes que face à la violation d'un accord de commerce, et le problème est de savoir si les contre-mesures ne doivent pas être graduées en fonction de la gravité du fait. Le problème se pose de la même façon en ce qui concerne les violations de normes *erga omnes* et de normes du *ius cogens*. Tant que la Commission ne sera pas au clair sur ces problèmes, il sera impos-

<sup>8</sup> Voir *Annuaire... 1970*, vol. II, doc. A/CN.4/233, par. 25, p. 197 et 198.

<sup>9</sup> Voir *Annuaire... 1993*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/453 et Add.1 à 3, p. 1.

sible et irréaliste de vouloir adopter un système complet en matière de contre-mesures, et M. Pellet s'y opposera très fermement.

40. En conclusion, et sous réserve de la précision à apporter, suivant la suggestion de M. Tomka, au paragraphe 381 – à savoir que c'est la mise en œuvre de la variante C qui constituait un fait internationalement illicite –, M. Pellet tient à rendre hommage à l'objectivité du Rapporteur spécial lorsqu'il fait état de l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*.

41. M. YAMADA pense tout d'abord qu'il faut prévoir, dans la deuxième partie du projet, des dispositions relatives aux contre-mesures. Se réservant d'intervenir dans le débat à la cinquante-deuxième session de la Commission, il se borne à constater que l'existence de contre-mesures est un fait et que l'énoncé de limites et de conditions de procédure applicables à l'adoption de contre-mesures est de nature à favoriser la stabilité des relations internationales. À son avis, toutefois, le lien établi, au paragraphe 2 de l'article 58 adopté en première lecture, entre la prise de contre-mesures et l'arbitrage obligatoire crée un déséquilibre entre l'État auteur et l'État lésé, et il appuie la suppression de ce lien. Pour autant, si la Commission décide de maintenir une troisième partie consacrée au règlement des différends, les différends nés de contre-mesures ne devraient pas en être exclus.

42. En conséquence, M. Yamada appuie la quatrième option proposée au paragraphe 389, en espérant que le Rapporteur spécial s'appuiera sur cette option pour élaborer son troisième rapport. La Commission ayant décidé que les contre-mesures constituent une circonstance excluant l'illicéité, M. Yamada approuve l'idée de renvoyer au Comité de rédaction le nouveau texte de l'article 30 tel que proposé au paragraphe 392.

43. M. GAJA dit que, par rapport au texte de l'article 30 adopté en première lecture, celui que propose le Rapporteur spécial au paragraphe 392 ne comporte que des modifications d'ordre rédactionnel. L'un et l'autre textes présupposent clairement que les conditions de fond et de procédure auxquelles est subordonnée la licéité de contre-mesures sont énoncées dans une autre partie du projet d'articles. Cela est explicite dans le texte proposé, qui vise expressément des projets d'articles encore non écrits et non numérotés. Sans avoir d'objection à opposer au texte ni aux changements proposés, M. Gaja pense cependant que le renvoi de ce texte au Comité de rédaction n'aurait guère de sens, car la question n'est pas tant de savoir s'il convient de remplacer un article 30 entre crochets par un autre article 30 entre crochets mais plutôt de se demander si la question des contre-mesures peut être séparée de celle du règlement des différends. À cet égard, le Rapporteur spécial a fait une critique convaincante du fait qu'un lien a été établi entre contre-mesures et règlement des différends dans le projet d'articles adopté en première lecture. La troisième partie paraît poser problème à de nombreux égards, et il est incontestable qu'elle devra être revue. Dès lors, de l'avis de M. Gaja, le seul point que la Commission doit peut-être régler à ce stade, pour mettre à l'aise le Rapporteur spécial, est de dire que ce lien n'est pas nécessaire, mais qu'il faut envisager le problème général du règlement des différends en matière de responsabilité internationale.

44. M. Gaja souscrit à l'idée que les contre-mesures constituent une partie essentielle du droit de la responsabilité des États. Par contre, il a des doutes quant à l'opportunité de les réglementer dans la deuxième partie du projet. En effet, les contre-mesures ne ressortissent pas nécessairement aux « contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale » suivant l'intitulé de la deuxième partie du projet adopté en première lecture. D'autre part, ainsi qu'il ressort de l'article 47 (Contre-mesures d'un État lésé) adopté en première lecture ainsi que du paragraphe 87 de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, les contre-mesures sont l'un des instruments que peut employer l'État lésé en vue d'obtenir la cessation du fait illicite ou une réparation. Dès lors, la possibilité de prendre des contre-mesures ne saurait être considérée comme une conséquence d'un fait illicite relevant de la même catégorie que la réparation ou la cessation. Il s'agit plutôt d'un instrument que les États, comme l'a dit M. Lukashuk, peuvent utiliser pour obtenir le respect d'une obligation internationale de la part d'un autre État. En d'autres termes, les contre-mesures se rapportent à la mise en œuvre de la responsabilité internationale bien qu'elles puissent aussi viser, incidemment, au respect d'obligations primaires si l'on ne considère la cessation que comme un aspect du respect d'obligations primaires. De l'avis de M. Gaja, s'il a été accordé une place prédominante aux contre-mesures dans la deuxième partie du projet d'articles adopté en première lecture, c'est en partie parce que certains des membres de la Commission ou certains des rapporteurs spéciaux estimaient que les contre-mesures sont une sorte de sanction, c'est-à-dire que lorsqu'un acte illicite est commis, il y a d'une part la possibilité de demander réparation, et d'autre part la possibilité d'infliger des sanctions, lesquelles, dans une société aussi inorganisée que la société internationale, seront administrées individuellement par les États. Toutes ces considérations conduisent M. Gaja à s'interroger sur l'opportunité de traiter les contre-mesures dans la deuxième partie du projet. Il serait plutôt d'avis de les traiter dans une deuxième partie *bis* comportant trois chapitres, l'un consacré à la recevabilité des demandes, le deuxième aux contre-mesures et le troisième aux mesures collectives.

45. M. HAFNER dit que, pour ne pas s'engager dans un débat interminable sur des questions touchant à l'essence et à l'efficacité du droit international, il entend axer son intervention sur les questions soulevées par le Rapporteur spécial, étant donné que même celles-ci ramènent à des questions fondamentales du droit international comme l'égalité des États ou le règlement pacifique des différends.

46. Prenant pour point de départ l'objectif des contre-mesures, qui est d'amener l'État auteur à se conformer au droit international, il partage pleinement le point de vue de M. Gaja à cet égard et appuie en conséquence sa proposition d'inclure les contre-mesures dans une deuxième partie *bis* en tant que question distincte. Les contre-mesures ne sont en tout cas certainement pas une sanction, ce qui a été très nettement confirmé par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Il s'ensuit qu'il existe des limites aux contre-mesures, qui tiennent d'une part au fond et d'autre part à la procédure. S'agissant des

limites liées au fond, M. Hafner ne pense pas qu'il soit opportun de les examiner à ce stade et il ne comprend pas bien pourquoi le Rapporteur spécial les aborde. S'agissant par contre des limites touchant à la procédure, il reconnaît tout d'abord que les mesures conservatoires, quelles que soient les bonnes intentions de la Commission, ne règlent pas le problème dans la mesure où elles ne sont pas définies et où elles ne pourraient qu'être source de confusion. Pour ce qui est du lien entre les contre-mesures et le règlement des différends, M. Hafner ne peut souscrire au point de vue du Rapporteur spécial, en particulier tel qu'il est exprimé au paragraphe 387 de son deuxième rapport, vu qu'en tout état de cause, à son avis, tant l'État qui prend des contre-mesures que l'État auteur ont toujours la possibilité de recourir à une procédure de règlement pacifique des différends. Il ne pense pas que cette possibilité soit exclue par le projet d'articles. Il serait toutefois inacceptable que l'application de contre-mesures soit subordonnée à l'épuisement de procédures de règlement des différends, car cela découragerait les États d'accepter la juridiction obligatoire, par exemple de la CIJ, eu égard à la lenteur de la procédure. De l'avis de M. Hafner, c'est la raison pour laquelle la Commission a autorisé l'État auteur à recourir à une procédure de règlement pacifique des différends. Dès lors, le vrai problème dans ce contexte est, non pas le droit de recourir à une procédure de règlement pacifique des différends, mais l'effet du recours à une telle procédure sur les contre-mesures. Et c'est seulement à cet égard qu'il existe dans la section D du chapitre premier, soit une lacune, soit un déséquilibre. En revanche, si, dans la quatrième option proposée par le Rapporteur spécial, la Commission écarte le lien spécifique entre les contre-mesures et le règlement des différends, il devrait être entendu que cela n'exclut pas une discussion sur ce point.

47. Enfin, s'agissant de la question de savoir s'il est nécessaire de prévoir des règles relatives aux contre-mesures dans le contexte de la responsabilité, la réponse pourrait être négative, par analogie en particulier avec les dispositions du projet relatives à la légitime défense, qui se bornent à viser les mesures licites de légitime défense sans les définir. Il y a toutefois une différence fondamentale entre les mesures de légitime défense et les contre-mesures en ce que, de par leur objectif même, les contre-mesures sont très étroitement liées à la question de la responsabilité des États. Il est en conséquence nécessaire, dans le projet d'articles sur la responsabilité des États, d'inclure des dispositions relatives aux contre-mesures. En conclusion, M. Hafner est d'avis qu'il convient de retenir la quatrième option proposée par le Rapporteur spécial et, en dépit des doutes formulés par M. Gaja à propos de l'article 30, il appuie le renvoi de celui-ci au Comité de rédaction.

48. M. ECONOMIDES rappelle tout d'abord que les contre-mesures sont une institution archaïque qui correspond à l'archaïsme de la société internationale dans son ensemble et du droit international en particulier. C'est en outre une institution peu démocratique qui est surtout l'apanage des grandes puissances ou des États les plus forts. On ne peut toutefois ignorer que cette institution existe et il faut donc la réglementer d'une manière aussi minutieuse et rigoureuse que possible.

49. Les articles de fond déjà inclus dans la deuxième partie du projet constituent un début, mais il faut les réexaminer soigneusement afin de les préciser et, éventuellement, d'accroître le nombre des limitations.

50. Le règlement des différends est quelque chose d'indispensable dans le contexte des contre-mesures, car celles-ci mettent en jeu des notions difficiles et posent des questions capitales qui ne doivent pas être laissées à l'appréciation du plus fort.

51. Pour ce qui est des options proposées au paragraphe 389 du deuxième rapport, M. Economides constate, à l'instar d'autres membres, un manque d'équilibre entre la troisième et la quatrième option. Il est personnellement en faveur de la troisième option, tout en reconnaissant qu'il faut compléter et améliorer le règlement des différends qui y est prévu afin de prévoir une procédure qui couvre aussi l'État lésé et qui soit satisfaisante pour toutes les parties intéressées. Il pourrait éventuellement accepter la quatrième option, mais à condition qu'elle prévoie à la fin du projet d'articles, dans un chapitre indépendant, des mécanismes de caractère général pour le règlement des différends.

52. Revenant sur ce qu'a dit M. Pellet à propos des crimes, M. Economides pense que les contre-mesures sont une réponse éventuellement appropriée aux infractions qualifiées couramment de délits, mais qu'aux infractions qualifiées de crimes il faut des réponses non plus individuelles mais collectives, cela dans le but d'une justice internationale et d'un ordre international contrôlé. Pour une orientation correcte du travail de la Commission dans une perspective non seulement de codification mais aussi et surtout de développement progressif, M. Economides pense qu'il faut strictement délimiter les contre-mesures et favoriser dans toute la mesure possible le recours au juge, en s'efforçant de « juridictionnaliser » autant que possible cette matière. Enfin, l'article 30 lui semble parfaitement acceptable et même mûr pour être inclus dans la série d'articles qu'a déjà examinée le Comité de rédaction.

53. M. SEPÚLVEDA, tout en percevant dans la section D du chapitre premier un effort important pour identifier les problèmes et proposer des solutions, dit que certaines questions sont cependant préoccupantes.

54. Ainsi, il est préoccupant qu'un fait reconnu comme illicite, qui n'est pas conforme à une obligation assumée par un État envers un autre État devienne, par le simple effet du projet d'articles, une mesure légitime. Cette exclusion de l'illicéité semble consacrer un système d'auto-assistance et de rétorsion qui ne correspond pas à l'ordre juridique contemporain censé ne laisser aucun espace juridique à un scénario de représailles.

55. De même, puisque l'objectif de la Charte des Nations Unies est de conférer à l'ONU le monopole du recours à la force, y compris l'application de mesures de contrainte de quelque nature que ce soit, et notamment de sanctions économiques, permettre l'adoption de contre-mesures unilatérales représente une rupture de l'esprit de la Charte.

56. On ne peut non plus manquer d'être préoccupé, comme l'indique le Rapporteur spécial, par l'injustice

de facto qu'impliquent les contre-mesures puisque, par définition, ce sont les États les plus puissants qui sont véritablement à même d'adopter des contre-mesures.

57. M. Sepúlveda constate toutefois que le nouveau libellé de l'article 30 proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 392 restreint davantage la définition des contre-mesures et subordonne à des conditions plus rigoureuses l'exclusion de l'illicéité d'un fait. Il faut ainsi se féliciter du remplacement du mot « légitime » par le mot « licite ».

58. Eu égard à la nécessité, soulignée également par M. Economides, de renforcer un système de règlement des différends, M. Sepúlveda exprime sa préférence pour la troisième option proposée par le Rapporteur spécial, intégrant l'idée de réduire ou de supprimer les abus auxquels peut donner lieu l'application de contre-mesures et prévoyant un mécanisme de prévention et, le cas échéant, de règlement des différends entre États. L'absence d'un tel mécanisme crée évidemment des risques puisqu'il n'y a pas alors de définition des solutions. C'est à cette conclusion que parvient le Rapporteur spécial lorsqu'il souligne, au paragraphe 386, que les contre-mesures visent à la normalisation des relations à travers la résolution du différend initial. Cette conclusion n'est toutefois pas nécessairement valable car cette normalisation peut très bien ne pas se produire en réalité.

59. En conclusion, M. Sepúlveda dit qu'il convient d'encadrer très strictement le recours, dans des cas véritablement extrêmes, aux contre-mesures en l'assortissant d'un régime de règlement des différends visant à en prévenir l'éventualité ou, en cas de besoin, dans ces cas extrêmes, à parvenir à une conclusion satisfaisante de l'application de ces mesures extrêmes.

60. M. AL-KHASAWNEH dit que la question des contre-mesures est l'une des plus importantes qu'ait eu à examiner la Commission à la session en cours et que la décision qu'elle prendra aura des répercussions durables non seulement sur la forme du projet d'articles mais aussi sur l'efficacité et l'essence même du droit international au cours du prochain millénaire.

61. Bien qu'elles puissent revêtir un caractère discriminatoire à l'égard des États les plus faibles, les contre-mesures sont une réalité de la vie et doivent donc être prises en considération et réglementées. Malheureusement, la Commission n'a toujours pas élaboré de règles de fond les régissant efficacement. Il est bien envisagé de créer un mécanisme perfectionné de règlement des différends, mais cela ne peut se faire au détriment de l'élaboration de règles de fond. L'un des domaines dans lesquels ces règles sont nécessaires est celui de la proportionnalité. On a dit à juste titre de la proportionnalité que c'est un faux ami, dans la mesure où elle donne l'impression qu'il existe un critère objectif permettant de jauger les actions et réactions des États. Ce n'est en effet pas le cas, surtout depuis que la Commission a abandonné la suggestion qu'avait faite l'ancien rapporteur spécial Willem Riphagen de distinguer entre deux types de réaction : d'une part les mesures de réciprocité, circonscrites, et d'autre part, les contre-mesures, plus générales<sup>10</sup>. Certes, les références à la pro-

portionnalité ne manquent pas dans les ouvrages consacrés aux contre-mesures et l'on trouve des précédents qui remontent au XVIII<sup>e</sup> siècle. Mais à cette époque, les relations internationales étaient beaucoup plus limitées et l'on pouvait évaluer objectivement la proportionnalité d'une action et d'une réaction. Aujourd'hui, on observe tellement de réactions qui n'ont aucun rapport avec l'acte originel que la proportionnalité est devenue une notion déroutante, très élastique.

62. Prenant le contre-pied de M. Pellet, M. Al-Khasawneh estime que, loin de s'exclure mutuellement, un système de réglementation des aspects de fond des contre-mesures, d'une part, et un système de règlement des différends, d'autre part, s'appuieraient mutuellement. Le lien avec une procédure efficace de règlement des différends est essentiel pour que les contre-mesures soient acceptées et le manque d'élasticité des règles de fond est une raison supplémentaire pour que l'on accepte une telle procédure. Il va de soi que les États qui acceptent d'être liés par un traité doivent, s'ils sont de bonne foi, accepter que la façon dont ils se comportent vis-à-vis de ce traité puisse être examinée dans le cadre d'une procédure obligatoire par une tierce partie. On peut être en désaccord sur les détails d'un tel système, sur la question de savoir s'il est politiquement réalisable, mais pas sur le fait qu'il doit y avoir un lien entre les deux sujets. Il a été proposé par certains auteurs d'abandonner purement et simplement l'aune de la proportionnalité en faveur d'une interdiction absolue des contre-mesures. Cette solution radicale mérite peut-être d'être explorée, mais il est possible aussi d'améliorer encore le critère de la proportionnalité.

63. Il existe toujours un risque de confusion entre les mesures conservatoires et les contre-mesures. Cette partie du projet peut encore être améliorée.

64. Il a été dit qu'il pourrait être erroné d'établir des analogies entre le droit interne et le droit international. M. Al-Khasawneh fait observer que, s'il n'y a pas en droit international de hiérarchie des institutions similaire à ce que l'on voit en droit interne, le droit international n'est pas un système statique. Il revient à la Commission de le faire progresser vers l'instauration de l'état de droit dans l'ordre international. Si l'on accepte les contre-mesures parce que la vie est ainsi faite, rien n'interdit une certaine dose d'idéalisme. Comme l'a écrit Toynbee :

Il est une règle – et c'est une règle inscrite dans le déclin et la chute des civilisations – qui veut que la demande de codification est la plus forte aux tous derniers stades avant-coureurs d'une catastrophe sociale, longtemps après le zénith des réalisations de la science du droit, et alors que les législateurs du moment se lancent dans une fuite en avant désespérée devant les forces de destruction<sup>11</sup>.

Puisse la Commission démentir cet aphorisme empreint de pessimisme et légiférer efficacement dans ce domaine.

65. M. MELESCANU se déclare favorable à la quatrième option proposée par le Rapporteur spécial, de loin la plus acceptable. On ne peut passer sous silence les contre-mesures, qui font partie de la vie internationale. Mais la Commission ne peut se fixer comme objectif de résoudre toutes les questions liées à l'utilisation licite de la force dans les relations internationales. Elle doit se con-

<sup>10</sup> Voir 2590<sup>e</sup> séance, note 6.

<sup>11</sup> A. Toynbee, *A Study of History*, 12 volumes, Londres, Oxford University Press, 1935-1961.

tenter d'examiner les contre-mesures sous l'angle de la responsabilité des États, ou plus exactement de facteurs qui excluent l'illicéité du fait de l'État.

66. Il n'est cependant pas opportun de lier les contre-mesures et le système de règlement pacifique des différends. Tout d'abord, cela compliquerait la tâche de la Commission, qui est d'élaborer un ensemble de règles concernant la responsabilité. Ensuite, si l'on arrivait à créer un tel système combiné, il risquerait d'avoir un effet dissuasif et de décourager les États de devenir partie à l'instrument élaboré. Enfin, une telle proposition n'a aucune utilité pratique. Les États qui n'ont pas l'intention de se soumettre à un tel système refuseront tout simplement de le faire, et la question est donc parfaitement théorique. Comme M. Pellet, M. Melescanu pense qu'il faut délimiter très strictement les contre-mesures et espérer qu'un système de règlement pacifique des différends permettra aux États d'appliquer les règles que formulera la Commission. Il importe à cet égard de donner au Rapporteur spécial des orientations pour ses travaux futurs.

67. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), récapitulant le débat, constate que même les membres – minoritaires – qui ont exprimé une préférence pour la troisième des options proposées n'ont pas défendu l'établissement d'un lien entre la prise de contre-mesures et le règlement obligatoire des différends. Ceux qui sont néanmoins en faveur d'un lien étroit entre les contre-mesures et le règlement des différends le sont essentiellement en raison du risque d'abus inhérent aux contre-mesures et de la nécessité de les contrôler autant que possible.

68. En ce qui concerne la façon de procéder, le Rapporteur spécial pense qu'il convient tout d'abord de renvoyer l'article 30 tel que proposé au paragraphe 392 de son deuxième rapport au Comité de rédaction, lequel, comme l'a proposé M. Gaja, pourra l'examiner à la cinquante-deuxième session dans le cadre de l'examen des autres articles. Il serait cependant utile d'informer l'Assemblée générale que cet article a été renvoyé au Comité de rédaction mais que, faute de temps, celui-ci n'a pas pu l'examiner, ce qui semble à l'heure actuelle inévitable.

69. À la cinquante-deuxième session, il faudra se concentrer sur une formulation acceptable des articles 47 à 50 et se pencher sur le problème crucial des contre-mesures collectives. À ce sujet, le Rapporteur spécial a été très intéressé par l'argument selon lequel les contre-mesures ne s'appliquent pas en cas de violation d'obligations *erga omnes* mais seulement dans le cadre des relations bilatérales entre États.

70. En conscience, le Rapporteur spécial ne peut défendre le lien entre la prise de contre-mesures et le règlement des différends pour toutes les raisons qui ont été données et ne pense pas que la majorité des membres soient enclins à le faire. À la cinquante-deuxième session, il faudra examiner la question de la forme du projet d'articles et de celle du mécanisme de règlement des différends. Il ne s'agit pas à cet égard de suggérer que les questions qui relèvent des contre-mesures ne peuvent en aucun cas relever du règlement des différends. Elles le peuvent, bien entendu, et cela a été le cas indirectement dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*. Les mécanismes existants de règlement des différends s'appliqueront

conformément à leur mandat aux différends dans lesquels il y a eu recours à des contre-mesures. Dans la mesure où ces mécanismes s'appliquent, il pourrait être approprié de limiter la capacité qu'ont les États de recourir à des contre-mesures, directement ou indirectement. Il semble au Rapporteur spécial que les membres qui appuient ces mécanismes, MM. Kabatsi et Kateka en particulier, sont en réalité en faveur d'une forme plus large de règlement des différends, à laquelle il pourrait d'ailleurs lui-même être favorable si elle était réaliste.

71. Le Rapporteur spécial a trouvé très intéressante la proposition de M. Gaja tendant à ce que les articles sur les contre-mesures soient transférés de la deuxième partie à une deuxième partie *bis*. Il est clair que la Commission est en train de concevoir ou plutôt de reconcevoir la troisième partie. La question de savoir s'il y aura ou non une disposition distincte sous forme d'une partie distincte ou d'un protocole traitant du règlement des différends dépend entre autres de la question de la forme du projet d'articles. Par ailleurs, il manque dans celui-ci la partie qui y a toujours été prévue, celle qui a trait à la mise en œuvre de la responsabilité. C'est pourquoi le Rapporteur spécial examinera certainement de très près l'opinion de M. Gaja selon laquelle les contre-mesures doivent être considérées comme faisant partie de la mise en œuvre de la responsabilité et non des conséquences dans le domaine des réparations au sens large.

72. Pour le Rapporteur spécial, la seule façon d'avancer est de présenter, comme l'avait fait M. Riphagen, un texte complet de la deuxième partie, de la deuxième partie *bis* et de la troisième partie – s'il doit y en avoir une – pour que la Commission puisse avoir une vision globale de ces questions. Il tentera de le faire à la cinquante-deuxième session, sous la forme d'une annexe plutôt que sous la forme exploratoire qui caractérisait l'essentiel de son deuxième rapport.

73. M. ROSENSTOCK pense qu'il est souhaitable de renvoyer au Comité de rédaction tant l'article 30 adopté en première lecture que la nouvelle formulation proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 392 de son deuxième rapport. Le problème que pose cette dernière proposition est qu'elle préjuge de la réponse à la question de savoir laquelle des quatre options fera l'objet des discussions de la Commission. L'article 30 tel qu'adopté en première lecture fonctionne avec n'importe laquelle des quatre options, tandis que la proposition du Rapporteur spécial ne fonctionne qu'avec certaines d'entre elles.

74. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) n'y voit aucune objection. Cela a été fait pour de nombreux autres articles. Il conviendrait donc de renvoyer au Comité de rédaction l'article 30 adopté en première lecture et sa proposition, qui figure au paragraphe 392, pour que le Comité les examine lors de la cinquante-deuxième session à la lumière des autres dispositions sur les contre-mesures qui ressortiront du troisième rapport et du débat sur la question.

75. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer l'article 30 adopté en première lecture, de même que la nouvelle formulation proposée par le Rapporteur spécial, au Comité de rédaction, étant entendu que les deux textes

seront examinés par le Comité à la cinquante-deuxième session de la Commission à la lumière des résultats du débat.

*Il en est ainsi décidé.*

**Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)<sup>12</sup> [A/CN.4/496, sect. A, A/CN.4/501<sup>13</sup>]**

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

76. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), présentant son deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) [A/CN.4/501], dit que l'objet de ce deuxième rapport est de donner à la Commission des indications sur ce qu'elle pourrait faire après avoir adopté les projets d'articles en première lecture et pris connaissance des observations et commentaires reçus des gouvernements, en attendant leur adoption en deuxième lecture. Trois options sont proposées à la fin du rapport : a) poursuivre l'examen de la question de la responsabilité et rédiger un certain nombre de recommandations; b) suspendre les travaux sur la question de la responsabilité internationale jusqu'à ce que le régime de la prévention soit mis au point en deuxième lecture; et c) mettre un terme aux travaux sur la responsabilité internationale. Le Rapporteur spécial recommande d'adopter la deuxième de ces trois options, c'est-à-dire de consolider les travaux déjà accomplis et de les lier à d'autres propositions émanant d'autres instances pour tenter de mettre au point un régime dans un domaine où de nombreux gouvernements attendent de la Commission qu'elle leur donne des orientations. Abandonner purement et simplement le projet reviendrait à trahir un mandat confié à la Commission.

77. Les diverses vues sur le sujet sont présentées de manière objective dans le deuxième rapport. Dans le chapitre II sont résumées les opinions exprimées par les gouvernements sur les trois questions soulevées dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquantième session<sup>14</sup>. La question du type ou de la forme de procédure de règlement des différends pouvant être traitée à la cinquante-deuxième session n'est pas examinée. Par contre, celle de savoir si l'obligation de prévention doit toujours être considérée comme une obligation de moyens a fait l'objet de recherches approfondies dont les résultats sont exposés. Le Rapporteur spécial s'est particulièrement attaché à étudier les éléments constitutifs de l'obligation de moyens et de la diligence due ainsi que les divers types possibles d'exécution de l'obligation de diligence due. À la section A du

chapitre III, il évoque la notion de diligence due dans le contexte des travaux de la Commission sur le sujet de la responsabilité des États, dans celui de l'article 7 (Obligation de ne pas causer de dommages significatifs) du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation<sup>15</sup>; et dans celui de l'ébauche de plan présentée par le rapporteur spécial Quentin-Baxter<sup>16</sup>. Il mentionne aussi le commentaire de l'article 4 (Prévention) du projet d'articles recommandé par le Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international à la quarante-huitième session de la Commission<sup>17</sup>, eu égard aux observations faites par les gouvernements à ce sujet. La notion de diligence due est également examinée dans le contexte de domaines bien plus vastes, comme celui de l'environnement. Les vues du PNUE sont également exposées.

78. Les problèmes d'exécution et de promotion d'un esprit de respect des traités sont également examinés de près, notamment à la section B du chapitre III. À cet égard, on peut dégager deux catégories d'États, ceux qui sont désireux de s'acquitter de leur obligation d'exécution, mais n'ont pas la capacité de le faire, et ceux qui sont en mesure de respecter leurs engagements mais n'ont pas l'intention de le faire. Sont évoquées les trois stratégies pour l'exécution des accords internationaux relatifs à l'environnement : les stratégies de transparence, les stratégies d'incitation et les sanctions. Selon les recommandations des experts, une combinaison des stratégies de transparence et d'incitation serait peut-être le moyen le plus efficace pour obtenir l'exécution des obligations de diligence due. Les travaux de la Commission effectués jusqu'à la quarante-huitième session et les discussions qui se sont tenues à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, de même que les diverses vues des gouvernements et celles du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international à la quarante-neuvième session<sup>18</sup> sont évoqués à la section A du chapitre IV. Enfin, l'évolution des travaux dans le contexte du Traité sur l'Antarctique, de la Convention sur la diversité biologique et de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination est examinée à la section B du chapitre IV. Pour chacun de ces instruments, un régime spécifique de responsabilité adapté à l'exécution des obligations correspondantes est en cours d'élaboration.

79. M. KATEKA demande si le fait que le deuxième rapport a été présenté signifie qu'il sera examiné à la session en cours. Si le débat de fond ne doit avoir lieu qu'à la session suivante, il ne voit pas pourquoi le rapport a été présenté.

<sup>15</sup> Voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 108.

<sup>16</sup> Pour le texte de l'ébauche de plan, voir *Annuaire... 1982*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), doc. A/37/10, par. 109, p. 86. Pour les modifications apportées à l'ébauche de plan par le rapporteur spécial, voir *Annuaire... 1983*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 294, p. 90.

<sup>17</sup> Voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), doc. A/51/10, annexe I, p. 119.

<sup>18</sup> Voir *Annuaire... 1997*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 165 et 167, p. 60.

<sup>12</sup> Pour le texte des projets d'articles provisoirement adoptés par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1998*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 55, p. 21.

<sup>13</sup> Voir *supra* note 2.

<sup>14</sup> Voir *Annuaire... 1998*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 31 à 34, p. 17.

80. Le PRÉSIDENT dit qu'il est déjà arrivé que, lorsqu'il ne reste pas suffisamment de temps pour un débat de fond, il soit procédé à la présentation des rapports afin que les membres de la Commission puissent mieux se préparer au débat de fond de la session suivante. Les membres auront cependant la possibilité de poser des questions supplémentaires en ce qui concerne la présentation du deuxième rapport à une séance ultérieure.

*La séance est levée à 13 h 15.*

## 2601<sup>e</sup> SÉANCE

*Mardi 13 juillet 1999, à 10 h 5*

*Président : M. Zdzislaw GALICKI*

*Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Yamada.*

### **Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)<sup>1</sup> [fin] [A/CN.4/496, sect. A, A/CN.4/501<sup>2</sup>]**

[Point 4 de l'ordre du jour]

#### DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. KATEKA dit que l'obligation de prévention est dans son essence une obligation de diligence dont l'étendue peut varier d'un État à l'autre et d'une région à l'autre. C'est pourquoi le régime de protection doit tenir compte des intérêts et des besoins des pays en développement. C'est bien en ce sens qu'a évolué le droit international durant les années 90, en particulier avec la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et la Déclaration de Rio<sup>3</sup>. D'éminents juristes

ont aussi reconnu que la norme de diligence devait être appréciée au regard des moyens de l'État en cause.

2. M. Kateka ne pense pas que la Commission doive demander un mandat spécial à l'Assemblée générale pour élaborer un protocole distinct sur le respect des normes de prévention. Le respect des normes intéresse la protection, puisque les régimes visant à le garantir prévoient l'exécution d'obligations, avant tout dans le domaine de l'environnement, avant qu'un dommage significatif se produise; ils contribuent donc à prévenir les dommages.

3. Le Rapporteur spécial et le juriste Philippe Sands partent de l'hypothèse que les États sont peu désireux d'accepter un régime de responsabilité objective ou l'élaboration de règles sur ce sujet<sup>4</sup>. Pour sa part, M. Kateka appuie le choix qu'a fait le Rapporteur spécial de l'option *b* figurant au chapitre V du deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) [A/CN.4/501] parce qu'il estime, comme Roberto Ago, que la prévention et la sanction sont simplement deux aspects de la même obligation, et pense avec le rapporteur spécial Quentin-Baxter que prévention et réparation forment un continuum et une obligation composite<sup>5</sup>. D'autre part, il ne saurait souscrire à l'opinion de Brownlie<sup>6</sup> et de Jiménez de Aréchaga<sup>7</sup>. Rosalyn Higgins a eu raison d'exprimer sa déception au sujet de la séparation de la responsabilité internationale (*liability*) de la responsabilité des États (*responsibility*) et de demander pourquoi cette dernière ne devait pas être engagée par les résultats d'activités aussi bien licites qu'illicites<sup>8</sup>. Une telle approche aurait néanmoins l'inconvénient de poser le problème épineux des règles primaires et des règles secondaires.

4. M. Kateka suggère que le Rapporteur spécial ne vise que le Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux<sup>9</sup>, mais il doit aussi citer la Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux en Afrique et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, car cette convention est très importante pour l'Afrique, qui de plus en plus reçoit toutes sortes de matières dangereuses, notamment des déchets nucléaires. Le déplacement des responsabilités implicites dans le système d'« exécution conjointe » institué en ce qui concerne les pays figurant à l'annexe I de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques constitue une tendance très dangereuse.

<sup>4</sup> P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Manchester, Manchester University Press, 1995.

<sup>5</sup> Voir *Annuaire... 1983*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/373, par. 40, p. 222.

<sup>6</sup> I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Part I, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 50.

<sup>7</sup> E. Jiménez de Aréchaga, "International law in the past third of a century", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1978, vol. 159, p. 273.

<sup>8</sup> R. Higgins, *Problems and Process – International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 163 et 164.

<sup>9</sup> UNEP/CHW.1/WG.1/9/2, annexe 1.

<sup>1</sup> Pour le texte des projets d'articles provisoirement adoptés par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1998*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 55, p. 21.

<sup>2</sup> Reproduit dans *Annuaire... 1999*, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>3</sup> Voir 2587<sup>e</sup> séance, note 13.