

Document:-
A/CN.4/SR.2646

Compte rendu analytique de la 2646e séance

sujet:
Responsabilité des Etats

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2000, vol. I

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

tre-mesures sont coercitives de par leur caractère même, puisqu'elles sont conçues pour amener un État à se conformer à ses obligations internationales. Il y a quelque contradiction à dire que les contre-mesures, sous réserve qu'elles soient proportionnées, incitent un État à se conformer à ses obligations internationales et, d'un autre côté, à se plaindre de ce qu'elles soient coercitives. D'autres préoccupations ont été exprimées, dont le Rapporteur spécial a tenté de se faire l'écho dans le nouvel article 50. Il est déclaré à l'alinéa *a* que les contre-mesures ne doivent pas porter atteinte à l'intégrité territoriale ou constituer une intervention dans le domaine réservé de l'État responsable. Il convient bien entendu d'avoir à l'esprit que demander à un État de s'acquitter de ses obligations et adopter des contre-mesures ne sont pas, en soi et par définition, des questions relevant du domaine réservé de cet État, mais il y a d'autres choses susceptibles d'être accomplies par le moyen de contre-mesures qui pourraient enfreindre ce domaine réservé. L'article se présente comme une formulation plus acceptable de l'alinéa *b* de l'article 50 adopté en première lecture, qui a suscité tant de critiques.

81. S'agissant des conditions du recours aux contre-mesures, le Rapporteur spécial a adopté pour l'essentiel la proposition du Gouvernement français sur cette question. On convient généralement qu'avant qu'un État ne prenne des contre-mesures, il doit invoquer la responsabilité de l'État responsable en l'invitant à se conformer à ses obligations. Le problème tient à ce qui arrive si l'État responsable n'obtempère pas. Les projets d'articles font une distinction entre mesures conservatoires de protection et autres mesures. La proposition du Rapporteur spécial consiste à éviter l'expression « mesures conservatoires de protection », qui renvoie à la procédure judiciaire, et à lui préférer la notion de mise en œuvre provisoire des contre-mesures au paragraphe 2 de l'article 48. Si l'on admet que la notion de contre-mesure implique la suspension de droits – par exemple, le gel d'avoirs –, les contre-mesures doivent être prises immédiatement si l'on ne veut pas risquer qu'elles ne puissent pas être prises du tout et qu'il y ait alors une incitation à prendre des mesures extrêmes. L'État lésé doit donc prendre des mesures conservatoires pour se protéger pendant que les négociations se déroulent. C'est là l'idée qui sous-tendait l'article 48 adopté en première lecture, quoiqu'elle ait été mal exprimée.

82. Le nouvel article 48 proposé par le Rapporteur spécial énonce au paragraphe 1 l'obligation fondamentale de soumettre une demande à l'État responsable, puis prévoit au paragraphe 2 que, dans l'intervalle, l'État lésé peut mettre en œuvre à titre provisoire les mesures nécessaires pour préserver ses droits. Le paragraphe 3 énonce une autre condition, à savoir que, si les négociations ne conduisent pas au règlement du différend dans un délai raisonnable, l'État lésé peut prendre des contre-mesures pleines et entières. Par exemple, si ces contre-mesures prennent la forme de la mise d'avoirs sous séquestre, il peut être immédiatement interdit de transférer ces avoirs hors de la juridiction de l'État lésé afin de préserver le droit de ce dernier de les mettre sous séquestre en dernier ressort. La mise sous séquestre elle-même serait la forme la plus substantielle de contre-mesure. Bien entendu, la confiscation des avoirs serait totalement exclue en tant que contre-mesure car elle serait irréversible. Le nouvel article 48 consacre donc sous une forme légèrement différente le compromis dont s'était inspirée la Commission en pre-

mière lecture. Des opinions très arrêtées ont été exprimées sur cette question, et si la Commission décide de ne pas adopter la position intermédiaire, le Rapporteur spécial lui propose une disposition plus simple dans la note relative au paragraphe 3 du nouvel article 48.

La séance est levée à 13 h 15.

2646^e SÉANCE

Mercredi 26 juillet 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹(suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à poursuivre la présentation de la section D du chapitre III de son troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).
2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rappelle qu'à la séance précédente il a traité du premier aspect du problème des contre-mesures, celui de leur définition; il a également traité, à propos du deuxième aspect, de certaines des conditions qui régissent l'adoption de contre-mesures, les conditions de procédure.
3. Mais il y a aussi des conditions de fond, c'est-à-dire des obligations que doit respecter l'État qui impose des contre-mesures. Il s'agit évidemment en premier lieu du principe de proportionnalité, consacré à l'article 49. Dans

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), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

les commentaires reçus, aucun État n'a émis le moindre doute sur ce principe. Certains cependant se sont inquiétés de l'importance décisive du rôle qui lui revenait, puisque c'est au regard de cette prescription que se détermine la licéité des contre-mesures. D'autres se sont dits préoccupés par la façon assez lâche dont la situation était envisagée dans l'article 49 adopté en première lecture. Celui-ci en effet utilise une sorte de double négation : « Les contre-mesures [...] ne doivent pas être hors de proportion avec ... ». De son côté, la CIJ, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, a exprimé la même idée mais sous une forme positive en disant que les contre-mesures « doivent être proportionnées aux dommages subis » [p. 56, par. 85]. Il convient de rendre plus clair l'article 49 et de bien faire ressortir que la proportionnalité est une condition *sine qua non* de licéité, et non une vague déclaration de principe comme dans l'article antérieur.

4. Le troisième et dernier aspect du problème des contre-mesures est celui de la suspension ou de la levée des mesures adoptées. Les articles adoptés en première lecture n'en disaient mot et plusieurs gouvernements, y compris le Gouvernement français³, ont insisté pour qu'il en soit question dans le projet. La CIJ en a parlé indirectement dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, mais sous l'angle de la réversibilité. Or, si une contre-mesure ne peut pas être suspendue ou levée, c'est qu'elle n'est pas réversible, et si elle n'est pas réversible, elle ne peut être licite selon la Cour.

5. Le projet d'articles adopté en première lecture prévoyait en revanche le cas de la suspension des contre-mesures, qui devait intervenir quand avait cessé le fait générateur ou quand le différend était soumis au jugement d'une tierce partie dont la décision s'imposait aux deux États. Cela semblait satisfaisant car les contre-mesures ressortissent à une situation dans laquelle un État lésé n'a pas, en l'absence d'un tiers ayant autorité, d'autre choix que de prendre lui-même les choses en main. L'article 48 adopté en première lecture présumait donc que la nécessité des contre-mesures disparaissait dès lors qu'était engagée une procédure de règlement obligatoire. Cette disposition a été généralement bien accueillie par les États, sous réserve de quelques améliorations de forme. En fait, elle était en partie fondée sur l'arbitrage rendu dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*. Cet aspect de l'article 48 a été intégré dans le nouvel article 50 *bis*. Un troisième paragraphe a été ajouté à cet article, où il est dit qu'il doit « être mis fin aux contre-mesures dès que l'État responsable s'est acquitté des obligations qui lui incombent par rapport au fait internationalement illicite en vertu de la deuxième partie ». Ce paragraphe fonctionne indépendamment de la question de savoir si les contre-mesures ont été suspendues.

6. Le Rapporteur spécial rappelle qu'il reste à régler le cas de la pluralité d'États lésés. Selon ce qui a été proposé en la matière dans le chapitre premier de la deuxième partie *bis*, chaque État lésé devrait avoir le droit de prendre les contre-mesures proportionnées au préjudice qu'il subit, indépendamment de la position qu'il pourrait avoir par ailleurs à l'égard des contre-mesures collectives. Cela fera l'objet d'un autre chapitre.

7. M. LUKASHUK rappelle que le droit de prendre des contre-mesures n'est pas la conséquence de la violation du droit international, mais celle du refus de l'État qui l'a commise de se conformer aux obligations qui lui incombent de par ses relations avec l'État lésé. Les contre-mesures ne relèvent donc pas directement du sujet de la responsabilité : elles ne sont qu'un moyen d'inciter un État à s'acquitter de ses obligations. Autrement dit, le simple fait de la violation ne crée pas le droit de recourir à des contre-mesures. Le Rapporteur spécial l'a très bien compris, qui a explicité les conditions bien déterminées dans lesquelles les contre-mesures sont licites, c'est-à-dire dans lesquelles elles peuvent inciter l'État auteur à s'acquitter des obligations secondaires de cessation, de suspension et de réparation. Certains États, notamment la République tchèque⁴, ont eux aussi souligné dans leur commentaire que les contre-mesures n'étaient pas un moyen direct et automatique de répondre à la violation d'une obligation. Tout cela incline à faire des contre-mesures une institution indépendante du droit international, n'entrant en jeu qu'en cas de refus d'un État de s'acquitter de ses obligations.

8. En fait, le Rapporteur spécial s'abstient de donner une définition des contre-mesures. M. Lukashuk pense que c'est une institution d'une telle importance qu'il faut absolument en élaborer une définition juridique très claire. Le Rapporteur spécial a préféré, comme il le dit au paragraphe 322 du document à l'examen, formuler l'article 47 « comme une affirmation de l'habilitation d'un État lésé à prendre des contre-mesures contre un État responsable dans le but et sous les conditions précisés par les articles concernés ». L'article 47 proposé ne résout pas le problème et ne définit rien. Il y a pourtant dans les analyses du Rapporteur spécial assez d'éléments pour mettre sur pied une définition qui pourrait se lire comme suit :

« Les contre-mesures sont des mesures qui ne sont pas conformes aux obligations qu'a l'État lésé qui les prend à l'égard de l'État auteur du fait illicite, mais que l'État lésé a le droit d'appliquer à l'État auteur pour l'inciter à exécuter les obligations qui lui incombent en droit international. »

9. Le paragraphe 2 de l'article 47 présente aussi des difficultés. Limiter les contre-mesures à la suspension de l'exécution d'une ou plusieurs obligations internationales, c'est s'écarter des normes actuelles du droit. La Convention de Vienne de 1969 dispose en son article 60 qu'une violation substantielle d'un traité bilatéral autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin à ce traité ou en suspendre l'application. Dans le cas des traités multilatéraux, la même violation donne aux autres parties, agissant par accord unanime, le droit de suspendre l'application du traité en totalité ou en partie. L'article 47 devrait être aligné sur cette disposition. Le Rapporteur spécial a tout à fait raison de souligner au paragraphe 331 que les contre-mesures n'ont pas de caractère coercitif. C'est bien ce qui les distingue des sanctions.

10. M. Lukashuk insiste pour que l'on fasse clairement la distinction entre contre-mesures et sanctions, car il

³ Voir 2613^e séance, note 3.

⁴ Ibid.

s'agit de deux choses de nature sensiblement différente. On a vu se dégager de la pratique et de l'*opinio juris* l'idée que l'État n'a le droit de recourir qu'à des contre-mesures, comme l'avait noté le rapporteur spécial précédent. Les sanctions, par opposition, sont le monopole de l'Organisation des Nations Unies et aucun État ni groupe d'États n'a le droit d'en imposer en dehors de cette institution. Peut-être serait-il bon d'ajouter à l'article 47 une clause qui pourrait se lire : « Le présent article n'affecte pas le droit de l'Organisation des Nations Unies d'appliquer des sanctions conformément à la Charte ».

11. Un autre élément du paragraphe 1 de l'article 47 est problématique. Il est dit que les contre-mesures visent à « inciter [l'État] à s'acquitter de ses obligations ». Il se trouve qu'on peut dire la même chose de la rétorsion, cas de figure dont il n'est question nulle part dans le projet. Pourtant, les mesures de rétorsion sont importantes et elles appellent elles aussi une définition juridiquement claire.

12. Le paragraphe 47 pose enfin la question de l'évaluation du comportement d'un État par un autre État, évaluation qui comporte toujours une part de subjectivité. Sans compter qu'un État peut se méprendre en toute bonne foi. Aussi faut-il prévoir que l'État faisant l'objet des contre-mesures doit disposer de moyens de se disculper. Cette clause serait très importante, surtout pour les petits pays qui ont des choses à dire sur les contre-mesures que leur imposent certains États plus forts.

13. Passant à l'article 47 *bis*, M. Lukashuk constate simplement qu'il est très proche par son contenu de l'article 50 et qu'il devrait donc précéder immédiatement cette dernière disposition.

14. L'alinéa *b* de l'article 50 parle des « droits de tierces parties, notamment [des] droits fondamentaux de l'homme ». Si ces « tierces parties » sont des États ou des institutions, à quoi peuvent bien correspondre leurs « droits fondamentaux de l'homme » ? Le plus sage serait de consacrer une clause particulière aux droits de l'homme.

15. L'article 50 *bis* dispose de façon fort catégorique que les contre-mesures doivent être suspendues si le fait internationalement illicite a cessé. On peut pourtant imaginer une situation où, les contre-mesures ayant ainsi été suspendues, l'État auteur refuse de se conformer aux obligations secondaires que sont la restitution ou l'indemnisation, par exemple. Quelle sera alors la position de la partie lésée ? Quant au paragraphe 3 du même article, il serait beaucoup plus précis libellé ainsi : « Il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'État auteur s'est acquitté des obligations mentionnées dans la deuxième partie relative à sa responsabilité dans le fait internationalement illicite ».

16. En conclusion, M. Lukashuk dit qu'à son avis les projets d'articles dont la Commission est actuellement saisie peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

17. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) tient à préciser sa position sur la question des rapports entre les contre-mesures et le droit des traités. Selon l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, tout État lésé par la violation d'un traité peut mettre fin à celui-ci ou en suspendre l'exécution, le tout sous certaines conditions : la violation doit être « substantielle » (le critère en est assez élevé, selon la

définition) et le traité peut n'être suspendu qu'en partie, selon sa nature. Quand le traité s'éteint, il n'y a plus d'obligation pour personne. Quand le traité est suspendu, il devient virtuel et aucune partie n'a à le respecter jusqu'à sa remise en vigueur avec, on peut le présumer, le consentement exprès des parties qui avaient été touchées par cette suspension.

18. La situation juridique des contre-mesures est très différente. La dénonciation d'un traité en vertu de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 est un acte licite. À ce titre, il n'intéresse pas la Commission, qui s'occupe du cas dans lequel un État ne respecte pas un traité en vue d'en inciter un autre à respecter les obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie du projet d'articles. Les conditions aussi sont différentes : les contre-mesures peuvent être prises même si la violation n'est pas « substantielle », encore qu'elle(s) doive(nt) rester proportionnée(s); il n'est pas question de fractionner les obligations; l'obligation de départ incombe toujours à l'État visé par les contre-mesures; enfin, cette obligation est pertinente pour déterminer la licéité des contre-mesures adoptées.

19. Le Rapporteur spécial, qui dit trouver un certain intérêt à la notion d'exception d'inexécution parce qu'elle est en relation avec celle de réversibilité, comprend fort bien que la Commission puisse considérer que le terme *suspension* utilisé dans *suspension of performance* au paragraphe 2 de l'article 47 pour traduire cette idée risque de prêter à confusion avec la « suspension » d'un traité. Elle a sans doute raison, mais ce qu'elle ne doit pas faire, c'est confondre la situation envisagée dans la Convention de Vienne de 1969 et celle qui se présente dans le domaine de la responsabilité des États.

20. Le Rapporteur spécial souhaite ajouter deux commentaires à sa présentation du chapitre à l'examen (Circonstances excluant l'illicéité). D'abord, il propose une formulation simple de l'article 30, dans l'hypothèse où les autres articles à l'examen seraient approuvés. Il rappelle que cet article avait été laissé en suspens en attendant la décision sur les contre-mesures⁵. Ensuite, pour les raisons assez complexes exposées aux paragraphes 363 à 366 de son rapport, il pense désormais que la notion plus vaste d'exception d'inexécution est suffisamment couverte par les dispositions consacrées aux contre-mesures et que sa propre conception plus étroite, inspirée du *dictum* de la CPJI dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, l'est suffisamment par l'article 38 de la deuxième partie, qu'il propose de conserver. Il n'insiste donc pas pour faire de l'exception d'inexécution une circonstance distincte d'exclusion de l'illicéité.

21. M. SIMMA approuve la distinction que le Rapporteur spécial établit entre la suspension d'un traité et la suspension de l'exécution d'une obligation dans le contexte des contre-mesures, mais ne peut le suivre dans la distinction qu'il fait entre la situation envisagée dans la Convention de Vienne de 1969 et celle qui se présente dans le cadre du droit de la responsabilité des États. Il a dit que l'article 60 de la Convention n'autorisait l'extinction ou la suspension de l'exécution d'un traité qu'en cas de viola-

⁵ *Annuaire...* 1999, vol. II (2^e partie), par. 448, p. 92.

tion substantielle de ses dispositions, ce qui implique que ces deux opérations ne sont pas autorisées lorsque la violation n'est pas suffisamment grave, alors que les contre-mesures peuvent être prises pour des raisons relativement mineures. Ce n'est pas convaincant, car on pourrait penser, et M. Simma l'a soutenu dans un certain nombre de publications, que l'idée consacrée à l'article 60 de la Convention devrait aussi permettre une suspension proportionnelle et réciproque au motif de la violation même, et non à titre de contre-mesure. L'avant-dernier alinéa du préambule de la Convention dit bien que « les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions non réglées dans les dispositions de la présente Convention ». Il y a des exemples où a eu lieu cette sorte de suspension proportionnelle et réciproque en vertu de l'*exceptio non adimpleti contractus* que consacre l'article 60. C'est sur ce seul point que M. Simma diffère du Rapporteur spécial.

22. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que, selon la Convention de Vienne de 1969, un traité peut être suspendu ou annulé en cas de violation substantielle. Autrement dit, on ne peut toucher au traité si la violation n'est pas substantielle. M. Simma a raison de dire que l'exception d'inexécution, prise dans son sens large, pourrait bien conduire à ce qui reviendrait à une suspension dans le contexte d'obligations synallagmatiques, mais c'est une question maintenant couverte par la Convention. Il faut résister à l'idée qu'il y a d'autres moyens d'annuler un traité ou d'en suspendre l'exécution que ceux que prévoit la Convention, qui indique expressément qu'elle énonce la totalité des motifs de la faire.

23. M. PELLET juge utile la distinction introduite par M. Lukashuk entre les contre-mesures, autrefois appelées représailles, et les mesures de rétorsion. Mais il a tort de reprocher au Rapporteur spécial de ne pas avoir inclus la rétorsion dans le projet d'articles. En effet, la rétorsion est une réaction à un fait qui peut être illicite aussi bien que licite. Elle est par définition en elle-même une mesure licite – elle n'est donc pas une « circonstance excluant l'illicéité » – qui peut être prise par un État si l'attitude d'un autre État ne lui plaît pas, répondant ainsi à une attitude inamicale par une autre attitude inamicale. La rétorsion n'est pas la conséquence d'un fait internationalement illicite et n'entre pas dans le cadre du sujet. De plus, si on ajoute la rétorsion aux contre-mesures, on s'éloignera encore plus du concept même de responsabilité, qui suppose au départ un fait internationalement illicite. Peut-être pourrait-on dire dans le commentaire qu'il vaut mieux d'abord recourir à des mesures de rétorsion plutôt que d'imposer directement des contre-mesures, parce que la rétorsion ne menace pas le système juridique international. Mais ce serait une erreur, de l'avis de M. Pellet, que de le faire dans le projet, même si c'est tentant sur le plan de ce qu'on peut appeler « la politique juridique ».

24. M. LUKASHUK précise son idée : la rétorsion aussi peut être utilisée à l'égard d'un État « pour l'inciter à s'acquitter de ses obligations ». C'est pourquoi il serait judicieux d'y consacrer un paragraphe ou un article, où il serait dit que le projet d'articles ne règle pas la question du recours aux moyens de rétorsion.

25. M. TOMKA pense qu'une mesure de rétorsion peut être prise en réponse à un fait illicite. La différence fonda-

mentale entre les mesures de rétorsion et les contre-mesures est que les premières n'affectent en rien la situation juridique : elles ne sont pas un instrument de droit, elles sont une réponse de fait. La Commission codifie le régime des institutions juridiques, elle n'a pas à s'occuper de ce qui n'est pas juridique.

26. M. ROSENSTOCK, appuyé par M. SIMMA, pense lui aussi que la Commission aurait tort de s'engager dans le domaine de la rétorsion, qui ne relève pas du sujet à l'examen.

27. M. SIMMA, après avoir redit combien il juge étrange l'expression « contre-mesures », estime opportune la décision de la Commission d'aborder la question des contre-mesures et d'élaborer des dispositions à ce sujet, car les contre-mesures sont un fait et ce n'est pas en prétendant les ignorer que la Commission les fera disparaître.

28. En substance, M. Simma juge satisfaisant le régime proposé par le Rapporteur spécial et approuve l'essentiel de ses propositions.

29. Pour ce qui est de la procédure, il a été surpris de voir avec quelle promptitude, lors de la cinquante et unième session, l'idée d'un lien procédural entre les contre-mesures et le règlement des différends par l'arbitrage, qui figurait dans le projet adopté en première lecture, a été abandonnée. Il peut toutefois se résigner au découplage des contre-mesures et des procédures de règlement des différends, tout d'abord parce qu'il a l'impression que le produit final des travaux de la Commission sera un instrument de droit souple, c'est-à-dire une sorte de déclaration adoptée par l'Assemblée générale et, deuxièmement, parce qu'il constate une multiplication de régimes particuliers – *lex specialis* – qui réglementent les moyens d'inciter les États à revenir à la licéité et contribuent ainsi à mettre sur un pied d'égalité les grandes puissances et les États moins puissants.

30. S'agissant des questions traitées dans la section D du chapitre III du rapport, M. Simma juge plusieurs éléments satisfaisants. Tout d'abord, la définition que donne le Rapporteur spécial des contre-mesures à l'article 47 constitue une amélioration notable par rapport à l'ancienne version. Deuxièmement, M. Simma juge opportune la distinction entre la suspension des obligations fondée sur le droit des traités et la suspension de l'obligation fondée sur les contre-mesures, qui laisse l'obligation intacte. Il approuve en troisième lieu l'abandon des idées de Riphagen concernant les mesures de réciprocité ou les contre-mesures réciproques⁶, non pas parce que de telles mesures n'existent pas mais parce que, de manière générale, elles sont soumises exactement au même régime que les autres contre-mesures. Quatrièmement, il estime très utile la distinction qu'établit le Rapporteur spécial entre les obligations qui ne peuvent être des cibles légitimes des contre-mesures d'une part, qui sont visées à l'article 47 *bis*, et ce que l'on pourrait appeler des « atteintes collatérales à des droits », visées à l'article 50, d'autre part. Il se félicite à cet égard de l'intention du Rapporteur spécial de ne pas inclure l'exception d'inexécution (*exceptio non adimpleti contractus*) parmi les circonstances excluant

⁶ Voir 2645^e séance, note 7.

l'illicéité. Enfin, M. Simma approuve la proposition d'élaborer un nouveau texte pour l'article 30, en préférant l'expression « contre-mesure » au mot « sanction ».

31. La position de M. Simma est plus critique s'agissant des droits de l'homme. Tout d'abord, il estime curieux de mentionner les droits de l'homme en relation avec les droits de tierces parties, comme cela est le cas à l'alinéa *b* du nouvel article 50, car d'une part l'expression « tierces parties » en droit international vise manifestement des États ou d'autres sujets de droit international mais non des êtres humains, et d'autre part parce que, si un être humain a un droit fondamental, il est purement et simplement une partie, et non une tierce partie, et enfin parce que l'adjectif « tierce » implique manifestement que la personne n'est pas concernée, ce qui n'est pas le cas si elle a des droits fondamentaux. En deuxième lieu, M. Simma ne peut souscrire au raisonnement du Rapporteur spécial pour expliquer pourquoi les droits de l'homme sont exclus du jeu des contre-mesures. L'idée du Rapporteur spécial est que, s'agissant des obligations relatives aux droits de l'homme, les premiers bénéficiaires sont, non pas les autres États, mais les êtres humains. C'est là une bonne idée, mais ce que M. Simma juge en revanche dangereux est le fait de libérer les États de la responsabilité de veiller au respect des obligations relatives aux droits de l'homme de la part des autres États, faisant ainsi passer au second plan l'aspect intéressant des obligations relatives aux droits de l'homme. De l'avis de M. Simma, s'il est vrai que les droits de l'homme ne doivent pas faire l'objet de contre-mesures, c'est parce que les obligations s'y rapportant, qu'elles résultent de traités ou qu'elles soient fondées sur le droit international coutumier, sont par définition des « obligations intégrales » au sens de l'article 40 *bis* et qu'il n'est pas possible de bilatéraliser l'exécution de ces obligations parce que cela porterait atteinte au droit qu'ont tous les autres États parties à cette obligation à ce que le droit de l'homme en cause soit respecté.

32. Le libellé du nouvel article 47 est satisfaisant jusqu'au milieu de la troisième ligne, mais le membre de phrase « aussi longtemps qu'il ne s'est pas acquitté de ces obligations et pour autant que cela soit nécessaire à la lumière de ses réponses à la demande qu'il s'en acquitte » rend la phrase trop longue en ce qu'il vise à intégrer à la fois un élément temporel, qui figure à l'article 50 *bis*, et l'idée de proportionnalité, qui fait l'objet de l'article 49. M. Simma propose donc une rédaction de cette partie de l'article qui consisterait, d'une part, à élarger le dernier membre de phrase du paragraphe 1 et, d'autre part, à le combiner avec le paragraphe 2, et qui se lirait ainsi « ... deuxième partie, en suspendant l'exécution d'une ou plusieurs obligations internationales à la charge de l'État prenant ces mesures envers l'État responsable ». Il pense par ailleurs que l'expression « une ou plusieurs obligations » n'est pas heureuse et qu'il devrait être demandé au Comité de rédaction de la revoir.

33. S'agissant de l'article 47 *bis*, M. Simma serait tout d'abord d'avis de donner un peu plus de force au libellé des alinéas *a*, *b* et *c* en caractérisant les obligations de la manière suivante :

« *a*) L'obligation de s'abstenir de la menace ou de l'emploi de la force, conformément à la Charte des Nations Unies;

b) L'obligation de respecter et de garantir l'inviolabilité des agents, locaux, archives ou documents diplomatiques ou consulaires;

c) L'obligation de soumettre le différend à un règlement par tierce partie; ».

L'alinéa *d* pose un problème plus fondamental, lié au fait qu'il reprend en grande partie les termes du paragraphe 5 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 et vise notamment les « représailles » exclues par le droit humanitaire. Or, tenant compte, d'une part, du fait qu'à l'époque de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités les droits de l'homme étaient une idée relativement nouvelle et, d'autre part, qu'à l'époque contemporaine on ne saurait trop insister sur la nécessaire protection des droits de l'homme dans un contexte comme celui des représailles, M. Simma serait d'avis, soit d'insérer un paragraphe distinct visant les droits fondamentaux de l'homme, soit de reformuler l'alinéa *d* en s'inspirant du projet adopté en première lecture afin d'exclure les droits fondamentaux de l'homme du jeu des représailles. Enfin, M. Simma estime que, dans le texte anglais, il conviendrait de remplacer le terme *precluding* par le mot *excluding*.

34. L'article 48 énonce une idée très importante et M. Simma estime qu'il doit être maintenu sous sa forme étoffée et ne pas être ramené à la forme proposée dans la note relative au paragraphe 3 de l'article. Cet article appelle par ailleurs quelques observations. À l'alinéa *c* du paragraphe 1, peut-être conviendrait-il de remplacer le verbe « accepter » par « proposer » car le libellé existant risque de donner l'impression que l'on est en présence d'un *pactum de negociando*. Le paragraphe 2 reprend la vieille notion de mesure conservatoire et constitue peut-être un mal nécessaire pour rendre acceptable à certains États l'ensemble de l'article 48. M. Simma relève toutefois que le libellé de ce paragraphe n'est pas aussi différent du libellé adopté en première lecture que les commentaires semblent l'indiquer. Au paragraphe 3, M. Simma se demande si le choix du terme « différend » est heureux car l'existence d'un différend au sens juridique est subordonnée à certaines conditions et l'on peut se demander si c'est bien un différend au sens technique qui est visé dans ce paragraphe.

35. S'agissant de l'article 49, relatif à la proportionnalité, M. Simma approuve le remplacement d'une formulation négative par une formulation positive inspirée de celle adoptée par la CIJ dans son arrêt rendu en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Il serait d'ailleurs d'avis de calquer davantage encore le libellé de l'article 49 sur les termes de l'arrêt rendu par la Cour dans cette affaire car, en l'état du texte proposé par le Rapporteur spécial, le membre de phrase placé après la virgule n'ajoute rien au premier membre de phrase. M. Simma propose donc, après la virgule, un libellé qui pourrait être le suivant : « compte tenu des droits atteints par le fait internationalement illicite ».

36. Pour ce qui est de l'article 50, M. Simma se demande si la mention de l'« intervention » ne revient pas à ouvrir en quelque sorte la boîte de Pandore. Pour ce qui est de l'alinéa *b*, tout en rappelant les problèmes qu'il a précédemment évoqués quant au lien entre les droits de

tières parties et les droits fondamentaux de l'homme, M. Simma se félicite de la référence à l'observation générale n° 8 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui est citée au paragraphe 350 du rapport.

37. En conclusion, M. Simma est favorable au renvoi de l'ensemble des projets d'articles au Comité de rédaction.

38. M. ROSENSTOCK précise, sur la question de la proportionnalité, que le Rapporteur spécial a tenté, avec un relatif succès, d'intégrer dans l'article 49 les deux éléments de mesure de la proportionnalité qu'avait dégagés Riphagen dans l'arbitrage de l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*, à savoir la gravité du fait internationalement illicite et du préjudice découlant du comportement français, mais aussi les effets préjudiciables qui résulteraient de la répétition de ce comportement à l'égard de nombreux autres traités identiques conclus par les États-Unis⁷.

39. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) reconnaît que l'alinéa *b* de l'article 50 pose un problème mais qu'il en allait de même du texte adopté en première lecture. Le véritable problème est que des contre-mesures prises par un État qui, au départ, peuvent être licites, par exemple un embargo commercial, peuvent, en se prolongeant, entraîner une violation des droits de l'homme. C'est pourquoi le Rapporteur spécial a visé les droits de l'homme dans l'article 50, non en raison d'un refus de sa part de les considérer sérieusement, mais parce qu'il est délicat d'analyser les droits de l'homme dans le contexte des contre-mesures. Il est certain qu'un État ne peut prendre des contre-mesures qui entraînent la suspension de droits de l'homme en tant que tels. Il peut toutefois y avoir des cas où l'élément humain n'est pas le sujet du droit, mais, en quelque sens, son objet. De l'avis du Rapporteur spécial, tel était le cas de l'ancienne interdiction des représailles en droit humanitaire qui, à la différence des droits de l'homme contemporains, constitue une obligation purement interétatique, dont les personnes sont les bénéficiaires. C'est pourquoi le Rapporteur spécial a placé l'interdiction des représailles à l'article 47 *bis*, tout en acceptant l'idée que la rédaction de celui-ci pourrait être ultérieurement revue.

40. Dès lors que l'on accepte la distinction proposée entre les obligations non soumises à des contre-mesures et les contre-mesures interdites, il ressort de l'analyse que le problème du respect des droits de l'homme relève du champ d'application de l'article 50 et non de celui de l'article 47 *bis*.

41. Le Rapporteur spécial admet que le rapprochement, à l'alinéa *b* de l'article 50, des droits de tierces parties et des droits fondamentaux de l'homme risque de passer pour un excès de « droits de l'homme » en ce que cela revient à considérer les bénéficiaires des droits de l'homme comme des tierces parties vis-à-vis de l'État. Le problème est qu'il paraîtrait étrange de consacrer un paragraphe distinct aux droits de l'homme car ceux-ci sont précisément des droits de tierces parties par rapport à l'obligation interétatique qui est soumise aux contre-mesures. La solution serait donc de décomposer l'alinéa *b* en deux alinéas, l'un visant les droits d'États tiers et l'autre visant les droits de l'homme. Cela laisserait de côté la possibilité

d'une atteinte aux droits d'entités autres que des États tiers, mais cet aspect pourrait être traité dans le commentaire.

42. M. SIMMA se dit prêt à accueillir favorablement l'idée de diviser l'alinéa *b* de l'article 50 en deux parties, l'une visant les droits de tierces parties et l'autre visant les droits fondamentaux de l'homme. Il souligne toutefois le risque qu'il y aurait à « privatiser » en quelque sorte les obligations relatives aux droits de l'homme en les présentant comme des obligations qui ne sont pas dues aux États. À son avis, les obligations relatives aux droits de l'homme, en particulier celles énoncées dans des conventions, ont une double nature : ce sont des obligations existant entre les États parties qui justifient au même titre que d'autres obligations, en cas de violation, l'exercice de contre-mesures. Cet aspect est important et ne doit pas être occulté par l'autre aspect des droits de l'homme, mis en évidence notamment par la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir que les obligations découlant de traités ne sont pas seulement des obligations entre États mais sont aussi, et peut-être en premier lieu, des obligations à l'égard des individus.

43. M. Simma pense donc qu'il ne serait pas illogique d'insérer à l'article 47 *bis* un alinéa prévoyant, comme le faisait le projet adopté en première lecture, l'exclusion du champ des contre-mesures des obligations relatives aux droits fondamentaux de l'homme.

44. M. Sreenivasa RAO pense que la distinction entre protection des droits de l'homme dans le contexte de représailles et protection des droits de l'homme en général est judicieuse jusqu'à un certain point. Si l'on considère la protection des droits de l'homme dans le contexte des situations de conflit armé, on est amené à reconnaître qu'il s'agit en réalité de la protection de civils innocents. Si l'on se place dans l'optique de l'État qui fait l'objet de contre-mesures, et donc d'une attaque dont il doit se protéger, on peut admettre que celui-ci suspende l'exercice d'un grand nombre de droits de l'homme dans le cadre d'un état d'urgence. La suspension de certains de ces droits peut être sans grandes conséquences sur le plan de la responsabilité des États. Mais que faire du cas où, comme cela s'est produit pendant la seconde guerre mondiale, on procède à des rafles d'importants groupes d'individus pour les placer dans des camps ? Il est difficile de séparer la question des droits de l'homme de celle des situations de conflit armé. En outre, les temps changent et les droits considérés comme des droits fondamentaux de l'homme sont de plus en plus nombreux. Il faudrait prévoir que tant l'État affecté que l'État auteur des contre-mesures soient tenus de protéger les droits fondamentaux. Dans cette perspective, la distinction entre l'article 47 *bis* et l'article 50 perdrait beaucoup de son importance.

45. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) répond à M. Sreenivasa Rao qu'il est bien entendu que l'on doit défendre les droits de l'homme sans concessions et que les dispositions prévoyant des dérogations dans les situations d'urgence font partie du régime des droits de l'homme. C'est à l'aune de ces dispositions qu'il faut examiner l'internement de personnes lors de conflits armés, et cela ne relève pas du droit des contre-mesures.

⁷ Ibid.

46. Concernant ce qu'a dit M. Simma, le problème est que, si l'on place à l'article 47 *bis* la protection générale des droits de l'homme, on élude le problème beaucoup plus important de l'article 50. En effet, si les contre-mesures entraînent des violations des droits de l'homme, ce n'est pas en raison de représailles exercées contre des individus mais des souffrances humaines dont elles s'accompagnent, qui peuvent être très graves. Pour cette raison, il importe au plus haut point d'avertir les États que, s'ils peuvent instituer des embargos ou geler des comptes bancaires, certains droits individuels doivent être maintenus, sous réserve bien entendu de certaines dérogations. Il s'ensuit que si l'on a le choix entre un traitement plus confiné à l'article 47 *bis* en ce qui concerne les problèmes classiques de représailles et une protection plus large à l'article 50, on fait plus en réalité pour les droits de l'homme qu'en suivant la démarche proposée par M. Simma.

47. M. GALICKI fait observer que l'article 50 adopté en première lecture rassemblait les éléments désormais divisés entre l'article 47 *bis* et l'article 50. Peut-être serait-il bon de revenir sur ce divorce dans une certaine mesure, pour éviter des répétitions ou des omissions. Comme cela a été mentionné, on parle à l'alinéa *d* de l'article 47 *bis* d'obligations à caractère humanitaire. Cette différence de terminologie devrait être prise en considération. Certains participants au débat ont considéré que cette notion a également trait aux droits de l'homme. Il conviendrait d'unifier la terminologie et de savoir si l'on doit parler de droit humanitaire ou de droit des droits de l'homme, comme à l'article 50. Il faudra que le Comité de rédaction se penche sur ce point. On relève aussi des séquelles du divorce opéré à partir de l'article 50 adopté en première lecture dans une comparaison de l'alinéa *a* de l'article 47 *bis* et de l'alinéa *a* de l'article 50. Cette procédure de séparation devrait être encore une fois réexaminée avec soin.

48. M. SIMMA plaide pour le maintien de la distinction établie entre l'article 47 *bis* et l'article 50. Dans l'hypothèse où un État exerce des contre-mesures économiques à l'égard d'un autre État, les obligations ne pouvant être suspendues au sens de l'article 47 *bis* seraient des obligations nées d'un accord commercial ou de quelque accord d'assistance économique. Les victimes de dommages collatéraux seraient bien entendu des civils innocents, ce qui est très bien dit à l'article 50. Pour M. Simma, cela est parfaitement logique et il n'y a là aucune confusion. D'un autre côté, ne peut-on pas envisager des contre-mesures qui visent précisément des obligations en matière de droits de l'homme ?

49. L'exemple des rafles donné par M. Sreenivasa Rao invite à réfléchir. Les personnes regroupées dans des camps seront vraisemblablement des nationaux de l'État faisant l'objet des contre-mesures : on entre alors dans le domaine de la protection diplomatique, des normes minimales s'appliquant au traitement des étrangers et donc de leurs droits individuels.

50. Mais d'autres cas de figure peuvent se présenter. On pourrait par exemple imaginer qu'il existe en Allemagne une association des amis de l'Autriche. L'Allemagne, en froid avec l'Autriche, pourrait très bien, dans le cadre de contre-mesures, mettre en détention les membres de l'association qui seraient ses propres nationaux, des res-

sortissants allemands. De telles mesures ne sont pas invisibles puisqu'on en voit couramment des exemples dans la presse.

51. C'est pourquoi placer des considérations relatives aux droits de l'homme dans l'article 50 ne résout pas de nombreuses difficultés ni ne dissipe les craintes de M. Simma. Il serait utile d'y revenir dans le cadre du Comité de rédaction.

52. M. PELLET dit que sa position sur les contre-mesures est connue. Premièrement, il n'affectionne guère les contre-mesures qu'il croit réservées par la nature des choses aux États les plus puissants, comme l'est l'intervention. Deuxièmement, si les contre-mesures sont un mal, elles sont un mal nécessaire et en tout cas un fait. Force est donc de s'en accommoder, aussi longtemps que la société internationale demeurera essentiellement décentralisée, si bien que, faute de justice organisée, cette forme, primitive, de « justice privée » est inéluctable. Troisièmement, enfin, les choses étant ce qu'elles sont, mieux vaut régler les contre-mesures que les laisser dans l'anomie où certains voudraient les confiner. Rien n'est plus dangereux pour le faible que l'absence de droit.

53. Cela dit, les propositions du Rapporteur spécial semblent constituer globalement un progrès par rapport au projet adopté en première lecture, même si elles ne sont pas parfaites et peuvent constituer sur certains points une régression.

54. Tel est le cas de la formulation du début de l'article 47, qui reprend la formulation initiale qu'avait proposée le Rapporteur spécial Arangio-Ruiz⁸, à laquelle une majorité de membres de l'ancienne Commission s'était opposée avec succès malgré la résistance acharnée d'une minorité dont faisait partie M. Crawford. L'article 47 tel qu'adopté en première lecture était neutre : il présentait les contre-mesures comme un fait. Le Rapporteur spécial invite la Commission à revenir sur cette neutralité de bon aloi, sans d'ailleurs justifier clairement ce retour en arrière, et à partir de l'idée que les contre-mesures sont licites à certaines conditions : « ... un État lésé peut [*may*] prendre des contre-mesures ... à certaines conditions ». M. Pellet préférerait une formulation négative, comme certains États l'ont proposé : « ... un État lésé ne peut pas prendre de contre-mesures, sauf si... ». Mais, si cela n'est pas acceptable pour une majorité de membres, il demande au moins que l'on ne présente pas le recours aux contre-mesures comme le principe, et que l'on revienne à la formule neutre de compromis laborieusement adoptée en 1996, à la quarante-huitième session. Aux yeux de M. Pellet, c'est le point le plus négatif du rapport à l'étude, sur le plan des principes au moins : d'un trait de plume, sans explications, le Rapporteur spécial est revenu sur un équilibre laborieusement acquis.

55. Pour le reste, M. Pellet croit que le Rapporteur spécial a raison de chercher à simplifier la structure de l'article 47, même s'il serait possible d'aller plus loin dans le sens de la rationalisation. Comme M. Simma, il doute du bien-fondé du dernier membre de phrase du paragraphe 1 : « ... à la lumière de ses réponses à la demande qu'il

⁸ Voir quatrième rapport, *Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3, art. 11, p. 23.

s'en acquitte ». Outre que c'est difficilement compréhensible à la première lecture, il lui semble que si ces demandes et ces réponses sont des éléments à prendre en considération, ce ne sont que des éléments parmi d'autres et que la vérité est que les contre-mesures doivent être « strictement nécessaires eu égard aux circonstances », formule qu'il préférerait car elle lui paraît plus simple, plus limitative et plus exacte.

56. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 47, M. Pellet est d'accord avec le Rapporteur spécial pour considérer que la limitation des contre-mesures à ce que le Rapporteur spécial Riphagen appelait les « contre-mesures réciproques » ne serait pas réaliste. En revanche, malgré les explications données au paragraphe 347, M. Pellet regrette vivement que le Rapporteur spécial ait court-circuité la préservation des droits des tiers dans cet article, préservation que réalise le paragraphe 3 de l'article 47 adopté en première lecture. C'est d'autant plus surprenant que la lecture du paragraphe 348 donne à penser qu'au bout du compte le Rapporteur spécial se ralliait à la proposition de l'Irlande⁹ qui vise, au contraire, à renforcer la position des tierces parties aussi bien dans l'article 47 que dans l'article 30.

57. Cela étant, il est inévitable que, dans certains cas, les intérêts de tiers soient atteints par des contre-mesures. Mais il ne faut pas confondre droits et intérêts, et si les tiers ont des droits, on ne voit pas pourquoi, alors qu'ils n'ont commis aucun manquement, la violation de leurs droits se trouverait légitimée par le manquement commis par l'auteur du fait internationalement illicite. Le paragraphe 3 de l'article 47 adopté en première lecture tire expressément les conséquences de cette constatation. Il est indispensable de réinsérer cette idée et de ne pas s'en tenir à la formulation très ambiguë que propose le Rapporteur spécial, qui semble vouloir atteindre le même résultat avec l'allusion sibylline aux « mesures envers l'État responsable ». Par contre, M. Pellet conteste absolument que les hommes soient des « tierces parties » dans le cadre de la responsabilité interétatique et ne peut accepter la formulation que propose le Rapporteur spécial à l'alinéa *b* de l'article 50. Il rejoint sur ce point ce qu'ont dit MM. Lukashuk et Simma : les personnes humaines ne sont pas des objets du droit des droits de l'homme, ce sont bel et bien des parties à l'obligation et pas du tout des tierces parties. Il n'est pas sûr que couper en deux l'alinéa *b* de l'article 50 suffise à répondre à ses préoccupations.

58. C'est en ce qui concerne l'article 48 qu'intervient le progrès le plus spectaculaire et le plus net résultant des propositions du Rapporteur spécial par rapport au texte adopté en première lecture. Ce dernier repose sur la croyance naïve selon laquelle les excès trop souvent liés aux contre-mesures seraient limités par un hypothétique recours à l'arbitrage obligatoire prévu dans la troisième partie. À tout reporter ainsi sur un mécanisme irréaliste, évidemment inacceptable pour une grande majorité d'États, on en vient à négliger les limitations de fond nécessaires pour canaliser la « justice privée » que sont les contre-mesures. Le Rapporteur spécial propose à juste titre d'abandonner cette idée saugrenue, cette sorte d'opium des membres de la Commission qui veulent croire que la

société internationale est identique à la société nationale ou qu'il faut l'en rapprocher à marche forcée.

59. En revanche, il semble impératif de préserver le grand progrès accompli à la quarante-huitième session, qui a consisté à subordonner la possibilité de prendre des contre-mesures à l'échec de négociations menées de bonne foi dans un délai raisonnable. M. Pellet reconnaît que le paragraphe 3 de l'article 48 proposé par le Rapporteur spécial reprend cette idée. Il regrette néanmoins que la séquence logique entre ce paragraphe 3 et l'alinéa *c* du paragraphe 1 qui a trait à l'obligation d'accepter de négocier de bonne foi soit interrompue par le paragraphe 2, qu'il souhaiterait voir reléguer à la fin de l'article. Les mesures provisoires qui y sont prévues doivent apparaître pour ce qu'elles sont, à savoir des exceptions à l'interdiction de prendre des contre-mesures avant que la voie de la négociation ait été essayée. Leur caractère exceptionnel devrait être plus marqué et, à l'expression « qui peuvent être nécessaires », M. Pellet préférerait une expression plus ferme comme « qui se révèlent [ou qui sont] indispensables ». Par contre, il pense que le Rapporteur spécial a raison de lever l'ambiguïté qui résultait de la mention des « mesures conservatoires » même s'il doit être bien entendu que c'est de la même idée qu'il s'agit. Il est vrai qu'on pouvait avoir à l'esprit les mesures conservatoires du droit judiciaire international, or ce n'est pas la même chose.

60. Pour en revenir à la séquence des paragraphes 1 et 2, il semble aussi à M. Pellet que l'alinéa *b* est prématuré à l'endroit où il est placé et qu'il est trop rigide d'exiger de l'État lésé qu'il notifie les contre-mesures qu'il entend prendre avant le début des négociations. L'ordre logique et pratique devrait être celui-ci : premièrement, une demande motivée de réparation; deuxièmement, une négociation de bonne foi, et il n'est peut-être pas nécessaire de prévoir une obligation distincte d'accepter de négocier, car l'État qui envisage de prendre des contre-mesures ne doit pas seulement « accepter de négocier », il doit le proposer; troisièmement, la notification des contre-mesures envisagées qui peuvent légitimement être aménagées en fonction de la négociation. Ce serait d'ailleurs dans la logique de la mention, trop étroite, de l'exigence de la nécessité des contre-mesures à la lumière des réponses de l'État responsable à la demande de l'État lésé, figurant à la fin du paragraphe 1 de l'article 47.

61. Quant au paragraphe 4 (qui pourrait devenir le paragraphe 3 et passer lui aussi avant le paragraphe 2), il ne pose pas de problème, dans son principe en tout cas, et paraît être rédigé d'une manière souple et acceptable.

62. En revanche, M. Pellet est fermement opposé à l'alternative figurant à la note relative au paragraphe 3 de l'article 48, qui supprime le principal acquis du projet adopté en première lecture, l'obligation – en principe préalable – de négocier.

63. La proportionnalité dont il est question à l'article 49 est une notion indispensable, et M. Pellet se félicite de ce que le Rapporteur spécial ait substitué le mot « et » après « gravité du fait internationalement illicite » et au mot « ou » qui figure dans le projet d'article adopté en première lecture. Comme M. Simma, il considère aussi que la proportionnalité pure et simple à laquelle le Rapporteur

⁹ Voir *supra* note 3.

spécial propose de revenir est infiniment préférable à la formulation négative « hors de proportion » du texte adopté en première lecture.

64. Se proposant d'examiner conjointement les projets d'articles 47 *bis* et 50, M. Pellet relève qu'au paragraphe 334 de son rapport le Rapporteur spécial dit que la distinction qu'il opère entre « les obligations qui ne peuvent être suspendues au titre des contre-mesures et celles qui doivent être respectées lorsque des contre-mesures sont prises » introduit un élément de clarification. En l'occurrence, le Rapporteur spécial fait preuve d'un cartésianisme excessif. Si, dans l'abstrait, M. Pellet comprend la distinction que le Rapporteur spécial a en tête entre l'objet des contre-mesures, d'une part, et leurs effets, d'autre part, il comprend très mal sa mise en œuvre dans les articles 47 *bis* et 50. Si on rédige l'alinéa *a* de l'article 50 d'une manière légèrement différente mais qui revient strictement au même sur le fond, en disant par exemple que l'obligation de ne pas porter atteinte à l'intégrité territoriale des autres États ne peut être limitée au titre des contre-mesures, on en arrive à une « obligation non soumise à des contre-mesures », c'est-à-dire une obligation relevant de l'article 47 *bis*. Il en va de même si l'on parle du devoir de non-intervention. Quant à l'alinéa *b* de l'article 50, dont il a déjà parlé, M. Pellet doit ajouter que, malgré les explications données aux paragraphes 340 et 341, il n'arrive pas à comprendre en quoi le respect des droits fondamentaux de la personne humaine se distingue par essence des obligations à caractère humanitaire figurant à l'article 47 *bis*.

65. En tout cas, il semblerait sage de revenir à un article 50 unique concernant les contre-mesures interdites. M. Pellet partage en cela les vues de M. Galicki malgré le plaidoyer véhément de M. Simma.

66. Il est inutile de se lancer dans une discussion point par point des sept contre-mesures interdites qui figurent dans les articles 47 *bis* et 50. Pour M. Pellet, il suffirait en effet de mentionner l'interdiction du recours à la force conformément à la Charte des Nations Unies et l'obligation de ne pas porter atteinte aux normes impératives du droit international général, quitte à indiquer dans le commentaire que le caractère impératif de certaines obligations (notamment celles relatives aux inviolabilités des diplomates) a été contesté. Cela dit, la CIJ elle-même y a vu des « obligations impératives » dans son ordonnance relative à l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* [p. 20, par. 41]. De même, elle a qualifié d'obligations « intransgressibles » les obligations humanitaires visées à l'alinéa *d* de l'article 47 *bis*, dans l'avis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* [p. 257, par. 79]. Sur ce point, M. Pellet est d'accord avec M. Simma, qui considère qu'il n'y a pas de raison de distinguer les obligations à caractère humanitaire du respect des droits de l'homme, et il rejoint aussi M. Simma sur ce qu'il a dit en ce qui concerne les droits fondamentaux de la personne humaine et la limitation nécessaire de l'article 50 et de l'article 47 *bis* à ces droits fondamentaux. On peut sans doute dire la même chose du principe de l'intégrité territoriale et peut-être aussi du principe de non-intervention. Ne resterait que l'obligation relative au règlement des différends par tierce partie, mais le paragraphe 4 de l'article 48 paraît couvrir l'hypothèse principale. Il est vrai que ce paragraphe ne recouvre pas exactement l'alinéa *c* de l'article 47 *bis*, mais

il n'est pas sûr que l'on ait besoin de cet ajout qui porte sur des hypothèses marginales.

67. En tout cas, si M. Pellet n'a rien contre le contenu de la longue énumération des articles 47 *bis* et 50, il s'élève, comme il l'avait déjà fait lors de la discussion en première lecture, contre le procédé même de l'énumération, probablement non exhaustive. On n'est jamais sûr de ne rien oublier et puisque l'on se réfère au *ius cogens* à l'alinéa *e* de l'article 47 *bis*, autant lui laisser faire son office.

68. Abordant l'article 50 *bis*, M. Pellet dit qu'il est favorable à son insertion dans le projet et pense que c'est une excellente chose de prévoir que les contre-mesures doivent cesser lorsque les circonstances les justifiant ont elles-mêmes cessé.

69. Le paragraphe 3 de l'article 50 *bis* ne pose donc pas de problème. Par contre, le paragraphe 2 ne s'impose pas. D'une part, il pose d'assez nombreux problèmes de rédaction : par exemple, M. Pellet n'est pas enthousiasmé par l'expression « peuvent être reprises » qui est une sorte d'écho atténué du début de l'article 47, et il a dit tout le mal qu'il pensait de cette formulation. D'autre part, ni le mot « demande », ni le mot « injonction » ne semblent satisfaisants. Enfin, la précision « de bonne foi » ne l'est pas davantage. Le Comité de rédaction pourrait remédier à tout cela mais, d'un autre côté, ces précisions paraissent superflues, et pourraient très bien trouver leur place dans le commentaire avec, si possible, quelques illustrations concrètes. Ce sont des conséquences implicites mais concrètes du paragraphe 1. Cette disposition est d'ailleurs tellement inutile que M. Pellet n'est pas partisan de son renvoi au Comité de rédaction.

70. Il en va différemment en ce qui concerne le paragraphe 1, qui peut être renvoyé au Comité de rédaction. M. Pellet se demande néanmoins si le mot « injonction » qui figure à l'alinéa *b* est approprié et il pense que l'on pourrait se contenter de viser les tribunaux ou organes habilités à rendre des décisions obligatoires pour les parties.

71. Par ailleurs, cet alinéa *b* soulève deux questions. La première est celle de savoir s'il vise aussi les décisions prises par le Conseil de sécurité en vertu de l'Article 25 de la Charte des Nations Unies. M. Pellet suppose que oui, mais si tel est le cas il faudrait le dire et l'expliquer dans le commentaire. Cela soulève d'ailleurs des problèmes juridiques intéressants en ce qui concerne l'affaire de *Lockerbie*.

72. Deuxièmement, cet alinéa *b* vise-t-il les ordonnances de la CIJ ou d'un autre tribunal en indication de mesures conservatoires ? Ce devrait certainement être le cas, mais ce n'est pas ce que dit le texte proposé. Pour M. Pellet, ces ordonnances de la CIJ ne constituent pas des décisions obligatoires, et encore moins des injonctions; peut-être s'agit-il de demandes au sens du paragraphe 2, mais si tel est le cas, les paragraphes 1 et 2 ne correspondent pas l'un à l'autre.

73. Pour ce qui est de l'article 30, M. Pellet ne voit pas d'inconvénient au texte que propose le Rapporteur spécial au paragraphe 362 de son rapport, qui marque au contraire un progrès par rapport au libellé antérieur grâce à l'ajout de l'expression « dans la mesure où ». Cela étant, il se

demande si cette disposition est nécessaire. Son inclusion dans la première partie établit une ambiguïté dont certains membres de la Commission se sont inquiétés l'année précédente, puisque les contre-mesures apparaissent à la fois comme une circonstance excluant l'illicéité et comme des conséquences de la responsabilité. Ce « dédoublement de la personnalité » juridique de la notion n'est pas utile. Bien sûr, abstraitement, on peut voir dans les contre-mesures une circonstance excluant l'illicéité, mais c'est vrai aussi d'autres institutions juridiques, par exemple d'une décision du Conseil de sécurité imposant aux États de prendre des mesures contraires à certaines de leurs obligations, ce que le Conseil peut faire dans certaines limites, et c'est vrai aussi, ou ça peut l'être, du consentement à l'illicéité ou de l'exception *non adimpleti contractus*, exception que, sagement, le Rapporteur spécial a décidé de ne pas mentionner dans le projet. M. Pellet croit qu'il a eu raison de le faire pour les mêmes raisons qui lui donnent à penser qu'il n'est ni utile ni souhaitable de mentionner les contre-mesures dans la première partie, d'autant plus qu'à strictement parler, ce n'est pas la contre-mesure qui exclut l'illicéité mais bien l'illicéité du fait initial attribuable à l'État responsable. C'est en fait la première illicéité qui excuse la seconde et pas la contre-mesure en tant que telle. Il y a là un illogisme. L'article 30 n'est pas nécessaire et les articles 47 *bis* à 50 *bis* se suffisent à eux-mêmes.

74. En résumé, M. Pellet dit qu'il est favorable au renvoi de l'ensemble des projets d'articles à l'examen au Comité de rédaction, à l'exception du paragraphe 2 de l'article 50 *bis* et de l'article 30. Il souhaite en outre vivement : premièrement, que l'article 47 soit remanié de manière à éviter de faire apparaître les contre-mesures comme un droit; deuxièmement, que l'article 47 *bis* réintègre l'article 50 et que la liste des cas visés par ces deux dispositions soit réduite considérablement et, troisièmement, que la séparation entre le régime général des contre-mesures et le règlement des différends soit fermement maintenue. Tout le reste est affaire d'ajustements rédactionnels.

75. M. LUKASHUK dit qu'il approuve l'essentiel des observations de M. Pellet à l'exception de celles qui concernent l'alinéa *d* de l'article 47 *bis* et l'alinéa *b* de l'article 50, et pense au contraire qu'il faut maintenir la distinction entre les obligations à caractère humanitaire, c'est-à-dire découlant du droit international humanitaire, et les droits de l'homme.

76. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il ne partage aucunement l'opinion de M. Pellet selon laquelle l'ensemble des interdictions du recours à des contre-mesures est couvert par la notion de *jus cogens* et qu'il ne saurait souscrire à sa proposition sur ce point. Comme les États ne reconnaissent presque jamais à une norme le caractère de *jus cogens*, une telle formule élargirait radicalement le champ des contre-mesures, ce qui n'est certainement pas le résultat souhaité par M. Pellet. En particulier, le Rapporteur spécial ne pense absolument pas que l'inviolabilité des locaux, archives et documents diplomatiques et consulaires, mentionnée à l'alinéa *b* de l'article 47 *bis*, soit une norme du *jus cogens*. Cette disposition a d'ailleurs été approuvée par les États et le Rapporteur spécial s'opposerait à ce qu'on la supprime.

77. Par ailleurs, si l'on fait figurer les dispositions à l'examen sous une forme appropriée dans le projet d'arti-

cles, l'article 30 n'est peut-être pas nécessaire, mais si on leur donne la forme neutre et totalement insatisfaisante sous laquelle elles ont été adoptées en première lecture, il l'est assurément.

78. M. ECONOMIDES se demande, dans l'hypothèse où après la notification faite par l'État lésé visée à l'article 48, l'État responsable répond qu'il conteste l'existence de la violation et propose de porter immédiatement le différend devant la CIJ ou devant un tribunal arbitral, si l'État lésé peut néanmoins prendre des contre-mesures, même celles visées au paragraphe 2 de l'article 48.

79. M. DUGARD souscrit à l'observation de M. Lukashuk : il faut distinguer nettement entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme.

80. M. ROSENSTOCK, se référant à la suggestion faite par M. Pellet de supprimer la référence aux contre-mesures à l'article 30 au motif que ce qui importe vraiment est le fait illicite initial de l'État responsable, estime qu'avec un tel raisonnement on pourrait a fortiori supprimer la référence à la légitime défense. On peut effectivement ainsi vider l'article 30 de toute sa substance et reconfigurer l'ensemble du texte pour tenter de régler le problème qu'il envisage de manière tout à fait différente. La Commission risque néanmoins, ce faisant, de perdre toute chance de finir ses travaux sur le sujet en 2001.

81. M. SIMMA dit qu'il pense également qu'on doit conserver l'article 30. Par ailleurs, le titre de l'article 50 lui semble beaucoup trop large, et il serait préférable d'intituler cet article, par exemple, « Effets prohibés des contre-mesures ». D'autre part, dans le texte anglais de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la CIJ a employé un mot très fort mais s'est gardée de dire si le droit diplomatique relevait oui ou non du *jus cogens*. En ce qui concerne la question de l'inexécution d'une obligation en vertu de décisions prises par le Conseil de sécurité, elle est couverte par une disposition de sauvegarde.

82. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA souscrit aux observations de M. Pellet sur l'ordre des dispositions de l'article 48. Il estime par ailleurs qu'au paragraphe 3 du même article, il n'y a aucune raison de limiter les modes de règlement du différend aux négociations.

83. M. TOMKA dit qu'en ce qui concerne l'article 30, la CIJ a, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagy-maros*, analysé les contre-mesures comme des circonstances excluant l'illicéité. Cela est par ailleurs bien établi en doctrine depuis les années 1930 et le célèbre article de Kelsen¹⁰. Il importe donc de faire figurer les contre-mesures parmi les circonstances excluant l'illicéité.

84. Par ailleurs, les États peuvent déroger par accord bilatéral à des obligations relatives à l'inviolabilité des agents, locaux, archives ou documents diplomatiques ou consulaires, ce qui montre que ces obligations ne relèvent pas du *jus cogens*.

¹⁰ H. Kelsen, "Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht", *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Vienne), vol. XII, n° 4, octobre 1932, p. 571 et suiv.

85. M. MOMTAZ fait observer que les contre-mesures ne peuvent être prises qu'en réaction à un comportement effectivement illicite, et il relève à cet égard que le Rapporteur spécial indique au paragraphe 294 de son rapport « la croyance de bonne foi en l'illicéité n'est pas suffisante ».

86. M. PELLET estime toujours qu'il serait préférable, à l'article 47 *bis*, de remplacer l'énumération des diverses obligations par une formule plus générale qui les couvrirait toutes. Cette énumération est de toute façon incomplète : on pourrait aussi parler, par exemple, des obligations qu'imposent le droit de l'environnement et de beaucoup d'autres. Il est à cet égard surpris que le Rapporteur spécial, qui a en son temps critiqué le paragraphe 3 de l'article 19, utilise le même procédé à l'article 47 *bis*.

87. En ce qui concerne la question posée par M. Economides, la réponse se trouve à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 50 *bis*. Quant à savoir qui va juger de la nécessité des contre-mesures, en droit international ce sont les États qui sont les premiers juges de la licéité, aussi regrettable que cela puisse être, d'où l'importance de limiter au maximum le recours aux contre-mesures.

88. Répondant à M. Rosenstock, M. Pellet dit qu'on devrait aussi supprimer la mention de la légitime défense à l'article 30, ne serait-ce que parce qu'il s'agit d'une *lex specialis*.

89. Répondant à l'observation de M. Simma, il fait observer que les décisions prises par le Conseil de sécurité dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies qui permettent aux États de ne pas respecter une obligation sont certes couvertes par une disposition spéciale dans le projet d'articles mais fonctionnent bien de la même manière que les contre-mesures. Quant à l'observation de M. Tomka, dans l'affaire citée par celui-ci, la CIJ a peut-être accordé aux projets d'articles de la Commission beaucoup plus de poids que ne le méritaient des textes uniquement adoptés en première lecture.

90. M. KAMTO dit qu'il faut conserver l'article 30, notamment pour la raison donnée par M. Rosenstock. Il souligne par ailleurs le lien presque indissoluble existant entre les contre-mesures et le règlement des différends et indique qu'il y reviendra dans son intervention à la séance suivante.

91. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant à M. Economides, dit que, dans l'hypothèse imaginée par celui-ci, l'État lésé ne peut pas prendre de contre-mesures si le fait illicite a cessé. Enfin, répondant à une question de M. Pellet, il indique que le Conseil de sécurité n'est pas concerné par l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 50 *bis* et que c'est de l'article 39 que relèvent ses décisions.

La séance est levée à 13 heures.

2647^e SÉANCE

Jeudi 27 juillet 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen de la section D du chapitre III du troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

2. M. KATEKA dit que, dans le commentaire général du chapitre III de la deuxième partie adopté en première lecture, les contre-mesures sont décrites comme l'aspect le plus difficile et le plus controversé de l'ensemble du régime de la responsabilité des États. Il est également précisé dans le commentaire qu'en prenant des contre-mesures les États recourent à des mesures unilatérales d'auto-assistance. M. Kateka est d'avis, dès lors, qu'il faut user de la plus grande prudence en traitant des articles actuellement proposés.

3. Il ressort clairement des positions exprimées par certaines puissances qu'elles n'écartent pas les contre-mesures impliquant l'emploi de la force, ce qui indique qu'il y a un risque manifeste de recours abusif à des contre-mesures, surtout de la part des pays puissants à l'encontre des faibles, qui, en matière de contre-mesures, ne pourraient avoir que la possibilité d'adresser des notes de protestation par la voie diplomatique. L'inclusion des contre-mesures dans le projet aura pour effet que seuls certains États pourront accepter les articles. Il rappelle qu'il a déjà fait part de son opposition à cette inclusion lors du débat consacré à l'article 30.

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), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).