A/CN.4/SER.A/1992/Add.1 (Part 1)

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

1992

Volume II
Première partie

Documents de la quarante-quatrième session

NATIONS UNIES

A/CN.4/SER.A/1992/Add.1 (Part 1)

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

1992

Volume II
Première partie

Documents de la quarante-quatrième session

NATIONS UNIES
New York et Genève, 1995

NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Le titre *Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire...*, suivi de la mention de l'année (par exemple *Annuaire... 1990*).

Pour chaque session de la Commission du droit international, l'*Annuaire* comprend deux volumes :

Volume I : comptes rendus analytiques des séances de la session;

Volume II (1re partie) : rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés au cours de la session;

Volume II (2e partie) : rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

Les références à ces ouvrages et les extraits qui en sont donnés se rapportent au texte définitif des volumes de l'*Annuaire* paraissant sous forme de publications des Nations Unies.

*

* *

Les rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés par la Commission au cours de sa quarante-troisième session, parus initialement sous forme reprographiée, sont reproduits dans le présent volume compte tenu des rectificatifs publiés par le Secrétariat et avec les modifications de forme qu'exige la présentation définitive des textes.

A/CN.4/SER.A/1992/Add.1 (Part 1)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : F.94.V.4 (Part 1)
ISBN 92-1-233261-7

Édition complète de deux volumes :
ISBN 92-1-233263-3

ISSN 0497-9877

Copyright © Nations Unies, 1995
Tous droits réservés
Imprimé aux Nations Unies, Genève (Suisse)

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Abréviations et sigles iv

Note concernant les citations iv

Responsabilité des États (point 2 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/444 et Add.1 à 3. — Quatrième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial 1

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (point 3 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/442. — Dixième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial 53

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (point 5 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/443. — Huitième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Julio Barboza, rapporteur spécial 61

Répertoire des documents de la quarante-quatrième session 77

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AIEA	Agence internationale pour l'énergie atomique
CDI	Commission du droit international
CEE	Commission économique pour l'Europe
CIJ	Cour internationale de Justice
Communauté	Communauté européenne
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CSCE	Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe
GATT	Accord sur les tarifs douaniers et le commerce *(General Agreement on Tariffs and Trade)*
ILA	Association de droit international
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OEA	Organisation des États américains
ONU	Organisation des Nations Unies
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
OUA	Organisation de l'unité africaine
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
SDN	Société des Nations

*
* *

AJIL	*American Journal of International Law*
« Chronique »	« Chronique des faits internationaux », RGDIP
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.P.J.I. série A	CPJI, *Recueil des arrêts* (n°s 1-24, jusqu'en 1930 incl.)
C.P.J.I. série A/B	CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (n°s 40 à 80, à partir de 1931)
Keesing's...	*Keesing's Contemporary Archives* [jusqu'au volume 32 (1986)] *Keesing's Record of World Events* [à partir du volume 33 (1987)]
Nations Unies, *Historique...*	Nations Unies, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, mémorandum du Secrétaire général* (numéro de vente : 1949.V.8)
Recueil des cours...	*Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*
RGDIP	*Revue générale de droit international public*

*
* *

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

Dans les citations, les mots ou passages en italique suivis d'un astérisque ne figurent pas en italique dans le texte original.

Sauf indication contraire, les citations extraites d'ouvrages en langue étrangère sont des traductions du Secrétariat.

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

[Point 2 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/444 et Add.1 à 3*

Quatrième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial

[Original : anglais]
[12 et 25 mai et 1er et 17 juin 1992]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	Pages
Note			2
Ouvrages cités dans le présent rapport			2
INTRODUCTION		1	6
Chapitres			
I.	CONDITIONS ET FONCTIONS DES CONTRE-MESURES	2-23	6
	A. L'existence d'un fait internationalement illicite en tant que condition fondamentale	2	6
	B. La fonction des contre-mesures	3-5	6
	C. Protestation, mise en demeure, sommation ou demande de cessation et de réparation	6-23	8
II.	L'EFFET DES OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	24-51	14
	A. La pratique étatique avant la première guerre mondiale	24	14
	B. La pratique étatique entre les deux guerres	25-31	14
	C. Principes et règles postérieurs à la seconde guerre mondiale	32-34	16
	D. La pratique des États depuis la seconde guerre mondiale	35-40	17
	E. Conclusion	41-51	19
III.	PROJETS D'ARTICLES PROPOSÉS	52	23
	Article 11. — Contre-mesures d'un État lésé		23
	Article 12. — Conditions du recours à des contre-mesures		23
IV.	LA PROPORTIONNALITÉ DES CONTRE-MESURES	53-56	23
V.	LES CONTRE-MESURES INTERDITES	57-95	25
	A. Contre-mesures et interdiction du recours à la force	58-69	25
	B. Le problème des mesures économiques et politiques en tant que formes de contrainte	70-77	29
	C. Contre-mesures et respect des droits de l'homme	78-83	32
	D. La question de l'inviolabilité des diplomates et autres personnes bénéficiant d'une protection spéciale	84-88	34
	E. La pertinence des règles du *jus cogens* et des obligations *erga omnes*	89-95	35
VI.	PROJETS D'ARTICLES PROPOSÉS	96	37
	Article 13. — Proportionnalité		37
	Article 14. — Contre-mesures interdites		37
VII.	LES RÉGIMES « SE SUFFISANT À EUX-MÊMES »	97-126	37
VIII.	LE PROBLÈME DE LA PLURALITÉ D'ÉTATS ÉGALEMENT OU INÉGALEMENT LÉSÉS	127-151	45
	A. L'origine de la notion d'États indirectement lésés	127-133	45
	B. L'impropriété de la notion d'États indirectement lésés	134-138	47
	C. Les solutions concevables et possibles dans le cas d'une pluralité d'États lésés	139-151	48
IX.	PROJET D'ARTICLE PROPOSÉ	152	52
	Article 5 *bis*		52

* Incorporant le document A/CN.4/444/Add.1/Corr.1.

NOTE

Instruments multilatéraux mentionnés dans le présent rapport

	Sources
Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux (La Haye, 29 juillet 1899 et 18 octobre 1907)	J. B. Scott, éd., *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, 3e éd., New York, Oxford University Press, 1918, p. 41.
Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 18 octobre 1907)	Ibid., p. 101 et 102.
Traité de garantie mutuelle (Locarno, 16 octobre 1925)	Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. LIV, p. 289.
Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale (Paris, 27 août 1928)	Ibid., vol. XCIV, p. 59.
Acte général (règlement pacifique des différends internationaux) [Genève, 26 septembre 1928]	Ibid., vol. XCIII, p. 343.
Traité pour prévenir la guerre (non-agression et conciliation) [Rio de Janeiro, 10 octobre 1933]	Ibid., vol. CLXIII, p. 393.
Convention relative à l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, p. 295.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948)	Ibid., vol. 78, p. 277.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950)	Ibid., vol. 213, p. 221.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 993, p. 3.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques et Protocole facultatif (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, p. 171.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)	Ibid., vol. 1155, p. 331.
Convention américaine des droits de l'homme (San José, 22 novembre 1969)	Ibid., vol. 1144, p. 123.

OUVRAGES CITÉS DANS LE PRÉSENT RAPPORT

ANZILOTTI, D.

« La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. XIII, nos 1 et 3, 1906, réimprimé dans *Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale. — Consiglio Nazionale delle Ricerche, Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. II, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, t. I, Padoue, CEDAM, 1956.

ARANGIO-RUIZ, G.

« The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972-III*, Leyde, Sijthoff, 1974, t. 137.

« Human rights and non-intervention in the Helsinki Final Act », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1977-IV*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, t. 157.

« State fault and the forms and degrees of international responsibility: Questions of attribution and relevance », *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. — Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991.

BOISSON DE CHAZOURNES, L.

Les contre-mesures dans les relations internationales économiques (thèse présentée à l'Université de Genève en 1990, publiée ultérieurement par Pedone, Paris, en 1993).

BOWETT, D. W.

Self-Defence in International Law, Manchester, Manchester University Press, 1958.

« The use of force for the protection of nationals abroad », *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, A. Cassese, éd., Dordrecht, Nijhoff, 1986.

BRIERLY, J.

« Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1936-IV*, Paris, Sirey, 1937, t. 58.

BROWNLIE, I.

International Law and the Use of Force by States, Oxford, Clarendon Press, 1963.

BRUNS, V.

Fontes Juris Gentium, Berlin, Heymanns, 1932.

BUERGENTHAL, T.

« Codification and implementation of international human rights », *Human Dignity: The Internationalization of Human Rights*, L. Henkin, éd., New York, Aspen Institute for Humanistic Studies, 1979.

BURGERS, J. H. et H. DANELIUS

The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

CALVO, Ch.

Le droit international théorique et pratique, 6e éd. rev. et compl., Paris, Guillaumin, 1888, t. III.

CARDONA LLORENS, J.

« Interés, interés jurídico y derecho subjetivo en derecho internacional público », *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, Valence, 1989.

« Deberes jurídicos y responsabilidad internacional » (publié ultérieurement dans *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993).

CASSESE, A.

Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo, Bologne, Il Mulino, 1984.

CHARNEY, J. I.

« Third State remedies in international law », *Michigan Journal of International Law* [Ann Arbor (Mich.)], vol. 10, n° 1, hiver 1989.

« Third State remedies for environmental damage to the world's common spaces », *International Responsibility for Environmental Harm*, F. Francioni et T. Scovazzi, éd., Londres, Graham & Trotman, 1991.

CHARPENTIER, J.

Commentaire du paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte, dans *La Charte des Nations Unies*, 2e éd. rev. et augm., J.-P. Cot et A. Pellet, éd., Paris, Economica, 1990.

COLBERT, E. S.

Retaliation in International Law, New York, King's Crown Press, 1948.

CONFORTI, B.

Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio. — Commentario, vol. I [commentaire sur l'article 1er], R. Cadre, R. Monaco et R. Trabucchi, éd., Milan, Giuffrè, 1970.

DAVIDSON, S.

Grenada: A Study in Politics and the Limits of International Law, Aldershot, Avebury, 1987.

DE GUTTRY, A.

« Le contromisure adottate nei confronti dell'Argentina da parte delle Comunità Europee e dei terzi Stati ed il problema della loro liceità internazionale », *La questione delle Falkland-Malvinas nel diritto internazionale*, N. Ronzitti, éd., Milan, Giuffrè, 1984.

Le rappresaglie non comportanti la coercizione militare nel diritto internazionale, Milan, Giuffrè, 1985.

DENNIS, W. C.

« The settlement of the Nanking incident », *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], vol. 22, n° 3, juillet 1928.

DINSTEIN, Y.

« The right to life, physical integrity and liberty », *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, L. Henkin, éd., New York, Columbia University Press, 1981.

DOEHRING, K.

Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 60, t. II, Paris, Pedone, 1983.

DOMINICÉ, Ch.

« Représailles et droit diplomatique », *Recht als Prozess und Gefüge. — Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berne, 1981.

« Observations sur les droits de l'État victime d'un fait internationalement illicite », *Droit international 2*, Paris, Pedone, 1982.

EL KOUHENE, M.

Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme, Dordrecht, Nijhoff, 1985.

FITZMAURICE, G. G.

« The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1957-II*, Leyde, Sijthoff, 1958, t. 92.

FORLATI PICCHIO, M. L.

La sanzione nel diritto internazionale, Padoue, CEDAM, 1974.

GAJA, G.

« *Jus Cogens* beyond the Vienna Convention », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1981-III*, La Haye, Nijhoff, 1982, t. 172.

« Obligations *erga omnes*, international crimes and *jus cogens*: A tentative analysis of three related concepts », *International Crimes of State. — A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, J. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, éd., Berlin-New York, de Gruyter, 1989.

GIANELLI, A.

Adempimenti preventivi al ricorso a misure di reazione all'illecito internazionale, Université de Rome, 1990.

GOODRICH, L. M., E. HAMBRO et A. P. SIMONS

Charter of the United Nations: Commentary and Documents, 3e éd. rev., New York, Columbia University Press, 1969.

HACKWORTH, G. H.

Digest of International Law, Washington (D.C.), United States Government Printing Office, 1943, vol. VI.

HENKIN, L.

« Human rights and « domestic jurisdiction » », *Human Rights, International Law and the Helsinki Accord*, T. Buergenthal, éd., Montclair (N.Y.), Allanheld, Osmun/Universe Books, 1977.

HILL, D. J.

« The Janina-Corfu Affair », *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], vol. 18, n° 1, janvier 1924.

HOIJER, O.

Le Pacte de la Société des Nations. — Commentaire théorique et pratique, Paris, Spes, 1926.

HUTCHINSON, D. N.

« Solidarity and breaches of multilateral treaties », *British Year Book of International Law, 1988* (Oxford), vol. 59, 1989.

IPSEN, H. P.

« Über Supranationalität », *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973.

JENNINGS, R. Y.

« The *Caroline* and *McLeod* cases », *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], vol. 32, n° 1, janvier 1938.

JUSTE RUIZ, J.

« Las obligaciones « erga omnes » en derecho internacional público », *Estudios de derecho internacional, Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, vol. I.

KAPTEYN, P. J. G. et P. VERLOREN VAN THEMAAT

Introduction to the Law of the European Communities after the Accession of New Member States, London, Sweet & Maxwell, 1973.

KELSEN, H.

The Law of the United Nations, Londres, Stevens, 1950.

KISS, A.-C.

Répertoire de la pratique française en matière de droit international public, Paris, C.N.R.S., 1962, t. I; 1969, t. VI.

LAMBERTI ZANARDI, P.

La legittima difesa nel diritto internazionale, Milan, Giuffrè, 1972.

LATTANZI, F.

Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale, Milan, Giuffrè, 1983.

« Sanzioni internazionali », *Enciclopedia del diritto*, Milan, 1989, vol. XLIII.

LAUTERPACHT, H.

« The international protection of human rights », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1947-I*, Paris, Sirey, 1948, t. 70.

LILLICH, R. B.

« Civil rights », *Human Rights in International Law*, T. Meron, éd., Oxford, Clarendon Press, 1984.

MADDREY, W. C.

« Economic sanctions against South Africa: Problems and prospects for enforcement of human rights norms », *Virginia Journal of International Law* [Charlottesville (Va.)], vol. 22, n° 2, hiver 1982.

MARCHESE, A.

La tortura e i trattamenti crudeli, inumani e degradanti nel diritto internazionale, thèse de doctorat, Institut universitaire européen, Florence, 1991.

MCDOUGAL, M. S. et F. P. FELICIANO

Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion, New Haven et Londres, Yale University Press, 1961.

MEDINA QUIROGA, C.

The Battle of Human Rights, Gross, Systematic Violations and the Inter-American System, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

MERON, T.

« On a hierarchy of international human rights », *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], vol. 80, n° 1, janvier 1986.

Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Oxford, Clarendon Press, 1989.

MIGLIAZZA, A.

« L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972-III*, Leyde, Sijthoff, 1974, t. 137.

MONCHARVILLE, M.

« Le conflit franco-turc de 1901 », *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. 9, 1902.

MOORE, J. B.

A Digest of International Law, vol. III, V, VI et VII, Washington (D.C.), 1906.

MORELLI, G.

Nozioni di diritto internazionale, 7e éd., Padoue, CEDAM, 1967.

« A proposito di norme internazionali cogenti », *Rivista di diritto internazionale* (Milan), vol. LI, n° 1, 1968.

NASH, M. L.

Digest of United States Practice in International Law, 1978, Office of the Legal Adviser, Department of State, Washington (D.C.), 1980.

O'BOYLE, M.

« Torture and emergency powers under the European Convention on Human Rights: Ireland v. the United Kingdom », *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], vol. 71, n° 4, octobre 1977.

PALMISANO, G.

La « colpa dello Stato » ai sensi del diritto internazionale: problemi preliminari allo studio della colpa nella responsabilità internazionale, thèse de doctorat, Université de Milan, 1992.

PANZERA, A. F.

« *Raids* e protezione dei cittadini all'estero », *Rivista di diritto internazionale* (Milan), vol. LXI, n° 4, 1978.

PESCATORE, P.

L'ordre juridique des Communautés européennes. — Études des sources du droit communautaire, Liège, Presses universitaires de Liège, 1975.

« Aspects judiciaires de l'« acquis communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen* (Paris), vol. 17, n° 4, octobre-décembre 1981.

PICONE, P.

« Obblighi reciproci e obblighi *erga omnes* degli Stati nel campo della protezione dell'ambiente marino dall'inquinamento », *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino. — Studi e documenti sul diritto internazionale del mare*, vol. 12, V. Starace, éd., Milan, Giuffrè, 1983.

PILLITU

Lo stato di necessità nel diritto internazionale, Pérouges, 1981.

POLITIS, N.

« Les représailles entre États membres de la Société des Nations », *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. 31, 1924.

RAMCHARAN, B. G.

« State responsibility in respect of violation of treaty rules in general, and of those creating an « objective regime » in particular: Specific features with regard to the « first, second and third parameters » », *Indian Journal of International Law*, vol. 26, n°s 1 et 2, janvier-juin 1986.

REUTER, P. et J. COMBACAU

Institutions et relations internationales, 3e éd. rev., Paris, Presses universitaires de France, 1985.

RÖLING, B. V. A.

« Aspects of the case concerning United States diplomats and consular staff in Tehran », *Netherlands Yearbook of International Law* (Alphen aan den Rijn), vol. XI, 1980.

RONZITTI, N.

Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity, Dordrecht, Nijhoff, 1985.

ROSENSTOCK, R.

« The Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations: A survey », *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], vol. 65, n° 5, octobre 1971.

ROSS, A.

A Textbook of International Law, Londres, Longmans, Green, 1947.

ROSTOW, E. V.

« The politics of force: Analysis and prognosis », *The Year Book of World Affairs, 1982*, Londres, Stevens, 1982.

ROUSSEAU, Ch.

Droit international public, éd. rev., Paris, Sirey, 1980, t. IV.

SACHARIEW, K.

« State responsibility for multilateral treaty violations: Identifying the « injured State » and its legal status », *Netherlands International Law Review* (Dordrecht), vol. XXXV, n° 3, 1988.

SCHWARZE, J.

« Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen », *Europarecht* (Baden-Baden), vol. 18, n° 1, janvier-mars 1983.

SCHWEISFURTH, T.

« Operations to rescue nationals in third States involving the use of force in relation to the protection of human rights », *German Yearbook of International Law* (Berlin), vol. 23, 1980.

SICILIANOS, L.-A.

Les réactions décentralisées à l'illicite. — Des contre-mesures à la légitime défense, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.

SIEGHART, P.

The Lawful Rights of Mankind: An Introduction to the International Legal Code of Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 1985.

SIMMA, B.

« Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its background in general international law », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (Vienne), vol. 20, 1970.

« Self-contained regimes », *Netherlands Yearbook of International Law* (La Haye), vol. XVI, 1985.

« Bilateralism and community interest in the law of State responsibility », *International Law at a Time of Perplexity, Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

SØRENSEN, M.

« Eigene Rechtsordnungen — Skizze zu einigen systemanalytischen Betrachtungen über ein Problem der internationalen Organisation », *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichbarkeit, Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher*, Baden-Baden, Nomos, 1981.

SPERDUTI, G.

« Les obligations solidaires en droit international », *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

SPINEDI, M.

« Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite causant un dommage à l'environnement », *International Responsibility for Environmental Harm*, F. Francioni et T. Scovazzi, éd., Londres, Graham & Trotman, 1991.

STONE, J.

Aggression and World Order: A Critique of United Nations Theories of Aggression, Londres, Stevens, 1958.

STRUPP, K.

« L'incident de Janina entre la Grèce et l'Italie », *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. 31, 1924.

TAOKA, R.

The Right of Self-defence in International Law, Osaka, Osaka University of Economics and Law, 1978.

THOMAS, A. J. et A. VAN WYNEN THOMAS

The Dominican Republic Crisis 1965: Background Paper and Proceedings of the Ninth Hammarskjöld Forum, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1967.

TOMUSCHAT, Ch.

« Die Bundesrepublik Deutschland und die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen », *Vereinte Nationen* (Bonn), vol. 26, 1978.

VISSCHER, Ch. DE

« L'interprétation du Pacte au lendemain du différend italo-grec », *Revue de droit international et de législation comparée* (La Haye et Paris), 3e série, t. V, 1924.

WALDOCK, C. H. M.

« The regulation of the use of force by individual States in international law, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1952-II*, Paris, Sirey, 1953, t. 81.

WESTLAKE, J.

International Law, 2e éd., Cambridge, University Press, 1910, 1re partie.

WHARTON, F.

A Digest of the International Law of the United States, 2e éd., Washington (D.C.), United States Government Printing Office, 1887, vol. II et III.

WHITE, G.

« Legal consequences of wrongful acts in international economic law », *Netherlands Yearbook of International Law* (La Haye), vol. XVI, 1985.

WHITEMAN, M. M.

Digest of International Law, Washington (D.C.), United States Government Printing Office, vol. 8, 1967; vol. 12, 1971.

WRIGHT, Q.

« The meaning of the Pact of Paris », *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], vol. 27, n° 1, janvier 1933.

ŽOUREK, J.

L'interdiction de l'emploi de la force en droit international, Leyde, Sijthoff, 1974.

« La notion de légitime défense en droit international », *Annuaire de l'Institut de droit international, 1975* (Bâle), vol. 56.

Introduction

1. L'objet du présent document est de proposer des solutions et des projets d'articles sur les différents aspects du régime juridique des contre-mesures défini et illustré dans le troisième rapport du Rapporteur spécial[1]. Comme annoncé dans ledit rapport, les solutions et les projets d'articles sont fondés sur une étude plus approfondie de la pratique et de la doctrine.

CHAPITRE PREMIER

Conditions et fonctions des contre-mesures

A. — L'existence d'un fait internationalement illicite en tant que condition fondamentale

2. Comme cela a été expliqué dans le troisième rapport[2], la condition fondamentale de la licéité de toute contre-mesure est l'existence effective d'un fait internationalement illicite portant atteinte à un droit de l'État qui prend la contre-mesure. Cela ne signifie pas, sous réserve de toute disposition pertinente des instruments existants relatifs au règlement des différends (voir *infra* chap. II, notamment par. 16 à 26), que l'existence d'un tel fait et le droit de l'État qui se prétend lésé de prendre des contre-mesures doivent avoir fait l'objet d'une décision préalable dans une procédure arbitrale ou judiciaire ou d'une mesure quelconque d'un organisme politique ou d'enquête. Cela ne signifie pas non plus que la présence d'un fait internationalement illicite aurait dû faire l'objet d'un accord préalable entre l'État prétendument lésé et l'État présumé auteur. D'autre part, il ne suffirait pas que l'État qui se prétend lésé croie de bonne foi qu'un fait internationalement illicite a été commis en violation de son droit. Tout État qui recourt à des contre-mesures sur la base d'une telle présomption d'illicéité du comportement de l'autre partie le fait à son propre risque. Le risque serait, pour l'État qui se prétend lésé, d'être tenu responsable d'un fait internationalement illicite lorsqu'il serait prouvé que la violation préalable alléguée n'a pas eu lieu ou n'a pas porté atteinte à son droit. Tout ce que l'on peut dire en pareil cas, c'est qu'il devra manifestement être tenu compte de la bonne foi ou de l'erreur excusable d'un État prétendument lésé qui a recouru à des contre-mesures en l'absence de tout fait internationalement illicite, lorsqu'il s'agira d'évaluer le degré de responsabilité dudit État.

B. — La fonction des contre-mesures

3. Un autre point à examiner est la fonction que le droit international général attribue, et que les projets d'articles doivent attribuer, aux contre-mesures[3]. L'étude de la pratique internationale semble indiquer que lorsqu'ils recourent à des contre-mesures, les États lésés affirment qu'ils cherchent à obtenir et, de fait, paraissent chercher à obtenir la cessation du comportement illicite (dans le cas d'un fait illicite à caractère continu) et/ou la réparation au sens large (qui peut éventuellement comprendre la satisfaction) et/ou des garanties de non-répétition[4]. En d'autres termes, la fonction des contre-mesures n'irait pas au-delà de l'obtention par l'État lésé, soit de la cessation du comportement illicite et de garanties de non-répétition dans l'intérêt de la protection de la relation juridique dite « primaire », soit de la *naturalis restitutio*, de la réparation pécuniaire et des différentes formes de satisfaction tendant à effacer les conséquences préjudiciables — matérielles ou morales — de l'atteinte à ladite

[1] *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie), p. 1, doc. A/CN.4/440 et Add.1.

[2] Ibid., p. 15, par. 37 et 38.

[3] Ibid., p. 15 à 17, par. 39 à 45.

[4] La pratique internationale dont il est question ici sera examinée *passim* dans le présent rapport.

relation. Comme il n'est pas licite de poursuivre d'autres buts, toute contre-mesure dont les fonctions iraient au-delà desdites fins serait à son tour, selon les indications de la pratique internationale, un fait illicite. C'est probablement l'idée que l'Institut de droit international a voulu exprimer quand il a souligné, au paragraphe 5 de l'article 6 de sa résolution de 1934 sur le régime des représailles, qu'un État lésé ne devait pas « détourner les représailles du but qui en a déterminé initialement l'usage »[5]. Il s'ensuit, en particulier, qu'un État lésé ne peut en aucun cas perpétrer licitement, à titre de contre-mesures, des actes ou des omissions tendant à punir l'État qui a commis le fait internationalement illicite. Le seul châtiment qui pourrait licitement être infligé à ce dernier État serait le dommage matériel ou moral qui découlerait, soit de la réaction de l'État lésé et de ses effets coercitifs en ce qui concerne la cessation ou la réparation, soit, éventuellement, du tort qu'il s'infligerait lui-même en donnant satisfaction et en fournissant des garanties de non-répétition sous la pression de la réaction de l'État lésé.

4. Il est difficile d'exprimer une opinion sur la question de savoir si (et éventuellement dans quelle mesure) la description ci-dessus reflète avec exactitude l'état du droit international général sur ce point, ou d'ailleurs sur la question de savoir si cet état du droit est satisfaisant. Il est évidemment facile de présumer qu'un État qui recourt à des contre-mesures contre un État qui a commis une infraction ne le fait pas sans quelque intention punitive. Dans la plupart des cas, cette intention se confondra si totalement avec l'intention d'obtenir la cessation/réparation qu'elle ne passera pas le seuil de la perceptibilité juridique. La situation pourra sembler différente dans les cas où le principal souci de l'État lésé est d'obtenir satisfaction et/ou des garanties de non-répétition. L'intention de châtier peut en pareil cas devenir plus marquée et, bien que la satisfaction soit une peine que l'on s'inflige soi-même, le préjudice infligé par la contre-mesure visant à obtenir satisfaction semble très proche d'une peine infligée par l'État lésé[6]. On peut aussi envisager l'hypothèse d'une contre-mesure prise par un État contre un autre dans une situation où, la cessation ou la réparation n'étant ni demandée ni possible, la seule fonction concevable de la réaction est le châtiment. Dans la pratique internationale examinée, on n'a pu identifier que peu de cas qui semblent révéler une intention punitive expresse[7]. Il convient également de noter que l'étude de la pratique concernant les types de faits internationalement illicites, que le projet d'article 19[8] place dans la catégorie plus ou moins bien définie des crimes internationaux des États, fera vraisemblablement apparaître des cas plus nombreux et plus significatifs de mesures punitives. Plus généralement, dans les cas où le fait internationalement illicite est caractérisé, sinon par le dol, du moins par un haut degré de faute, l'intention punitive pourra apparaître plus clairement[9]. Quoi qu'il en soit, même s'il se révélait que la décision des États lésés de recourir à des contre-mesures cache assez souvent une intention punitive, il serait très difficile de voir dans la présence d'une telle intention plus qu'une *caractérisation factuelle* de la fonction des contre-mesures. Du point de vue du droit — *lex lata* ou *lex ferenda* — il ne semblerait pas approprié de tenir compte de cette hypothèse dans une disposition permissive rentrant dans le cadre du projet d'articles sur la responsabilité des États. Une disposition visant à interdire expressément toute fonction punitive des contre-mesures

[5] « Régime des représailles en temps de paix », *Annuaire de l'Institut de droit international, 1934*, p. 710.

[6] Comme l'a clairement expliqué Morelli :

« L'analogie avec la peine du droit interne est, dans le cas des représailles, plus rigoureuse que dans le cas de la satisfaction. En fait, alors que cette dernière [...] consiste en une conduite de l'État fautif lui-même qui constitue l'objet d'une obligation dudit État, la représaille, comme la peine, constitue un mal licitement infligé à l'État fautif par un autre État. » (*Nozioni di diritto internazionale*, p. 363.)

[7] Un élément « punitif » semble caractériser, par exemple, certaines saisies de biens étrangers. Un exemple que l'on peut citer est la saisie par Cuba des biens américains après la réduction par les États-Unis d'Amérique des importations de sucre cubain (Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8, p. 1041 à 1045; *Keesing's... 1959-1960*, vol. XII, p. 16902, 17538, 17542, 17591, 17787). Un autre exemple est l'expropriation par la Libye des avoirs britanniques après que le Royaume-Uni eut toléré — à tort selon elle — l'occupation par l'Iran de trois îles du golfe Persique (voir De Guttry, *Le rappresaglie non comportanti la coercizione militare nel diritto internazionale*, p. 83 à 89). Il semble que l'Indonésie ait attribué une fonction analogue à la saisie de biens néerlandais en réaction à la violation présumée par les Pays-Bas des accords de la « Conférence de la Table ronde » concernant le statut futur de l'Irian occidental. Le Gouvernement indonésien a déclaré en fait à l'Assemblée générale des Nations Unies, le 29 septembre 1958, que ces mesures avaient été adoptées parce que « dans l'impossibilité où nous sommes de régler nos différends avec les Pays-Bas par voie de négociation, il nous faut prendre d'autres mesures sans pourtant aller jusqu'à la guerre » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, treizième session, Séances plénières*, 762e séance, par. 83). Le Président de la République d'Indonésie lui-même a affirmé au sujet de cette affaire :

« Les Néerlandais continuent d'avoir une attitude obstinée en ce qui concerne la question de l'Irian occidental, mais je les avertis que, si, pour la question de l'Irian occidental, ils persistent dans leur obstination, si, en ce qui concerne la question de nos revendications nationales, ils persistent à s'entêter, alors le capital néerlandais, y compris celui des entreprises mixtes, verra se terminer son histoire sur le sol indonésien. » [Discours du Président de la République d'Indonésie, le 17 août 1959, cité dans la note des Pays-Bas concernant la nationalisation des entreprises qui sont la propriété de Néerlandais, en date du 18 décembre 1959 (voir des extraits dans AJIL, vol. 54, n° 2, avril 1960, p. 486).]

Un but « punitif » — c'est-à-dire la simple condamnation du fait illicite — semble caractériser parfois certaines des mesures prises par des États en réaction à de graves violations des droits de l'homme. Sous réserve d'une analyse plus approfondie des cas de ce genre en temps voulu (c'est-à-dire à propos des crimes internationaux des États), on peut rappeler pour l'instant les mesures prises par la France contre l'Empire centrafricain en mai 1979, à la suite du massacre de 85 jeunes gens par la garde personnelle de l'empereur Bokassa (« Chronique », RGDIP, 1980, p. 361 et suiv.); les mesures prises par les États-Unis d'Amérique contre la Chine en juin 1989, à la suite des incidents de Tien An Men (ibid., 1990, p. 484); et celles prises par la Belgique contre le Zaïre en mai 1990, à la suite du meurtre d'une cinquantaine d'étudiants par la garde personnelle du président Mobutu (ibid., p. 1051).

[8] Pour le texte des articles 1 à 35 de la première partie du projet adoptés en première lecture par la Commission, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 29 à 32.

[9] En ce qui concerne l'incidence de la faute sur le degré de gravité d'un fait internationalement illicite, voir *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie), p. 51 à 60, doc. A/CN.4/425 et Add.1, par. 164 à 190, et Arangio-Ruiz, « State fault and the forms and degrees of international responsibility: Questions of attribution and relevance », *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. — Mélanges Michel Virally*, p. 25 et suiv. Pour des commentaires plus détaillés, particulièrement en ce qui concerne l'importance de la faute pour la caractérisation des crimes internationaux d'États, voir Palmisano, *La « colpa dello Stato » ai sensi del diritto internazionale: problemi preliminari allo studio della colpa nella responsabilità internazionale*, chap. XII.

serait également inappropriée. Tout excès — qualitatif ou quantitatif — dans la réaction de l'État lésé devrait être condamné comme il convient, en vertu du principe de la proportionnalité et des autres limitations à la faculté de l'État lésé d'user de représailles.

5. D'un autre point de vue, la fonction des contre-mesures est importante en ce qui concerne les mesures conservatoires. Comme on le montrera dans le chapitre suivant, le recours à de telles mesures peut être licite — sous certaines réserves — *avant* qu'une procédure de règlement n'ait été engagée et même pendant le déroulement de cette procédure[10]. Telle est la position du précédent Rapporteur spécial, M. Willem Riphagen[11]. Toutefois, l'auteur souhaite se dissocier de la position de ceux qui pensent que les mesures conservatoires se caractérisent par le but *subjectif* de l'État qui y recourt, soit pour éviter de préjuger la possibilité de réparation, soit pour amener l'autre partie à se soumettre à une procédure de règlement des différends qu'elle a pu s'engager à accepter[12]. Les mesures en question — et le régime spécial à envisager pour ces mesures, même en présence de procédures de règlement par une tierce partie — sont caractérisées, plus précisément, par la fonction de protection qu'elles remplissent *objectivement* dans le cadre de la procédure de règlement pertinente. Elles consisteront donc, probablement, en mesures réversibles, surtout de caractère économique et propres à assurer à l'État lésé une valeur n'excédant pas le montant des indemnités qu'il peut réclamer au moyen de la procédure de règlement pertinente.

C. — Protestation, mise en demeure, sommation ou demande de cessation et de réparation

6. Bien que les auteurs semblent généralement enclins à accepter l'idée que les contre-mesures doivent en principe être précédées, selon le droit existant, par une forme quelconque de protestation, de mise en demeure, de réclamation ou de sommation[13], il subsiste une grande imprécision quant à la nature de ces préalables et quant aux circonstances dans lesquelles ils peuvent varier ou être omis[14]. Comme on l'a dit précédemment, les indications que fournissent les auteurs concernant les effets, soit de la nature du fait illicite, soit de la nature des mesures envisagées, doivent être vérifiées par une analyse plus approfondie de la pratique des États en vue d'obtenir des éléments plus précis[15].

7. La pratique pertinente du XIXe siècle concerne principalement les contre-mesures d'ordre militaire qui, pour extrêmes qu'elles soient, n'étaient pas à cette époque condamnées par le droit. La gravité même de ces mesures (alliée au fait qu'elles étaient fréquemment soumises à des formalités constitutionnelles dans le cadre du droit interne de l'État qui les prenait) imposait aux gouvernements une certaine prudence[16]. Cela explique en partie le soin particulier que prenaient les gouvernements de souligner qu'ils n'avaient recouru à la force qu'après avoir demandé sans succès la cessation et/ou la réparation[17]. La même pratique révèle qu'une protestation ou

[10] Voir *infra* par. 41 et 48, et les alinéas *b* et *c* du paragraphe 2 du projet d'article 12 proposé, tel qu'il apparaît *infra* au paragraphe 52.

[11] Voir sixième rapport [*Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 12, doc. A/CN.4/389], projet d'article 10, par. 2, al. *a* et *b*, et commentaire y relatif.

[12] *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1], par. 56 et 57.

[13] Ibid., par. 46 à 49.

[14] Ibid., par. 50. Une étude intéressante par Gianelli, intitulée *Adempimenti preventivi al ricorso a misure di reazione all'illecito internazionale*, a récemment été présentée dans une thèse de doctorat à l'Université de Rome.

[15] *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1], par. 51.

[16] Par exemple, on peut rappeler que, en 1807, l'envoyé britannique aux États-Unis d'Amérique pour l'affaire « *Chesapeake* » a déclaré, de façon générale :

« [...] si, quand une infraction est commise, la partie lésée recourt immédiatement à des mesures de rétorsion, la voie du règlement pacifique est fermée et les moyens de conciliation sont exclus » (Wharton, *A Digest of the International Law of the United States*, vol. III, p. 72).

En 1862, le Secrétaire d'État des États-Unis, M. Seward a déclaré que les États-Unis d'Amérique n'exerceraient pas de représailles armées pour obtenir réparation des préjudices infligés à leurs ressortissants par des États étrangers, à moins qu'il ne reste aucun autre moyen d'action (ibid., p. 100).

En 1883, au cours d'un débat au Parlement, le ministre italien des affaires étrangères, Pasquale Stanislao Mancini, a déclaré que les représailles en général constituaient

« l'ultime moyen que le droit international laissait aux États et que même un gouvernement civilisé était parfois forcé d'y recourir, mais seulement après avoir épuisé tous les moyens pacifiques et amiables dont il disposait » [*La prassi italiana...*, 1re série (1861-1887), vol. II, p. 905].

[17] Il convient de noter, cependant, que les cas en question sont des exemples de ce que l'on appelle la « diplomatie de la canonnière ». Les mentionner ici ne signifie pas que cette pratique est juridiquement admissible en tant que contre-mesure, ou, notamment, que les mesures prises par les États présumés lésés l'ont été à la suite d'un fait internationalement illicite effectif. Ces cas sont rappelés simplement pour souligner le fait que, même quand ils recouraient à cette politique critiquable, les États qui se prétendaient lésés estimaient qu'ils ne pouvaient pas se dispenser de l'obligation de faire une demande préalable de cessation ou de réparation et de celle de faire une sommation.

Dans l'affaire du « *Water Witch* » (1855-1859), les États-Unis d'Amérique avaient demandé réparation au Paraguay pour avoir ouvert le feu contre un vaisseau de guerre américain et tué un marin. Le Congrès, à la demande du président Buchanan, l'autorisa à adopter les mesures et à employer la force qu'il jugerait nécessaires et souhaitables *dans l'éventualité d'un refus du Gouvernement paraguayen de donner une juste satisfaction*. L'envoyé des États-Unis chargé de présenter la demande de réparation était escorté par une force navale, et cette circonstance persuada le Paraguay de faire droit très rapidement aux demandes des États-Unis (Wharton, *op. cit.*, vol. III, p. 113 et 114).

En 1861, le Royaume-Uni avait demandé réparation au Brésil pour le pillage, au large des côtes brésiliennes, d'un navire britannique, le « *Prince of Wales* », et pour les outrages subis par trois officiers britanniques. *Le Brésil ayant refusé de faire droit à ces demandes*, le Royaume-Uni procéda à un blocus du port de Rio et saisit cinq navires brésiliens. Le Brésil, sans accepter la version des faits des autorités britanniques, accorda réparation du préjudice (Moore, *A Digest of International Law*, vol. VII, p. 137 et 138).

En 1865, à la suite d'une agression subie par des pêcheurs italiens au large des côtes tunisiennes, le consul d'Italie présenta une demande de réparation au Gouvernement tunisien. Le Gouvernement tunisien opposa un refus en déclarant que les pêcheurs qui avaient été victimes de l'agression devaient être considérés comme responsables. *Après avoir insisté sans succès pour qu'il soit fait droit à sa demande*, le consul prit des dispositions pour qu'une frégate soit envoyée pour l'appuyer. Les autorités tunisiennes se mirent alors en devoir de faire droit aux demandes de l'Italie [*La prassi italiana...* (voir *supra* note 16), p. 894].

En 1902, les autorités vénézuéliennes arrêtèrent sept ressortissants français qui avaient refusé de payer des droits de douane qu'ils avaient précédemment payés à une faction révolutionnaire différente. Le commandant d'un vaisseau de guerre français mit le gouvernement local en demeure de libérer les ressortissants français qui avaient été

une mise en demeure précède aussi les mesures temporaires faisant appel à la force, telles que la saisie de navires ou de bâtiments des douanes que l'État prétendument lésé prend à titre de mesures conservatoires en réaction à un comportement illicite passé ou continu[18].

8. Même en ce qui concerne les mesures ne faisant pas appel à la force, on peut rappeler des affaires du XIXe siècle dans lesquelles un État lésé n'a recouru à des contres-mesures qu'après que ses demandes répétées de réparation par l'État présumé auteur se furent révélées vaines[19]. Le fait que la demande ait été répétée indique qu'il avait été satisfait à une exigence minimale de demande préalable.

9. Il semble que l'on ait renoncé à faire une protestation ou une mise en demeure dans un certain nombre de cas où il a été recouru à la force pour protéger des ressortissants en danger sur un territoire étranger[20]. Bien qu'il ne soit pas sûr que de pareils cas relèvent, comme l'affirment certains, de la légitime défense[21], ils ne sont pas sans intérêt pour le sujet : le fait qu'il semble ne pas y avoir eu de protestation ou de mise en demeure de cesser le comportement peut fort bien être justifié par l'urgente nécessité de remédier à la situation et la persistance du comportement préjudiciable. En général toutefois, la présence d'une forme quelconque de mise en demeure est évidente dans les cas de recours à des mesures faisant appel à la force. Il semble moins clair que les États qui prennent les mesures soient conscients qu'il y a là une obligation juridique. Le fait que cette manière de faire soit courante et qu'elle n'ait pas fait l'objet de contestations semble toutefois indiquer que, si une règle coutumière n'existait pas encore, son développement était néanmoins bien avancé. C'est ce que confirme la pratique ultérieure.

10. Les années du XXe siècle qui ont précédé la seconde guerre mondiale ont été marquées par des efforts tendant à renforcer les obligations bilatérales et multilatérales en matière de règlement pacifique des différends[22]. Il est intéressant de noter ici que, d'une part, l'existence de telles obligations absorbe, pour ainsi dire, celle plus élémentaire de procéder à une forme de protestation ou de sommation; et que, d'autre part, pour la période à l'examen, seule cette dernière obligation a un caractère contraignant en vertu du droit international général (à la différence de celle concernant les obligations en matière de règlement pacifique). La pratique suivie pendant cette période montre clairement que, selon le droit international, il est généralement admis qu'un État lésé ne peut licitement recourir à des mesures qu'après avoir demandé la cessation et/ou la réparation d'une manière ou d'une autre. En fait, comme pendant le

arrêtés. *Les autorités ayant refusé*, le commandant arrêta un navire de guerre vénézuélien et, le gardant sous le feu, renouvela sa demande. Les ressortissants français furent libérés peu après (« Chronique », RGDIP, 1902, p. 628 et 629).

En 1914, des soldats mexicains arrêtèrent un officier et deux marins américains alors qu'ils mettaient leur navire à l'ancre dans le port de Tampico. Malgré le retrait immédiat des mesures prises et les excuses présentées aux États-Unis d'Amérique par le général Huerta, alors chef de l'État, les États-Unis exigèrent en outre un salut au drapeau accompagné d'une salve de canon. Huerta refusa, considérant les demandes excessives. Le Congrès autorisa le Président des États-Unis à employer les forces armées pour appuyer sa demande de réparation sans équivoque de certains affronts et outrages faits aux États-Unis. En conséquence, les forces américaines prirent Veracruz [« Mediation in Mexico » (editorial comment), AJIL, vol. 8, 1914, p. 582 à 585]. Les actions militaires des États-Unis furent suivies par une longue interruption des relations diplomatiques entre les deux pays. La situation s'améliora à la suite de la médiation de certains pays d'Amérique latine (ibid.).

[18] En 1840, dans le contexte du différend entre le Royaume-Uni et le Royaume des Deux-Siciles au sujet de l'exploitation des mines de soufre siciliennes, ce n'est qu'après des *échanges prolongés et répétés* entre les deux gouvernements et après expiration d'un délai comportant une date limite que le Royaume-Uni procéda à la saisie de navires napolitains à quai à Malte. La saisie devait continuer d'avoir effet jusqu'à ce qu'il fut fait droit à la réclamation britannique (Moore, *op. cit.*, p. 132).

En 1901, en réaction à un certain nombre de faits illicites au détriment d'individus et de sociétés de nationalité française dans l'Empire ottoman, le Gouvernement français ne décida de saisir le bureau des douanes de Mytilène qu'*après de longues demandes réitérées de réparation et après une mise en demeure précise indiquant qu'en cas de nouveaux refus ou fins de non-recevoir la France aurait recours à des mesures faisant appel à la force*. La saisie continua d'avoir effet jusqu'à ce que le gouvernement ottoman eut satisfait aux demandes de la France. Dans la déclaration officielle qu'il fit, le Gouvernement français expliqua qu'il avait décidé de « saisir la douane de Mytilène, de l'administrer et d'en retenir les produits nets jusqu'au jour où le gouvernement du Sultan nous aura accordé toutes les satisfactions devenues nécessaires » (Moncharville, « Le conflit franco-turc de 1901 », RGDIP, 1902, p. 692).

En 1906, à la suite du meurtre d'un soldat italien qui gardait un bureau électoral dans l'île de Crète, le Gouvernement italien demanda aux autorités locales, notamment, réparation du dommage subi. Les autorités responsables refusèrent. Le consul d'Italie ne prit des dispositions pour faire saisir quelques postes de douane en vue d'obtenir directement réparation qu'après avoir fait suivre la demande de réparation initiale d'une *mise en demeure (sommation)* infructueuse. Les saisies furent levées dès que les autorités locales eurent fait droit à la demande de réparation [*La prassi italiana...*, 2e série (1887-1918), vol. III, p. 1703 et 1704].

[19] En 1855, ce n'est qu'après des protestations officielles et après que les autorités chinoises eurent reconnu qu'il y avait eu une violation mais eurent refusé de réparer le préjudice causé aux États-Unis d'Amérique par le mauvais traitement infligé à un ressortissant américain que le Secrétaire d'État des États-Unis autorisa l'ambassadeur américain à retenir les paiements dus à la Chine jusqu'à concurrence du montant de la réparation due (Wharton, *op. cit.*, vol. II, p. 576).

[20] Plusieurs des cas en question concernent les États-Unis d'Amérique. Par exemple, en 1895, les États-Unis craignaient que leurs ressortissants, en particulier les missionnaires, ne soient victimes d'un massacre dans certaines régions de l'Empire ottoman. Pour cette raison, le Gouvernement américain autorisa des navires de guerre à entrer dans les eaux territoriales turques. L'ambassadeur de l'Empire ottoman à Washington demanda des explications et on lui répondit que c'était un usage établi depuis longtemps par le gouvernement d'envoyer ses navires, à sa discrétion, dans les ports de tout pays qui peut momentanément être en proie à des troubles de l'ordre public et où l'on sait que ses nationaux possèdent des intérêts. Cette pratique était très répandue parmi les autres gouvernements (Moore, *op. cit.*, vol. VI, p. 342 et 343).

D'autres affaires concernent des mesures analogues que le Brésil a menacé de prendre contre l'Uruguay en 1864 (Bruns, *Fontes Juris Gentium*, p. 65), et l'Italie contre l'Uruguay en 1875 [*La prassi italiana...*, 1re série (voir *supra* note 16) vol. II, p. 938]. Une action concertée de la Grande-Bretagne, de la France et de l'Espagne contre le Mexique en 1861 a également été motivée par le souci de protéger des nationaux en danger (Moore, *op. cit.*, vol. VII, p. 133 et 134), de même que, et sans doute avec plus de raisons, l'intervention de différentes puissances occidentales en Chine au moment de la révolte des Boxers en 1891 [*La prassi italiana...*, 2e série (voir *supra* note 18), vol. IV, p. 1782 et 1783]. En ce qui concerne cette pratique, voir également Gianelli, *op. cit.*, chap. II, n° 6, *b*.

[21] Voir notamment Bowett, *Self-Defence in International Law*, p. 87 et suiv.; et, pour un tour d'horizon de la doctrine sur ce point, Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, p. 3 et suiv. En ce qui concerne la qualification juridique de cette pratique, voir *infra* par. 14 et 65 à 68.

[22] Voir *infra* par. 25 à 31.

siècle précédent, le recours à la force a été fréquemment précédé par une demande de réparation et/ou de cessation. Cela a été le cas même pour les mesures par ailleurs inacceptables, parce que disproportionnées, prises dans l'affaire Tellini (Janina), affaire dont certains aspects ont été soumis par la SDN à une commission de juristes[23]. Le caractère contraignant de l'obligation a été spécialement souligné dans la sentence rendue dans l'affaire de Naulilaa, selon laquelle « la représaille n'est licite que lorsqu'elle a été précédée d'une sommation restée infructueuse »[24]. S'il a rejeté l'accusation selon laquelle il n'avait pas respecté ladite obligation, l'État accusé n'a pas contesté la règle. En ce qui concerne la même affaire, il convient aussi de noter que, dans sa sentence, le tribunal arbitral a souligné que la réaction initiale de l'État lésé devait être communiquée au gouvernement de l'État contre lequel des mesures devaient être prises[25]. L'obligation de l'État lésé de « mettre au préalable l'État auteur de l'acte illicite en demeure de le faire cesser et d'accorder éventuellement les réparations requises » a également été soulignée par l'Institut de droit international à l'article 6 de sa résolution de 1934 sur les représailles[26]. La pratique suivie pendant cette période comprend aussi des cas de mesures faisant appel à la force destinées à assurer la protection de ressortissants en danger sur un territoire étranger. Le fait qu'une mise en demeure de cesser le comportement préjudiciable n'est pas toujours présente[27] semble être justifié par l'urgente nécessité de réagir aux infractions ayant un caractère grave et continu.

11. Une fois déterminés l'état du droit avant la seconde guerre mondiale et le fait que l'envoi d'une demande ou d'une sommation préalables était, à cette époque, juridiquement obligatoire, il est relativement facile de voir quel est, à cet égard, l'état du droit à l'heure actuelle. L'effet combiné des principes énoncés aux paragraphes 3 et 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et des principes ou règles analogues du droit international général — sans mentionner le rappel et le développement des mêmes principes dans des résolutions de l'ONU — ne peut que renforcer le caractère obligatoire d'une demande de réparation (et d'une sommation) préalable en tant que condition du recours licite à des mesures prises en réaction à des faits internationalement illicites. Cela semble être clairement confirmé par la pratique actuelle.

12. Il est significatif, pour ne prendre qu'une première série d'exemples, que même pendant la période de la guerre froide, malgré les nombreux différends qui ont opposé les États appartenant à des blocs rivaux au sujet des violations de leur espace aérien, le recours aux représailles a presque toujours été évité. C'est précisément parce que les représentations initiales, sous forme de demandes de réparation ou de satisfaction, ont été suivies par une phase de recherche d'une solution négociée ou arbitrale dont la préparation et la réalisation ont permis aux États d'éviter le recours à des mesures unilatérales[28]. Il est également significatif que, pendant la période à l'examen, les actes de représailles[29] tout comme les actes de rétorsion en réaction à un fait internationalement illicite ont souvent été précédés par une demande de réparation[30].

---

[23] Société des Nations, *Journal Officiel*, 4e année, n° 11, novembre 1923, procès-verbaux de la vingt-sixième session du Conseil (31 août-29 septembre 1923), p. 1278 et suiv. Voir également Politis, « Les représailles entre États membres de la Société des Nations », RGDIP, 1924, p. 5 à 16.

On peut citer comme autres cas de représailles armées les mesures prises par la France contre l'Allemagne en 1920-1921. Le 2 avril 1920, l'Allemagne avait envoyé des troupes dans la Ruhr pour réprimer des désordres dans cette zone neutre. Invoquant la neutralité prévue dans le Traité de Versailles, la France demanda sans succès le retrait des troupes. Le Premier Ministre français annonça alors au Chargé d'affaires de l'Allemagne que, *puisque la demande de la France tendant à obtenir le respect du Traité était demeurée infructueuse*, il avait ordonné à l'armée française d'occuper Francfort, Hambourg et d'autres villes allemandes. Il spécifia que l'occupation « prendra[it] fin aussitôt que les troupes allemandes [auraient] complètement évacué la zone neutre » (Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, t. VI, p. 30). Une nouvelle occupation française de villes allemandes eut lieu en 1921. Le Premier Ministre français déclara que la mesure avait été prise après deux années de non-respect par l'Allemagne des obligations du Traité de Versailles et après des demandes répétées de la France tendant à obtenir ce respect, y compris des menaces de recours à des mesures coercitives. Il convient de noter que les motifs donnés par le Premier Ministre français valent indirectement pour des situations moins graves qui n'exigent pas l'emploi de la force. Selon les motifs donnés, cette action était une expression d'« un droit qui n'a jamais été contesté, qui a toujours été pratiqué dans tous les pays et qui permet à un créancier non payé d'exercer sur son débiteur de mauvaise foi les coercitions nécessaires » (ibid., t. I, p. 131).

On trouve confirmation de ce principe dans les manuels du Naval War College des États-Unis de 1938, où il était déclaré que, en ce qui concernait les représailles en temps de paix, « la force n'est juridiquement justifiée que s'il y a eu *refus après qu'un avertissement a dûment été donné** » (Hackworth, *Digest of International Law*, vol. VI, p. 152).

[24] *Colonies portugaises* (incident de Naulilaa), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 1027.

[25] Ibid., p. 1027 et 1028.

[26] Voir *supra* note 5.

[27] Par exemple, en mars 1927, pendant les luttes intestines en Chine, un ressortissant américain fut tué à Nankin, un autre blessé et le consulat des États-Unis d'Amérique fut attaqué. Les troupes américaines qui se trouvaient à bord des navires à l'ancre dans le port intervinrent immédiatement et ouvrirent le feu sur les soldats et sur la foule qui, à ce moment-là, poursuivaient une attaque contre un groupe d'Américains. Les citoyens américains furent mis en sûreté à bord des navires. Le Gouvernement des États-Unis demanda ensuite complète réparation et pleine satisfaction. Il convient de noter que les autorités chinoises, tout en acceptant la demande du Gouvernement des États-Unis, demandèrent à ce dernier de présenter des excuses pour avoir ouvert le feu. La réponse finale des États-Unis fut que « les navires de guerre américains n'avaient pas d'autre choix [que] de faire ce qu'ils avaient fait, si profondément que le Gouvernement américain déplorât que des circonstances indépendantes de sa volonté aient nécessité l'adoption de telles mesures pour la protection de ses citoyens à Nankin » (Dennis, « The settlement of the Nanking incident », AJIL, 1928, p. 593 à 599, notamment p. 596). Des cas analogues sont décrits dans Gianelli, *op. cit.*, chap. III, n° 7.

[28] Pour les épisodes en question, ibid., chap. IV, sect. II, par. 9 à 11, al. *c*.

[29] Par exemple, devant le traitement brutal infligé par l'Afrique du Sud aux résidents indiens, l'Inde, après des protestations et des contacts, s'est déclarée autorisée à adopter des contre-mesures et à envoyer à l'Afrique du Sud une notification de dénonciation de l'accord commercial de 1945 (*Keesing's... 1948-1950*, vol. VII, p. 9859 et 9860).

[30] En 1963, après la nationalisation de raffineries de pétrole appartenant à des sociétés américaines à Ceylan, le Département d'État américain déclara qu'il suspendrait l'aide à Ceylan qui avait déjà été prévue si « des indemnités appropriées » n'étaient pas payées. Les États-Unis suspendirent effectivement cette aide pendant deux ans (*Keesing's... 1963-1964*, vol. XIV, p. 19667, et *Keesing's... 1965-1966*, vol. XV, p. 20868).

En 1967, pendant les manifestations antichinoises en Birmanie, le bureau de l'agence de presse chinoise ainsi que des habitations et des

13. La position officielle adoptée par certains États au sujet de différends ou de situations connues vient conforter la thèse qu'une « sommation » est nécessaire pour que le recours aux mesures soit admissible. Par exemple, dans l'affaire relative à l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*[31], le Pakistan s'est plaint de ce que les mesures prises par l'Inde étaient entrées en vigueur en même temps qu'avait été présentée la demande d'indemnisation[32], tandis que l'Inde insistait sur le fait que, le défendeur n'ayant donné aucune réponse positive et satisfaisante, elle s'était vue contrainte d'adopter la mesure contestée[33]. Dans l'affaire bien connue concernant l'*Accord relatif aux services aériens*, la France, cherchant à démontrer l'illicéité des mesures prises par les États-Unis d'Amérique et pour étayer la règle de droit international selon laquelle il ne peut être recouru licitement aux représailles qu'après une demande de réparation à laquelle il n'a pas été fait droit[34], a cité la sentence rendue dans l'affaire de Naulilaa[35]. De leur côté, les États-Unis d'Amérique, tout en maintenant que la théorie des représailles soutenue par la France ne s'applique qu'aux représailles armées[36], ont soutenu qu'ils avaient néanmoins satisfait aux conditions que la France jugeait indispensables avant de mettre en œuvre les mesures en cause. Dans le cadre de l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[37], les États-Unis d'Amérique ont pris soin de préciser devant la CIJ que leur chargé d'affaires en poste à Téhéran avait élevé une protestation auprès du Gouvernement iranien immédiatement après la prise des otages et qu'il avait exigé que l'ambassade et son personnel bénéficient d'une complète protection. De même, toujours selon les États-Unis d'Amérique, des représentations avaient été faites plusieurs jours avant[38] que les mesures de représailles et de rétorsion politiques et économiques évoquées *infra* aux paragraphes 34, 39, 79 et 106 n'aient été entreprises. De plus, les conclusions auxquelles l'American Law Institute est parvenu dans son *Restatement of the Law Third* ne sauraient être passées sous silence. Selon le commentaire de l'article 905, consacré aux remèdes unilatéraux, les contre-mesures appliquées en réponse à la violation d'une obligation internationale ne sont d'ordinaire justifiées que lorsque l'État accusé nie totalement la violation ou ses responsabilités pour la violation; rejette ou ignore les demandes de mettre fin à la violation ou de payer une indemnité; et rejette ou ignore les propositions de négociation ou de règlement par une tierce partie[39].

14. Force est de constater par ailleurs que, nonobstant l'interdiction de l'emploi de la force formulée dans la Charte des Nations Unies, des réactions armées à des faits internationalement illicites ayant un caractère continu et mettant gravement en danger la personne de ressortissants d'un État se trouvant sur un territoire étranger ont continué à se produire dans un petit nombre de cas. Il reste que ces cas diffèrent considérablement de cas analogues s'étant produits au cours de la période antérieure, dans la mesure où l'État lésé ne recourt d'ordinaire à une action comportant l'emploi de la force qu'*après* avoir adressé en vain à l'État auteur une mise en demeure de cessation ou de réparation[40].

15. Les cas évoqués au paragraphe précédent, ainsi que certains de ceux évoqués *supra* au paragraphe 7, posent à l'évidence le problème de la licéité du recours à la force armée. Dans le contexte du présent chapitre, ils ap-

magasins appartenant à des ressortissants chinois furent attaqués. L'emblème national fut également détruit. Le Gouvernement chinois protesta, exigeant différentes formes de satisfaction. N'ayant pas été satisfait par l'attitude des autorités birmanes après les événements, il suspendit son programme d'aide à la Birmanie (*Keesing's... 1967-1968*, vol. XVI, p. 22277).

En 1981, la Communauté européenne, après avoir averti à plusieurs reprises le Gouvernement turc des conséquences négatives que la détérioration des institutions démocratiques et la suspension de certaines libertés fondamentales dans ce pays auraient sur ses relations avec la Communauté, suspendit l'octroi d'une enveloppe de prêts (*Keesing's... 1982*, vol. XXVIII, p. 31287).

[31] *C.I.J. Recueil 1972*, p. 46. L'affaire faisait suite à la suspension par l'Inde des survols de son territoire par des aéronefs civils pakistanais, suspension qui, selon le Pakistan, serait intervenue en violation de deux traités. La décision de suspendre ces survols avait été prise à la suite du détournement et de la destruction d'un avion indien à Lahore en février 1972. L'Inde accusait le Pakistan d'avoir adopté une attitude favorable à l'égard des auteurs du détournement et de n'avoir pas pris toutes les mesures voulues pour sauver l'avion (*Keesing's... 1971-1972*, vol. XVIII, p. 24561 et 24562).

[32] *C.I.J. Mémoires, Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, p. 73, par. 12.

[33] Ibid., p. 7, par. 11.

[34] *Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France* [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente : E/F.80.V.7), p. 465 et 466, par. 17].

[35] Voir *supra* note 24.

[36] Voir *Accord relatif aux services aériens* (*supra* note 34), p. 466, par. 18. Les États-Unis d'Amérique ont soutenu, en particulier, qu'ils avaient exigé en vain de la France qu'elle mette fin à sa violation du traité en matière de trafic aérien, et qu'un compromis d'arbitrage soit conclu (Nash, *Digest of United States Practice in International Law, 1978*, p. 773).

[37] *C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.

[38] Deux jours après la prise des otages, un envoyé spécial du Gouvernement des États-Unis d'Amérique est arrivé à Téhéran avec pour mission de négocier leur libération. Bien que le chef d'État iranien ait interdit tout contact avec l'envoyé des États-Unis d'Amérique, ce dernier a pu s'entretenir au téléphone avec de hauts responsables iraniens et leur faire part de la vive protestation de son gouvernement face aux événements. Les tentatives faites pour prendre contact avec le Gouvernement iranien se sont poursuivies encore pendant quatre jours (*C.I.J. Mémoires, Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, p. 260 et 261).

[39] *Restatement of the Law Third—The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, St. Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 1987, p. 380 et 381.

[40] C'est ce qui s'est passé dans le cas du différend « *Mayaguez* » en 1975, dans lequel les États-Unis d'Amérique ont recouru (en vain) à une action militaire pour délivrer l'équipage d'un navire détenu par les troupes cambodgiennes. L'action des États-Unis d'Amérique avait été précédée d'un ultimatum de vingt-quatre heures, transmis au Cambodge par l'intermédiaire de l'ambassade de Chine à Washington, et n'a été conduite qu'après l'expiration de l'ultimatum (*Keesing's... 1975*, vol. XXI, p. 27239 et 27240). Les États-Unis d'Amérique ont également recouru à une action militaire à l'occasion de la tentative qu'ils ont faite pour délivrer leurs ressortissants retenus comme otages à Téhéran. Dans ce dernier cas, le Gouvernement américain, alors qu'il avait tenté et tentait toujours de régler cette affaire par des moyens pacifiques, avait annoncé, dans une déclaration présidentielle, que, vu l'échec des tentatives de règlement pacifique et l'inefficacité des mesures économiques, une action comportant l'emploi de la force semblait être le seul recours possible. Voir, à ce propos, Ronzitti, *op. cit*, p. 41 à 49. Les interventions des États-Unis d'Amérique à la Grenade (1983) et au Panama (1989) ont elles aussi été justifiées en partie par le Gouvernement américain comme étant des actions destinées à protéger la sécurité de citoyens américains à l'étranger. Sur l'affaire de la Grenade, voir Davidson, *Grenada: A Study in Politics and the Limits of International Law*. Sur l'affaire du Panama, voir les déclarations officielles du président Bush et du Département d'État rapportées dans AJIL, vol. 84, 1990, p. 545 à 549.

portent néanmoins la preuve que les États considèrent que, même dans le cas de faits éminemment illicites et continus — et qui appellent des actions correctives urgentes —, le recours par l'État lésé à des mesures doit être précédé, en vertu du droit de la responsabilité, de demandes, sommations ou mises en demeure appropriées.

16. D'un autre côté, on trouve aussi dans la pratique contemporaine des exemples de mesures ne paraissant pas avoir toujours fait l'objet d'une communication ou d'une mise en demeure préalable. Tel semble être le cas du gel d'avoirs appartenant à l'État auteur et accessibles à l'État lésé. Les mesures de gel ont généralement pour caractéristique d'être temporaires (même si certaines d'entre elles se sont étendues sur des décennies) et de porter sur un bien purement économique (en général des dépôts bancaires)[41]. Telles sont les caractéristiques de ces mesures prises en réaction à un acte que les auteurs qualifient généralement de mesures conservatoires et dont un certain nombre d'entre eux croient qu'elles n'ont pas à faire l'objet de mises en demeure. C'est apparemment pour cette raison que le précédent Rapporteur spécial a exclu, s'agissant des mesures de ce type, l'obligation de mise en demeure ou de recours préalable aux procédures de règlement[42]. Il convient cependant de noter que les mesures prises par Cuba à l'encontre des avoirs des ressortissants des États-Unis d'Amérique en réaction à la réduction par les États-Unis des importations de sucre[43] et celles prises par la République arabe libyenne à l'encontre des avoirs britanniques en réponse au retrait par le Royaume-Uni des îles du golfe Persique ne sont pas vraiment caractéristiques[44]. L'absence de toute mise en demeure préalable peut s'expliquer, notamment, par le fait qu'il a été recouru aux mesures en question dans le cadre d'un différend effectif, déclaré, au cours duquel les États avaient déjà échangé accusations et arguments. Les circonstances rendaient toute mise en demeure superfétatoire.

17. Le projet d'articles proposé en 1986 par le précédent Rapporteur spécial traite de la question dans le cadre de la troisième partie[45]. L'article 10 de la deuxième partie[46] ne concerne que les procédures de règlement des différends auxquelles il faut recourir avant d'adopter les mesures envisagées dans le projet d'article 9[47] (autres que les mesures dites de réciprocité qui font l'objet du projet d'article 8[48]), à l'exception de certains types de « mesures conservatoires »[49]. La question des conditions des contre-mesures, objet du présent chapitre, a été traitée par le précédent Rapporteur spécial dans les articles 1 et 2 de la troisième partie. Le projet d'article 1er dispose :

> Un État qui désire invoquer l'article 6 de la deuxième partie des présents articles doit notifier sa prétention à l'État dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite. La notification doit indiquer les mesures exigées et en donner les raisons.

Le projet d'article 6 de la deuxième partie[50] prévoit une réparation pécuniaire et des garanties de non-répétition. En ce qui concerne les contre-mesures, le paragraphe 1 du projet d'article 2 de la troisième partie envisage un autre type de notification :

> 1. Si, après un délai qui, sauf en cas d'urgence particulière, ne saurait être inférieur à une période de trois mois à compter de la réception de la notification prescrite à l'article premier, l'État réclamant désire invoquer l'article 8 ou l'article 9 de la deuxième partie des présents articles, il doit notifier à l'État, dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite, son intention de suspendre l'exécution de ses obligations à l'égard de cet État. La notification doit indiquer les mesures envisagées[51].

Le projet d'article 3 de la troisième partie prévoit que, en cas d'objection de la part de l'État présumé auteur, les parties (sans préjudice de leurs droits ou obligations découlant de toute disposition en vigueur entre eux concernant le règlement des différends) « devront rechercher une solution par les moyens indiqués à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies » ou les autres moyens visés dans les projets d'articles 4 et 5 de la troisième partie et l'annexe y relative. Le précédent Rapporteur spécial a expliqué que les échanges de communications entre les parties, conformément au mécanisme dit de notification et objection, permettraient de déterminer les points de désaccord et donneraient aux États présumés auteurs la possibilité d'examiner la situation et éventuellement de

[41] Au nombre des exemples de recours à pareilles mesures, on peut citer le gel des dépôts bancaires et autres avoirs de la Bulgarie, de la Hongrie, de la Pologne et de la Roumanie par les États-Unis d'Amérique peu après la seconde guerre mondiale (*Keesing's... 1948-1950*, vol. VII, p. 10623). Le gel des avoirs roumains a été levé en 1959 (*Keesing's... 1959-1960*, vol. XII, p. 17349), celui des avoirs polonais en 1960 (ibid., p. 17559) et celui des avoirs hongrois en 1973 (*Keesing's... 1973*, vol. XIX, p. 25827), après la conclusion, dans chacun des cas, d'accords concernant le versement de sommes forfaitaires; voir aussi Whiteman (*op. cit.*, vol. 8, p. 1126 à 1128). D'autres exemples concernent la saisie de l'or albanais par le Royaume-Uni (*Keesing's... 1948-1950*, vol. VII, p. 10426, *Keesing's... 1950-1952*, vol. VIII, p. 11294, et *Keesing's... 1952-1954*, vol. IX, p. 13634) et le gel des dépôts bancaires et autres avoirs iraniens par les États-Unis d'Amérique après la prise des otages américains à Téhéran [*C.I.J. Recueil 1980* (voir *supra* note 37), p. 16 et suiv. et 43 et suiv.]. Bien que cette affaire ait trait à un comportement illicite qualifié généralement de crime, il faut aussi rappeler le gel des avoirs iraquiens par les États-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni et la France immédiatement après l'annonce de l'invasion du Koweït en 1990. Ces mesures ont été adoptées en même temps que la résolution 660 (1990), en date du 2 août 1990, par laquelle le Conseil de sécurité condamnait l'invasion, mais avant l'adoption de la résolution 661 (1990), en date du 6 août 1990, portant application à l'encontre de l'Iraq des mesures envisagées à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. Un cas dans lequel, en revanche, les mesures n'ont été prises qu'après des protestations réitérées est celui du gel des avoirs français par le Ghana en 1960, en réaction contre les essais nucléaires menés par la France dans le Sahara algérien (*Keesing's... 1959-1960*, vol. XII, p. 17280).

[42] *Annuaire... 1984*, vol. I, 1867e séance, par. 34.

[43] Whiteman, *op. cit.*, vol. 8, p. 1041 à 1045; *Keesing's... 1959-1960*, vol. XII, p. 17538, 17542 et 17591.

[44] De Guttry, *op. cit.*, p. 83 à 89.

[45] Pour le texte des projets d'articles de la troisième partie, voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), p. 37 et 38, note 86.

[46] Pour le texte, voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 20 et 21, note 66.

[47] Ibid.

[48] Ibid.

[49] Cette exception concernait les mesures « prises par l'État lésé dans le cadre de sa juridiction en attendant qu'une cour ou un tribunal international [...] se soit prononcé sur l'admissibilité de ces mesures conservatoires » (art. 10, par. 2, al. *a*) et les « mesures prises par l'État lésé si l'État accusé d'avoir commis le fait internationalement illicite ne respecte pas une mesure conservatoire ordonnée par la cour ou le tribunal international en question » (ibid., par. 2, al. *b*).

[50] Voir *supra* note 46.

[51] Riphagen avait déclaré auparavant que la Convention de Vienne sur le droit des traités n'imposait pas l'obligation de notification préalable en ce qui concerne l'extinction ou la suspension des dispositions d'un traité [*Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie), p. 20, doc. A/CN.4/366 et Add.1, par. 101].

faire droit aux demandes de l'État prétendument lésé[52]. Néanmoins, ainsi que le précédent Rapporteur spécial l'a expliqué, il se pourrait qu'il y ait des cas particuliers où la protection des intérêts d'un État lésé exige des actions correctives à ce point urgentes qu'elles justifient un recours immédiat — sans aucune sorte de notification préalable — à des mesures (conservatoires) du type de celles qui sont envisagées à l'alinéa *a* du paragraphe 2 du projet d'article 10 de la deuxième partie[53].

18. Lors de son débat sur ces propositions, la Commission a jugé le projet d'article 10 de la deuxième partie trop astreignant pour l'État lésé et, du même coup, trop complaisant pour l'État auteur[54]. À propos des projets d'articles 1 et 2 de la troisième partie, certains membres ont considéré que le système envisagé n'excluait pas la possibilité d'échanges préalables de communications autres que les notifications proposées. D'autres membres ont estimé qu'un système reposant sur une double notification était trop pesant. Certains membres ont demandé que l'hypothèse d'urgence particulière soit précisée[55].

19. L'auteur, dès son rapport préliminaire, a d'emblée exprimé l'opinion que l'application ou la mise en œuvre, au sens étroit du terme, ne devrait pas être combinée avec les dispositions de la troisième partie relatives au règlement des différends concernant l'interprétation et l'application des articles sur la responsabilité des États[56]. Tous devoirs que l'État lésé devrait remplir avant de recourir licitement à des contre-mesures relèvent des conséquences d'un fait internationalement illicite et doivent être traités comme tels dans le cadre de la deuxième partie du projet d'articles. Cela s'applique, en particulier, à toute protestation ou demande de cessation ou de réparation et à toute mise en demeure, sommation ou notification. On pourrait faire valoir qu'une disposition spéciale pourrait ne pas s'imposer, le devoir de demander la cessation de l'acte internationalement illicite ou la réparation pour cet acte faisant partie du devoir de s'acquitter au préalable des obligations en matière de règlement des différends. Il semble cependant qu'une règle spécifique soit préférable, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il se pourrait qu'il n'y ait même pas de différend si l'État auteur reconnaît son fait et répond en tout ou en partie aux demandes de l'État lésé (cette possibilité ne doit pas être exclue)[57]. De même, il serait inconvenant de ne pas donner à l'État présumé auteur une chance de répondre à l'allégation avant qu'une procédure de règlement éventuellement « publique » ne soit mise en mouvement et que la situation n'ait empiré. Il se pourrait qu'un échange direct préalable entre les parties réduise les risques d'escalade rapide du différend. En outre, il se peut qu'il n'existe pas entre les parties d'obligations strictes de recourir à une procédure de règlement par tierce partie.

20. La disposition est moins aisée à définir, qu'il s'agisse du fond ou de la forme. Tout d'abord, il convient de trancher la question de savoir s'il faut ou non préciser la voie que doit emprunter la communication requise (voie diplomatique, voie postale ou autres moyens). Bien que la réalité des relations internationales veuille que les États communiquent souvent par des voies moins formelles, il se pourrait que, par souci de certitude juridique, il faille exiger une communication par écrit. Toutefois, ce point ne devrait pas être abordé dans le projet.

21. S'agissant du fond de la communication, quelle qu'elle soit, le précédent Rapporteur spécial a envisagé, comme il a déjà été signalé (*supra* par. 17), deux notifications : l'une devant indiquer « les mesures exigées » (cessation, restitution en nature, etc.) « et en donner les raisons »; et l'autre dans laquelle l'État lésé ferait part de son intention de « suspendre l'exécution de ses obligations » et indiquerait « les mesures envisagées ». Une solution moins pesante pourrait consister à imposer à l'État prétendument lésé le devoir de soumettre sa protestation ou ses demandes à l'État présumé auteur en même temps qu'il indiquerait les faits essentiels et évoquerait dûment l'éventualité de contre-mesures. L'État lésé aurait naturellement toute latitude pour adresser toutes communications ou précisions supplémentaires qu'il jugerait utiles à la lumière de la nature du fait illicite, de ses relations avec l'État présumé auteur et de toutes autres circonstances qu'il jugerait utiles. L'État lésé devrait également avoir toute latitude pour décider de préciser ou non les mesures envisagées.

22. Un autre problème concerne la question de savoir si l'État lésé devrait indiquer un délai. Il conviendrait de se borner à indiquer qu'un délai pourrait être fixé, qui dépendrait de la nature et des circonstances du fait. Il pourrait être indiqué que ce délai devrait être raisonnable.

23. Quant au problème des exceptions éventuelles à l'obligation d'adresser une demande de cessation ou de réparation préalable et une notification ou une mise en demeure en temps opportun, il pourrait se poser à propos des mesures conservatoires[58]. Néanmoins, tout en estimant que de pareilles mesures pourraient effectivement faire l'objet d'une exception en ce qui concerne l'effet des obligations en matière de règlement des différends sur l'admissibilité des contre-mesures[59], on estime qu'elles ne devraient pas être soustraites aux conditions préalables minimales en question. La raison évidente en est que l'État qui a commis un fait internationalement illicite devrait avoir la possibilité de s'acquitter spontanément de ses obligations de cessation et/ou de réparation *(lato sensu)* avant que « le stade des contre-mesures » ne soit atteint.

---

[52] Sixième rapport [*Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie) [*supra* note 11], par. 15]; et septième rapport [*Annuaire... 1986*, vol. II (1re partie), p. 4, doc. A/CN.4/397 et Add.1], commentaire de l'article 2 de la troisième partie.

[53] Septième rapport (voir *supra* note 52), paragraphe 2 du commentaire sur l'article 2 de la troisième partie.

[54] Déclarations de Flitan (*Annuaire... 1985*, vol. I, 1893e séance, par. 3); Tomuschat (ibid., 1896e séance, par. 39); et Mahiou (ibid., 1897e séance, par. 13).

[55] *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), par. 51 à 54.

[56] *Annuaire... 1988*, vol. II (1re partie), p. 10, doc. A/CN.4/416 et Add.1, par. 19. Voir également l'observation d'Arangio-Ruiz sur la troisième partie du projet d'articles telle qu'envisagée par Riphagen (*Annuaire... 1985*, vol. I, 1900e séance, par. 26 et 27).

[57] À propos de cette hypothèse, voir Gianelli, *op. cit.*, introduction, par. 3.

[58] Pour cette notion, voir *supra* par. 5.

[59] Voir *infra* par. 48.

CHAPITRE II

L'effet des obligations en matière de règlement des différends

A. — La pratique étatique avant la première guerre mondiale

24. L'existence de moyens de règlement des différends ne semble pas, à en juger d'après la pratique internationale antérieure à la première guerre mondiale, avoir eu d'effet réellement important sur la légitimité du recours aux contre-mesures. Sans doute trouve-t-on, même pendant cette période, des cas pour lesquels l'État lésé a admis, sinon l'obligation juridique, du moins l'opportunité politique de ne pas recourir à des contre-mesures avant l'échec d'une solution négociée ou, plus rarement, arbitrale[60]. Mais jamais un État n'a contesté la légitimité des représailles dirigées contre lui au motif que l'État auteur de ces représailles n'avait pas tout d'abord exploré les possibilités de règlement du différend. Deux des raisons de cet état de choses peuvent avoir été la complète liberté dont ont continué de jouir les États pour recourir à la force, y compris aux actes de guerre, afin de faire valoir leurs droits ou leurs intérêts, et la rareté (si l'on compare avec la période suivante) des moyens relativement efficaces de règlement des différends par tierce partie. Quoi qu'il en soit, les instruments relatifs au règlement des différends des deux premières décennies du XXe siècle ne semblent pas avoir eu d'effet important sur la liberté des États de recourir à des mesures unilatérales[61].

B. — La pratique étatique entre les deux guerres

25. La pratique conventionnelle qui suit la première guerre mondiale montre certains progrès. En 1925, par exemple, outre certaines obligations négatives concernant le recours à la force[62], les traités de Locarno prévoyaient des obligations positives de règlement pacifique des différends d'ordre juridique, afin d'empêcher l'État lésé de recourir à l'action unilatérale avant d'avoir essayé la procédure prévue dans ces instruments[63]. Certaines dispositions de ces traités permettaient aussi à la « tierce partie » compétente d'indiquer des mesures conservatoires. De leur côté, les parties au différend devaient

> [...] s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision ou aux arrangements proposés [...] par le Conseil de la Société des Nations, et, en général, [...] ne procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend[64].

De même, le Pacte Briand-Kellog de 1928, outre la déclaration que l'on sait sur la renonciation à la guerre pour le règlement des différends internationaux, disposait à l'article II :

> [...] le règlement ou la solution de tous les différends ou conflits, de quelque nature ou de quelque origine qu'ils puissent être, qui pourront surgir entre [les Hautes Parties contractantes], ne devra jamais être recherché que par des moyens pacifiques[65].

Sans doute le principal but du Pacte était-il de condamner le recours direct de l'État lésé à l'emploi unilatéral de la force armée. Mais il ne semble pas exagéré de dire qu'il condamnait aussi le recours direct à des moyens autres que l'emploi de la force armée lorsqu'existaient des moyens de règlement différents, surtout si l'on considère que, à l'époque, l'expression « moyens pacifiques » s'entendait également des mesures comportant l'emploi de la force qui, ne conduisant pas à un état de guerre, étaient qualifiées de mesures de coercition « non belliqueuses »[66]. Certaines des dispositions du Traité « Saavedra Lamas », signé en 1933 par plusieurs États d'Amérique latine, sont également significatives. Outre la condamnation de la guerre d'agression, l'article premier de ce traité prévoyait que

> [...] le règlement des conflits ou différends de quelque nature qu'ils soient qui pourraient s'élever entre [les États contractants] ne devra pas se réaliser d'une autre manière que par les moyens pacifiques que consacre le droit international[67].

---

[60] Dans l'affaire qui opposa le Royaume-Uni et la Grèce (1847-1851), relative à des actes de violence commis contre un sujet britannique (Don Pacifico) sur le territoire grec (Wharton, *op. cit.*, vol. III, p. 100 et 101), le Royaume-Uni poursuivit des *échanges diplomatiques* infructueux avec la Grèce pendant plus de deux ans. Estimant finalement avoir essayé tous les moyens de règlement amiable dont il disposait pour obtenir réparation, le Gouvernement britannique adressa à la Grèce un ultimatum de vingt-quatre heures, puis envoya une force navale pour faire le blocus des ports de la Grèce et pour saisir ses vaisseaux. Il convient de rappeler que, les Français ayant offert leurs bons offices, le commandant de la force britannique suspendit le blocus et ne procéda qu'à la saisie des navires. L'intercession française n'ayant pas donné de résultat, le blocus reprit ensuite (Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, p. 524). À ce sujet, voir aussi *supra* par. 7.

[61] Il est fait référence aux nombreux traités généraux d'arbitrage conclus avant 1917, les Conventions de La Haye de 1899 et 1907, la Convention Drago-Porter et les « traités de conciliation Bryan ». [Pour les débats portant sur les « traités Bryan », voir le rapport du Secrétaire général sur les méthodes d'établissement des faits (A/5694), du 1er mai 1964, par. 62 à 78.]

[62] Voir, par exemple, l'article 2 du Traité de garantie mutuelle entre l'Allemagne, la France, la Belgique, la Grande-Bretagne et l'Italie.

[63] Les parties s'engageaient de façon générale à soumettre à l'arbitrage ou à la CPJI les différends d'ordre juridique non réglés par les voies diplomatiques. Si les parties ne réussissaient pas à conclure un compromis, chacune d'entre elles pouvait saisir unilatéralement la CPJI. L'État « perdant » était tenu de s'abstenir de réagir unilatéralement, même si la décision n'était pas respectée : il devait alors s'adresser au Conseil de la SDN, lequel décidait des mesures à adopter avec effet obligatoire.

[64] Article 19 de la Convention d'arbitrage entre l'Allemagne et la Belgique (Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. LIV, p. 303). On trouve une disposition très proche de cet article, mais réservée aux différends d'ordre juridique, à l'article 33 de l'Acte général de 1928 pour le règlement pacifique des différends internationaux.

[65] Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale.

[66] Sur l'interprétation controversée de l'expression « moyens pacifiques », telle qu'employée à l'époque, voir, notamment, Forlati Picchio, *La sanzione nel diritto internazionale*, p. 116 et 117; Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, p. 84 à 88; Žourek, *L'interdiction de l'emploi de la force en droit international*, p. 41.

[67] Traité pour prévenir la guerre (non-agression et conciliation).

Le traité prévoyait en outre une procédure de conciliation pour tous les types de différends, et l'article XIII interdisait pendant la durée de cette procédure

[...] toute mesure préjudiciable à l'exécution de l'accord qui pouvait être proposé par la commission de conciliation et, de façon générale, tout acte capable d'aggraver ou de prolonger le désaccord[68].

26. Les dispositions citées *supra* au paragraphe 25 semblent confirmer l'existence, entre les deux guerres, d'une tendance des États à condamner les réactions unilatérales à un acte internationalement illicite — accompagnées ou non de la force armée — lorsque l'affaire était soumise à une procédure de conciliation ou d'arbitrage. En même temps, le fait que ce fût là la seule restriction au droit de représailles à faire l'objet de dispositions conventionnelles expresses semble indiquer que cette restriction ne découlait pas seulement de l'existence d'obligations en matière de règlement des différends. Tel était notamment le cas pour les mesures ne comportant pas l'emploi de la force armée.

27. Un coup d'œil sur les autres éléments de la pratique étatique pendant la même période confirme dans l'ensemble, quoique non sans quelques contradictions, les enseignements tirés des instruments conventionnels. Un bon exemple en est l'affaire Tellini (Janina) entre l'Italie et la Grèce. Malgré la gravité de l'incident, il a été généralement admis — et il reste admis — que les exigences du Gouvernement italien avaient été déraisonnables et que son recours à la force avait été excessif. Comme le déclara le représentant de la Grèce devant la Société des Nations :

Si l'on veut être respectueux de l'engagement assumé de part et d'autre en vertu du Pacte, il convient [...] de faire cesser les mesures coercitives commencées [...]

[...]

[...] entre Membres de la Société des Nations, il n'y avait plus place pour des mesures d'ultimatum et de coercition.

En effet, d'après l'article 12, nous avons, nous, Membres de la Société des Nations, assumé l'engagement solennel de suivre à notre choix ou la procédure juridictionnelle ou la procédure politique devant le Conseil. En dehors de ces deux procédures, nous n'avons pas la possibilité de recourir à d'autres moyens[69].

28. Le Conseil de la Société des Nations, tout en accédant aux souhaits de l'Italie de laisser la Conférence des Ambassadeurs alliés régler le conflit, a soumis à un comité de juristes la question bien connue de l'admissibilité, aux termes du Pacte, des mesures de recours à la force n'allant pas jusqu'à la guerre[70]. La réponse fut la suivante :

Des mesures de coercition qui ne sont pas destinées à constituer des actes de guerre peuvent être conciliables ou non avec les termes des articles 12 à 15 du Pacte, et il appartient au Conseil, saisi du différend, de décider immédiatement, en s'inspirant de toutes les circonstances et de la nature des mesures prises, s'il y a lieu de recommander le maintien ou la cessation de celles-ci[71].

Malgré le caractère peu compromettant de cet avis, la plupart des commentateurs contestèrent l'admissibilité de toute représaille armée dans le cadre des obligations en matière de règlement pacifique des différends que contenait le Pacte de la Société des Nations[72]. Quoi qu'il en soit, l'affaire dans son ensemble montre que, même dans un cadre tel que le Pacte — qui était à l'époque un instrument juridique relativement avancé par rapport au droit général —, les gouvernements de l'époque hésitaient, pour ne pas dire plus, à admettre sans ambiguïté l'existence d'obligations imposant de subordonner les mesures unilatérales — armées ou non — n'allant pas jusqu'à la guerre au recours préalable aux procédures de règlement à l'amiable et à l'épuisement de ces procédures.

29. L'opinion émise en 1928 par le Département politique de la Confédération helvétique était par contre très claire et en avance sur son temps. D'après la diplomatie helvétique (se référant en l'espèce au Pacte de la Société des Nations) :

[...] les représailles ne peuvent être envisagées que si la procédure d'arbitrage prévue par l'article 13 a été proposée en vain. Toutefois, le refus de la procédure d'arbitrage [...] n'autorise pas encore l'exercice de représailles; car l'article 15 prévoit l'appel au Conseil de la Société des Nations [...][73]

S'agissant des obligations d'arbitrage en général, le Département a ajouté :

Il faut admettre ici également que la condition prévue par le droit des gens [pour que le recours aux représailles soit licite] n'est pas remplie si l'on n'a pas essayé vainement de résoudre le différend selon la procédure prévue. La condition de traités stipulant l'arbitrage obligatoire pour les différends juridiques exclura les représailles[74].

30. D'autres déclarations importantes, quoique moins essentielles, allaient être faites deux ans plus tard, en réponse aux questions posées aux États en vue de la Conférence pour la codification du droit international. La Belgique, par exemple, répondit que les États pouvaient légitimement recourir à des représailles s'ils pouvaient démontrer qu'il n'était pas possible d'obtenir satisfaction par des moyens pacifiques[75]. Selon le Danemark, les représailles étaient entièrement exclues si les parties étaient tenues, par un traité, de ne pas aggraver leur différend[76]. Plus prudent, le Royaume-Uni a estimé que, avec l'amélioration des modalités maintenant prévues dans les

[68] Ibid. Cette dernière interdiction, que l'on trouve déjà dans les traités de Locarno et dans l'Acte général de 1928 (voir *supra* note 64), apparaît dans plusieurs traités bilatéraux d'arbitrage de la période 1924-1931. Ces instruments comportaient fréquemment la « clause facultative » de juridiction obligatoire permettant aux États parties de saisir unilatéralement la CPJI. Voir les références dans Gianelli, *op. cit.*, chap. III, sect. I, par. 3.

[69] Société des Nations, *Journal officiel* (voir *supra* note 23), p. 1281. L'Italie prétendait que les mesures prises par elle étaient « pacifiques », admissibles en tant que telles aux termes du droit international général et du Pacte, et que seule la guerre était condamnée par le Pacte (ibid., p. 1313 et 1314).

[70] « Des mesures de coercition qui ne sont pas destinées à constituer des actes de guerre sont-elles conciliables avec les termes des articles 12 à 15 du Pacte, quand elles sont prises par un Membre de la Société des Nations contre un autre Membre de la Société sans recours préalable à la procédure prévue dans ces articles ? » (Ibid., p. 1351.)

[71] Ibid., 5e année, n° 4, Procès-verbal de la vingt-huitième session du Conseil (10-15 mars 1924), p. 524.

[72] Voir, notamment, Politis, *loc. cit.*, p. 5 à 16; Hill, « The Janina-Corfu Affair », AJIL, 1924, p. 98 à 104; De Visscher, « L'interprétation du Pacte au lendemain du différend italo-grec », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1924, p. 213 à 230; Hoijer, *Le Pacte de la Société des Nations*, p. 218. Un avis contraire est donné par Strupp, « L'incident de Janina entre la Grèce et l'Italie », RGDIP, 1924, p. 255 à 284.

[73] *Répertoire suisse de droit international public*, Documentation concernant la pratique de la Confédération en matière de droit international public, 1914-1939 (Bâle), vol. III, p. 1787.

[74] Ibid., p. 1788.

[75] Société des Nations, *Conférence pour la codification du droit international : Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III, p. 128.

[76] Ibid., p. 128 et 129.

accords internationaux pour l'étude et le règlement pacifique des différends, les cas de recours légitime à des actes de représailles ne pouvaient être que très rares[77].

31. En somme, la période de l'*entre-deux-guerres* semble offrir deux sortes d'indications. D'une part, le langage assez vague des dispositions conventionnelles ayant un rapport direct avec la question de l'effet des obligations en matière de règlement des différends sur la liberté des États de recourir à des mesures unilatérales[78] paraît confirmer le peu d'empressement des États à admettre l'existence de restrictions juridiques à leur droit de recourir à des mesures non belliqueuses, malgré l'existence de moyens de règlement plus amicaux. D'autre part, la doctrine et même les échanges diplomatiques font apparaître pendant la même période un *courant d'opinion croissant* en faveur de l'illicéité du recours de l'État lésé à des représailles — avec ou sans emploi de la force — sans utilisation préalable et épuisement des procédures conventionnelles de règlement des différends, lorsqu'il en existait.

C. — Principes et règles postérieurs à la seconde guerre mondiale

32. L'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies semble avoir été suivie d'un certain progrès, quoique limité, dans l'approche de la question :

a) Premièrement, et comme indiqué plus haut, l'effet combiné de la lettre et de l'esprit du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte, qui est rédigé en termes très généraux, et des divers textes qui seront cités *infra* (par. 33) a, du moins en principe, dissipé tout doute possible quant à l'illicéité des représailles armées[79] — malgré les contradictions susmentionnées qui résultent de la pratique de certains États et avec l'exception, évidemment, des actes de légitime défense[80].

b) Deuxièmement, il semble que cette condamnation, dans la mesure où elle est exclusivement fondée sur la lettre et l'esprit du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte, n'épuise pas les efforts des auteurs de la Charte (et de leurs successeurs) pour réduire le champ du choix discrétionnaire des États en matière de contre-mesures unilatérales. Si l'on veut donner au paragraphe 3 de l'Article 2 un sens autre que celui d'une simple répétition du paragraphe 4 du même article, il faut peut-être admettre que la condamnation énoncée dans la Charte ne se limite pas réellement à la prohibition des mesures comportant l'emploi de la force armée (pour laquelle ledit paragraphe 4 suffirait), et considérer que cette condamnation s'étend, conformément à la lettre et à l'esprit du paragraphe 3 de l'Article 2 et à l'ensemble du Chapitre VI (Art. 33 à 38), à toute mesure unilatérale de nature à mettre en danger, sinon les « relations amicales » et la « coopération », du moins la paix et la sécurité internationales *et la justice*. Il s'ensuit que même les mesures ne comportant pas le *recours à la force armée* sont, sinon condamnées, tout au moins soumises à un certain « contrôle juridique »[81].

c) Troisièmement, ce n'est sans doute pas par hasard que, au début du Chapitre VI sur le règlement des différends, le paragraphe 1 de l'Article 33 proclame que les parties à tout différend « *doivent** en rechercher la solution, *avant tout** » par un ou plusieurs des moyens qui sont énumérés dans cette disposition. Du moins semble-t-il raisonnable de déduire de cette formule et de son contexte qu'il y a obligation de négocier sous une forme ou sous une autre et que, faute de solution négociée, les États en cause doivent en principe faire une tentative pour employer l'un quelconque des moyens ainsi énumérés avant de recourir à l'action unilatérale, s'ils veulent que celle-ci soit licite. L'opinion du Département politique de la Confédération helvétique, citée *supra* au paragraphe 29, s'applique au moins autant au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale des Nations Unies.

33. Les principales résolutions de l'Assemblée générale relatives au règlement pacifique des différends prêtent une certaine vraisemblance à une interprétation de la Charte du genre de celle qui est donnée *supra* à l'alinéa *c* du paragraphe 32. On se rappellera, à ce sujet, la façon dont le principe du règlement pacifique des différends est formulé dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies[82]. Malgré ses graves insuffisances[83], notamment en ce qui concerne la question examinée ici, ce texte a le mérite d'ajouter à l'importante injonction contenue au paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte (« doivent [...] *avant tout** ») l'obligation des parties de « s'abstenir de tout acte susceptible d'aggraver la situation au point de mettre en danger le maintien de la paix et de la sécurité internationales ». La même obligation

[77] Ibid., p. 129.

[78] Comme indiqué plus haut, ces dispositions avaient pour but de condamner le recours à des mesures unilatérales alors que le différend était *sub judice* et que l'organe compétent pour statuer était habilité à ordonner des mesures conservatoires.

[79] Il convient de tenir compte, outre les paragraphes 3 et 4 de l'Article 2, du paragraphe 1 de l'Article 1, aux termes duquel l'un des buts des Nations Unies est de

« réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix ».

[80] Voir *infra* par. 58 à 69.

[81] Voir, sur ce point, Gianelli, *op. cit.*, chap. IV, sect. I, par. 6, ainsi que les auteurs cités dans cette étude, notamment : Kelsen, *The Law of the United Nations*, p. 359 et suiv.; Goodrich, Hambro et Simons, *Charter of the United Nations*, p. 41 à 43; et Charpentier, Commentaire du paragraphe 3 de l'Article 2, dans *La Charte des Nations Unies*, p. 103 à 113.

Il paraît difficile de considérer que le paragraphe 3 de l'Article 2, en imposant aux États l'obligation *positive* qui y est énoncée, autorise les États à adopter des comportements qui ne mettraient pas seulement en danger « la justice », mais compromettraient en outre les relations amicales (Art. 1, par. 2) ou menaceraient la paix (ibid., par. 1).

[82] Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, annexe. On trouve une formule similaire dans le principe V de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, adoptée à Helsinki le 1er août 1975 :

« Les États participants, parties à un différend entre eux, ainsi que les autres États participants, s'abstiennent de tout acte qui pourrait aggraver la situation au point de mettre en danger le maintien de la paix et de la sécurité internationales et rendre ainsi plus difficile le règlement pacifique du différend. » (Lausanne, Imprimeries réunies, s.d., p. 208.)

[83] Voir, par exemple, la déclaration du représentant de l'Italie dans le Rapport du Comité spécial des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États [*Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-cinquième session, Supplément n° 18* (A/8018), par. 125 et suiv.].

— s'abstenir de tout acte susceptible « de rendre plus difficile ou d'entraver le règlement pacifique du différend » — est exprimée dans des termes différents, mais comme étant une obligation en vigueur, au paragraphe 8 de la section I de la Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux[84]. Sans doute ces deux textes auraient-ils pu indiquer avec plus de précision les conditions auxquelles doit satisfaire l'État lésé avant de recourir à des mesures unilatérales; mais l'un et l'autre viennent en aide à une interprétation des dispositions de la Charte relatives au règlement pacifique des différends qui veut que les contre-mesures unilatérales soient subordonnées, du moins en principe, au respect, par la partie lésée, de son obligation de recourir au préalable aux méthodes de règlement existantes, ou de tenter de bonne foi d'y recourir.

34. Bien que la Charte ne traite pas explicitement de l'effet de ces dispositions générales concernant le règlement des différends sur les conditions du recours aux mesures unilatérales[85], on peut soutenir que le régime du règlement pacifique des différends dans le droit des Nations Unies représente un progrès indirect :

a) Premièrement, selon la lettre et l'esprit du paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, la condamnation des mesures unilatérales s'étend à toute réaction de nature à mettre en danger « la paix et la sécurité [...] ainsi que la justice », même en l'absence d'obligations conventionnelles de règlement autres que celles prévues au paragraphe 3 de l'Article 2 et au paragraphe 1 de l'Article 33. Cela ne veut pas dire, évidemment, que l'État lésé ne dispose d'aucun moyen de protéger ses droits lorsqu'il y est porté atteinte : cela signifie simplement que, en cas d'échec des méthodes de règlement énumérées au paragraphe 1 de l'Article 33 et des mesures unilatérales prises (en conformité avec le paragraphe 3 de l'Article 2) pour inciter l'autre partie à accepter ces méthodes de règlement, il ne peut être pris d'*autre* mesure unilatérale sans recours préalable aux possibilités offertes par les Articles 34 à 38 de la Charte.

b) Deuxièmement, si le fait internationalement illicite est de nature à créer un danger pour la paix et la sécurité internationales, l'État Membre de l'ONU qui en est victime ne peut recourir à aucune sorte de mesures — y compris les mesures qui ne sont pas susceptibles de mettre en danger la paix et la sécurité internationales (exception faite, évidemment, des mesures de légitime défense prévues à l'Article 51) — avant d'en avoir recherché cessation et réparation au sens large par les méthodes qui sont à sa disposition, dont celles énumérées au paragraphe 1 de l'Article 33. L'expression « avant tout », dans ledit paragraphe, doit être ici soulignée.

c) Troisièmement, il semble possible — vu la confirmation donnée *de lege lata* ou *de lege ferenda* au paragraphe 8 de la section I de la Déclaration de Manille — de penser que le système des Nations Unies donne une certaine réalité au principe énoncé dans certains des instruments de règlement des différends antérieurs à la seconde guerre mondiale[86] : le principe qui veut que, en attendant l'ouverture effective des procédures envisagées ou l'issue de la procédure mise en branle, l'État lésé (et *a fortiori*, évidemment, l'État auteur) soit tenu de s'abstenir de tout acte (représailles ou mesures de rétorsion) de nature à rendre plus difficile ou à empêcher le règlement qui est recherché par la ou les procédures en question. L'obligation très générale que le paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies fait aux États Membres de régler leurs différends de façon à éviter de mettre en danger, non seulement la paix et la sécurité, mais aussi « la justice », peut aussi être interprétée comme allant en ce sens.

D. — La pratique des États depuis la seconde guerre mondiale

35. La pratique contemporaine des États est conforme, du moins en partie, à l'évolution du droit à la suite de la seconde guerre mondiale, telle qu'elle est exposée *supra* à la section C.

a) On en trouve un exemple dans une déclaration du Gouvernement des États-Unis d'Amérique datée de 1954. Un tribunal militaire chinois avait infligé des peines de détention à un groupe d'aviateurs américains capturés en Mandchourie et accusés d'espionnage. Les États-Unis d'Amérique ont protesté contre cette action, selon eux illicite, en déclarant que les intéressés étaient des membres des forces des Nations Unies qui participaient à des opérations militaires en Corée et dans les régions adjacentes, et le Sénat des États-Unis d'Amérique a proposé de procéder à un blocus de toute la côte chinoise, avec ou sans le consentement de l'ONU. Le Gouvernement des États-Unis a toutefois rejeté l'idée du Sénat en rappelant que les États-Unis avaient l'obligation, découlant de la Charte des Nations Unies, d'essayer de régler les différends internationaux par des moyens pacifiques de manière à ce que la paix internationale ne soit pas menacée; il a déclaré : « *notre premier devoir est d'épuiser les moyens pacifiques** dont nous disposons pour défendre nos droits internationaux et ceux de nos citoyens au lieu de recourir à un acte de guerre tel qu'un blocus naval et aérien de la Chine communiste »[87].

b) On trouve un autre exemple intéressant de conformité dans la « guerre de la morue » entre l'Islande et la Grande-Bretagne[88]. En août 1971, l'Islande a étendu sa

[84] Résolution 37/10 de l'Assemblée générale, annexe. Ce texte, presque identique à celui d'Helsinki, se lit ainsi :

« Les États parties à un différend international ainsi que les autres États doivent s'abstenir de tout acte susceptible d'aggraver la situation au point de mettre en danger le maintien de la paix et de la sécurité internationales et de rendre plus difficile ou d'entraver le règlement pacifique du différend, et doivent agir à cet égard conformément aux buts et aux principes des Nations Unies. »

[85] Sur ce point, voir Gianelli, *op. cit.*, chap. IV, sect. I, par. 8.

[86] Voir *supra* par. 25 et 26.

[87] *Keesing's... 1952-1954*, vol. IX, p. 13927 et 13928. Les États-Unis ont porté l'affaire devant l'Assemblée générale des Nations Unies, qui a adopté une résolution chargeant le Secrétaire général de chercher à obtenir la mise en liberté des aviateurs [résolution 906 (IX)]. La fréquence, pendant la période de la guerre froide, des cas où le recours à des procédures de règlement a permis d'éviter l'emploi de mesures unilatérales a déjà été notée *supra* au paragraphe 12. Voir aussi Gianelli, *op. cit.*, chap. IV, sect. II, par. 9 à 11, *c*.

[88] Pour les nombreux épisodes de cette « guerre », voir *Keesing's... 1957-1958*, vol. XI, p. 12760, 15251 et 16478 à 16480; *Keesing's... 1959-1960*, vol. XII, p. 17314 et 17476; *Keesing's... 1961-1962*, vol. XIII, p. 18109; *Keesing's... 1971-1972*, vol. XVIII, p. 25234 à 25236; *Keesing's... 1973*, vol. XIX, p. 25869 à 25877, 26028 à 26032 et 26237 à 26239; et *Keesing's... 1976*, vol. XXII, p. 27511 à 27515, 27637 à 27639, 27824 et 27825.

zone de pêche exclusive de 12 à 50 milles et a notifié au Royaume-Uni sa position à l'égard de l'abrogation de l'accord conclu à la suite de l'Échange de notes de 1961. Cette mesure a été immédiatement qualifiée d'illicite sur le plan international, par le Royaume-Uni qui, après un échange de vues infructueux avec l'autre partie, a adressé, avec la République fédérale d'Allemagne, une requête à la CIJ, y compris une demande en indication de mesures conservatoires. On sait que l'Islande a décidé de ne pas comparaître et que la Cour a indiqué des mesures conservatoires, tendant notamment à maintenir la limite de 12 milles en attendant son arrêt définitif. L'Islande a refusé d'obtempérer et a contesté la compétence de la Cour. C'est alors seulement, et à la suite de l'*échec d'un nouvel échange de vues avec l'autre partie*, que le Royaume-Uni a entrepris des opérations navales. Les deux États sont parvenus ultérieurement à un règlement provisoire sur les droits de pêche dans la zone maritime islandaise de 50 milles. Il semble que le Royaume-Uni ait bien respecté les principes en question (négociations, sommation et recours aux moyens de règlement disponibles).

c) Tout aussi significative est la position bien connue prise par la CIJ, dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, à l'égard de la tentative militaire faite par les États-Unis pour libérer les otages. La Cour a désapprouvé l'opération, la jugeant contraire à son ordonnance antérieure (dans laquelle « elle avait indiqué qu'aucune mesure de nature à aggraver la tension entre les deux pays ne devait être prise ») et estimant surtout que, « quels qu'en soient les motifs, une opération entreprise dans ces circonstances [était] de nature à nuire au respect du règlement judiciaire dans les relations internationales »[89]. Il faut noter que, dans cette affaire, en dépit du caractère militaire de l'opération, la Cour a jugé nécessaire de souligner non pas le fait que la mesure en question pouvait être considérée comme une violation de l'interdiction du recours à la force armée, mais le fait que le recours à l'action en question n'était pas conforme à l'obligation pour l'État lésé de veiller à ne pas compromettre l'issue d'une procédure de règlement à laquelle il s'était lui-même soumis.

36. Il y a, par contre, un certain nombre de cas dans lesquels l'obligation de recourir d'abord à une procédure de règlement — et de s'abstenir de toute représaille en attendant la conclusion de la procédure — n'a pas été respectée. Mais il s'agissait dans ces cas de mesures qui ne risquaient d'affecter sensiblement ni les positions respectives de l'État lésé et de l'État auteur de l'acte illicite ni le maintien de la paix.

37. On peut citer comme exemples typiques de cas de ce genre les mesures prises pour geler les avoirs de l'État auteur d'un fait illicite ou de ses ressortissants. Par exemple, les États-Unis d'Amérique ont recouru à plusieurs reprises au gel des dépôts bancaires appartenant à des États qui avaient nationalisé des biens de ressortissants américains sans accorder de compensation. Ces mesures n'ont pas été précédées par des tentatives de règlement à l'amiable du différend[90]. On peut citer également l'exemple des mesures de gel adoptées par la France et le Royaume-Uni, sans tentative préalable de règlement pacifique, en réponse à la nationalisation par l'Égypte de la Compagnie du canal de Suez, en 1956, ainsi qu'à d'autres mesures concernant des ressortissants français et britanniques[91]. On trouve un exemple analogue dans l'expropriation de biens britanniques par la République arabe libyenne en 1971 en réaction à l'acte illicite que, selon elle, le Royaume-Uni aurait commis en se retirant de plusieurs îles du golfe Persique et en permettant ainsi leur occupation par l'Iran. La mesure prise par la République arabe libyenne n'a été précédée d'*aucun contact* ni d'*aucun échange de vues*[92]. Il y a lieu aussi de rappeler le gel des biens et dépôts iraniens qui a suivi la prise d'otages américains à Téhéran en 1979. Les États-Unis d'Amérique ont pris ces mesures *avant* d'introduire une instance devant la CIJ et *en même temps* qu'ils essayaient de négocier et demandaient une réunion du Conseil de sécurité. On sait que la Cour n'a pas exprimé, à l'égard de cette façon de procéder, la désapprobation qu'elle a manifestée au sujet de l'opération de sauvetage effectuée plus tard par les États-Unis. Elle a ainsi indiqué implicitement qu'elle estimait que, dans le contexte dans lequel elles avaient été prises, les mesures en question n'étaient pas condamnables[93].

38. Bien que les mesures visées *supra* au paragraphe 37 soient fréquemment adoptées sans tentative préalable de règlement, il y a néanmoins des cas pour lesquels, même lorsque les mesures ne semblent pas susceptibles de menacer le maintien de la paix, les États parties jugent nécessaire de faire quelques tentatives de règlement pacifique. En 1948, par exemple, la Yougoslavie a protesté avec véhémence contre le gel des avoirs yougoslaves par les États-Unis en réaction à l'expropriation des biens américains en Yougoslavie. Dans cette affaire, l'État présumé auteur a réclamé la révocation sans condition de la mesure prise par les États-Unis, estimant que la levée du gel des avoirs yougoslaves constituait une *condition indispensable à la poursuite des négociations* (qui étaient déjà en cours) *concernant l'indemnisation des ressortissants américains dépossédés*. Au cas où la levée ne serait pas accordée, le Gouvernement yougoslave menaçait de soumettre l'affaire à l'ONU ou à la CIJ[94]. À la suite de l'explosion nucléaire effectuée par les Français dans le désert algérien en 1960, le Ghana s'est mis en devoir de geler les avoirs français sur son territoire. Mais auparavant, le Gouvernement ghanéen avait *protesté à plusieurs reprises* auprès du Gouvernement français et avait porté la

[89] *C.I.J. Recueil 1980* (voir *supra* note 37), p. 43, par. 93. Dans son opinion individuelle, le juge Lachs s'est exprimé plus nettement en ces termes :

« [...] un demandeur ne saurait, *après avoir introduit l'instance**, prendre des mesures unilatérales d'ordre *militaire ou autre** comme s'il n'y avait pas d'instance en cours » (ibid., p. 48).

Il convient toutefois de rappeler que les États-Unis ont recouru à l'action armée en dernière extrémité, à la suite de l'échec des diverses tentatives de règlement pacifique qu'ils avaient déjà faites (voir *supra* par. 13).

[90] Au sujet de ces cas, voir *supra* par. 16.

[91] Whiteman, *op. cit.*, vol. 12, p. 320 et 321.

[92] Voir *supra* par. 16.

[93] *C.I.J. Recueil 1980* (voir *supra* note 37), p. 16, 28, 43 et 44.

[94] *Keesing's... 1946-1948*, vol. VI, p. 9097, et *Keesing's... 1948-1950*, vol. VII, p. 9416. Les États-Unis ont toutefois maintenu leur position et les parties sont finalement parvenues à un accord au sujet de l'indemnisation à accorder pour les expropriations et de la libération des avoirs « gelés ».

question devant l'Assemblée générale des Nations Unies, qui a adopté une résolution exigeant la cessation des essais nucléaires[95]. Il faut également citer, en raison de l'intérêt tout aussi grand qu'ils présentent, les cas notoires dans lesquels des mesures ont été prises, au cours des dix dernières années, par des États qui n'avaient pas été matériellement affectés par la violation d'obligations *erga omnes*. Il s'agit des mesures prises par les États membres de la Communauté européenne contre l'Iran pendant la crise des otages; par les mêmes États et les États-Unis contre l'Union soviétique à la suite de l'intervention de cette dernière en Afghanistan; par les membres du Commonwealth et de la Communauté européenne et par les États-Unis contre l'Argentine pendant le conflit des îles Falkland (Malvinas), et par certains États membres de l'OTAN et par le Japon contre l'Union soviétique à la suite de la tragédie de l'avion coréen[96].

39. Bien qu'il s'agisse, dans ces cas-là, de mesures d'une gravité limitée (rétorsion ou suspension d'obligations conventionnelles précises), les États qui ont réagi n'ont pas manqué, sans pour autant recourir à des procédures de règlement proprement dites, de soumettre la question à des institutions internationales pour essayer de parvenir à une solution dans un contexte diplomatique. Il y a eu une ou plusieurs résolutions adoptées par le Conseil de sécurité et par l'Assemblée générale dans l'affaire des otages[97] et dans le cas de l'Afghanistan[98] et de la guerre des îles Falkland (Malvinas)[99]. Dans l'affaire de l'avion coréen, la résolution du Conseil de sécurité s'est heurtée au veto de l'Union soviétique.

40. Une position opposée — selon laquelle les obligations en matière de règlement des différends n'ont, en vertu du droit international général, aucun effet restrictif sur la faculté de l'État lésé de prendre des mesures unilatérales — semble se dégager assez nettement de la sentence arbitrale de 1978 rendue dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*. Selon la France, les mesures unilatérales prises par les États-Unis d'Amérique

> [...] n'aurai[en]t pu avoir lieu [tant sous l'angle de la théorie des représailles que sous celui du droit des traités] que si l'État lésé n'avait disposé d'aucun moyen pour assurer le respect [de ses droits affectés par un acte internationalement illicite][100].

Les États-Unis ont maintenu que l'argument de la France ne valait que pour les représailles armées; dans tout autre cas,

> [...] elle ne pourrait être appliquée à la situation présente qu'à partir du moment où les mécanismes juridictionnels internationaux auront évolué jusqu'au point où il existe des tribunaux internationaux institutionnalisés investis du pouvoir de prendre des mesures conservatoires immédiates[101].

Les États-Unis n'acceptaient pas

> [...] la thèse selon laquelle la partie lésée doit différer toute action en attendant le résultat de l'arbitrage. Cette thèse n'est étayée ni par la théorie des représailles sans recours à la force [...] ni par la doctrine du droit des traités[102].

Le tribunal arbitral, pour sa part, s'est fondé sur l'hypothèse selon laquelle

> Dans l'état actuel du droit international général, abstraction faite des engagements spécifiques découlant de traités particuliers [...] [un État] a le droit [...] de faire respecter son droit par des « contre-mesures »[103].

Le tribunal a conclu, notamment, que : *a*) il n'existe aucune règle qui, en présence d'une *simple obligation de négocier*, « prohibe les contre-mesures au cours d'une négociation, surtout lorsque ces contre-mesures sont accompagnées de l'offre d'une procédure permettant d'envisager d'accélérer la solution du différend »[104]; *b*) aucune règle de droit international général n'interdit l'adoption de contre-mesures unilatérales dans les cas où « il existe un mécanisme arbitral ou judiciaire susceptible de résoudre le différend ». Ce n'est que *si* « *la procédure en cause prend place dans un ensemble d'institutions assurant une certaine garantie d'exécution des obligations** [que] la licéité des contre-mesures disparaîtra sans doute, mais plus *par suite de l'existence de cette garantie** que du seul fait de l'existence d'une procédure juridictionnelle »[105]; *c*) dans le cas où un accord spécial (compromis) entre les parties est nécessaire pour mettre la procédure en marche, et « en l'état du droit international tel qu'il existe actuellement, il faut constater que les États n'ont pas renoncé [...] à des contre-mesures [...] il vaut mieux qu'il en soit ainsi si cela leur permet d'accepter plus facilement le recours à l'arbitrage ou à la justice »[106]; *d*) lorsque l'instance arbitrale « est en état d'intervenir » et, dans la mesure où elle peut ordonner des *mesures conservatoires*, on doit admettre que ce pouvoir « fait disparaître la faculté [pour les parties] de prendre des contre-mesures et peut rendre caduques des contre-mesures déjà prises, pour autant que le tribunal en décide ainsi à titre de mesure conservatoire »[107]. Le tribunal ajoute : « Toutefois, comme l'objet et l'étendue de la faculté du tribunal de décider des contre-mesures peuvent se situer dans un cadre assez étroit, la faculté des parties de prendre ou de maintenir des contre-mesures peut également ne pas disparaître dans sa totalité[108]. »

E. — Conclusion

41. Outre le fait que le langage conventionnel est nourri de termes de caractère général, et souvent imprécis, l'état incertain de la pratique et de la doctrine ne permet pas de tirer facilement des conclusions quant aux effets précis qu'exercent effectivement les obligations des États en matière de règlement des différends sur leur liberté de recourir aux représailles. On peut cependant

[95] Résolution 1379 (XIV) de l'Assemblée générale. Voir également *Keesing's... 1959-1960*, vol. XII, p. 17280.

[96] Certains de ces cas peuvent être considérés comme des exemples de crimes internationaux selon l'article 19 de la première partie du projet (pour le texte, voir *supra* note 8). Cette pratique sera examinée lorsque les conséquences des crimes seront traitées.

[97] Résolution 457 (1979) du Conseil de sécurité, en date du 4 décembre 1979.

[98] Résolution ES-6/2 de l'Assemblée générale.

[99] Résolutions 502 (1982) et 505 (1982) du Conseil de sécurité, en date des 3 avril et 26 mai 1982, respectivement.

[100] Voir *Accord relatif aux services aériens* (*supra* note 34), p. 466.

[101] Ibid., par. 18.

[102] Nash, *op. cit.*, p. 774.

[103] Voir *Accord relatif aux services aériens* (*supra* note 34), p. 483, par. 81.

[104] Ibid., p. 485, par. 91.

[105] Ibid., par. 94.

[106] Ibid., par. 95.

[107] Ibid., par. 96.

[108] Ibid.

déduire ce qui suit de la pratique en ce qui concerne la *lex lata* :

a) Premièrement, un État lésé doit s'abstenir de mesures unilatérales susceptibles de nuire à une solution amiable tant que l'on ignore si les moyens de règlement disponibles autres que la négociation[109] ont donné ou peuvent donner des résultats concrets.

b) Deuxièmement, chaque fois qu'une procédure de règlement susceptible d'aboutir à une décision ayant force obligatoire est en cours devant une instance internationale, un État lésé doit s'abstenir de toutes mesures unilatérales autres que des mesures conservatoires jusqu'à ce que ladite instance ait rendu sa décision et que l'État auteur ne s'y soit pas conformé. Si l'instance internationale en question est habilitée à proposer ou à ordonner des mesures conservatoires, l'État lésé doit s'abstenir d'adopter unilatéralement de telles mesures jusqu'à ce que l'instance en question se soit prononcée sur sa demande de mesures conservatoires.

c) En revanche, on peut se demander si l'État lésé doit s'abstenir de mesures unilatérales du fait aussi qu'il est juridiquement en droit de recourir unilatéralement à une procédure de règlement (obligatoire ou non obligatoire) par une tierce partie.

42. Il faut, à présent, passer aux réflexions ou aux propositions faites jusqu'ici en la matière par le précédent Rapporteur spécial et la CDI.

43. D'après le projet d'article 10 de la deuxième partie proposé par le précédent Rapporteur spécial[110], il serait interdit à l'État lésé de recourir à des représailles (par opposition à des mesures de réciprocité) « avant d'avoir épuisé les procédures internationales de règlement pacifique du différend auxquelles il pouvait avoir recours ». Cette interdiction ne s'appliquait ni « aux mesures conservatoires prises par l'État lésé dans le cadre de sa juridiction en attendant qu'une cour ou un tribunal international compétent se soit prononcé sur l'admissibilité de ces mesures conservatoires en vertu de la procédure internationale applicable pour le règlement pacifique du différend » (par. 2, al. *a*) ni « aux mesures prises par l'État lésé si l'État accusé d'avoir commis le fait internationalement illicite ne respecte pas une mesure conservatoire ordonnée par la cour ou le tribunal international en question » (par. 2, al. *b*). Le précédent Rapporteur spécial acceptait donc l'avis rendu par le tribunal dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*, admettant des mesures qui favorisaient la soumission du différend à un règlement par une tierce partie[111].

44. Les réactions des membres de la CDI au projet d'article 10 proposé ont été diverses. Certains membres ont été d'avis d'exclure l'obligation de recourir à une procédure de règlement dans les cas de représailles ayant une fonction préventive[112], d'autres se sont associés à la position du précédent Rapporteur spécial[113], tandis que d'autres encore ont jugé cette position trop favorable à l'État « auteur » (étant donné que la décision sur laquelle débouchait la procédure n'était pas nécessairement obligatoire)[114]. D'aucuns ont estimé que les dispositions de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies et d'autres instruments contemporains étaient telles qu'il était dans tous les cas obligatoire de recourir dans un premier temps aux moyens de règlement. En outre, ils ont pensé qu'il convenait aussi de mentionner expressément la compétence du Conseil de sécurité[115]. Enfin, plusieurs membres ont été d'avis qu'une plus grande précision était indispensable afin de faire apparaître les types d'obligations en matière de règlement qui devaient être considérés comme pertinents aux termes de cet article[116].

45. À la lumière de l'analyse de la pratique internationale qui a été faite *supra*, la Commission préférera sans doute donner à cette disposition une expression plus précise, solution pour laquelle pencherait le Rapporteur spécial actuel. Les éléments à prendre en compte dans cette tâche devraient être les suivants :

a) La « force » de l'obligation en matière de règlement dont il s'agit et l'accessibilité de la procédure envisagée;

b) Le degré d'efficacité de cette procédure; et

c) La nature et la fonction objective de la mesure envisagée.

46. En ce qui concerne le premier élément, une obligation en matière de règlement a le maximum de force lorsque la procédure est conçue de telle manière qu'elle peut être déclenchée, si nécessaire, par une simple requête unilatérale de la partie qui s'estime lésée. Tel est le cas des procédures institutionnelles disponibles en vertu d'instruments de caractère général ou en vertu de l'effet combiné de tels instruments et d'autres instruments bilatéraux ou multilatéraux. La première hypothèse vise la procédure de médiation/conciliation du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale qui est régie par les Articles 35 à 38 de la Charte des Nations Unies. La deuxième hypothèse vise le règlement judiciaire devant la CIJ en vertu des règles générales énoncées dans le Statut de la Cour, alliées aux accords (clauses compromissoires ou traités de caractère général) prévoyant la possibilité d'une requête unilatérale, ou aux déclarations faites conformément à la clause dite facultative. S'agissant du règlement judiciaire, il convient aussi de rappeler les possibilités d'initiative unilatérale existant en vertu des dispositions du Statut de la Cour qui prévoient des

[109] Notamment l'enquête, les bons offices, la médiation, la conciliation, le recours aux institutions internationales, à l'arbitrage ou au règlement judiciaire.

[110] Voir *supra* note 46.

[111] Voir quatrième rapport [*Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie) [*supra* note 51], par. 104 et suiv.]. Riphagen a mentionné également la résolution de l'Institut de droit international (voir *supra* note 5) pour appuyer le projet d'article 5. Voir aussi le commentaire relatif au projet d'article 10 dans le sixième rapport [*Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie) [*supra* note 11], p. 12].

[112] Barboza (*Annuaire... 1983*, vol. I, 1778e séance, par. 2).

[113] McCaffrey (ibid., 1779e séance, par. 36); Lacleta Muñoz (*Annuaire... 1985*, vol. I, 1899e séance, par. 27) relie les deuxième et troisième parties du projet et envisage une procédure de règlement efficace; Jagota (ibid., 1901e séance, par. 10) recommande d'envisager explicitement l'efficacité des procédures de règlement dans l'article.

[114] Flitan (ibid., 1893e séance, par. 8), commentant le point de vue du Rapporteur spécial, selon lequel « le fait que la procédure de règlement par un tiers ne prévoit pas de décision définitive et obligatoire de la part du tiers n'enlève rien au caractère obligatoire de la procédure elle-même », dit que cela « ne découle nullement de l'article 10. D'ailleurs, quand cela serait, pourquoi maintenir le caractère obligatoire de la procédure elle-même ? ». Mahiou (ibid., 1897e séance, par. 13) suggérait d'autoriser les mesures qui accéléreraient le règlement du différend.

[115] Díaz González (ibid., par. 47).

[116] Arangio-Ruiz (ibid., 1900e séance, par. 19).

fonctions accessoires de la Cour, telles que celles qui la dotent de la « compétence de la compétence » (Art. 36, par. 6), du pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires (Art. 41) et d'autres fonctions. Les cas, peu fréquents, où l'obligation de recourir à l'arbitrage est assortie de mécanismes destinés à assurer que la procédure d'arbitrage soit déclenchée — faute du compromis ordinairement indispensable autrement — par une requête adressée par une des parties à un organe permanent pour que cet organe constitue le tribunal, représentent une troisième possibilité d'initiative unilatérale. En pareil cas, le tribunal d'arbitrage, une fois constitué, pourrait aussi être prié unilatéralement d'indiquer ou d'ordonner des mesures conservatoires. Enfin, les statuts d'un certain nombre d'organismes internationaux envisagent des procédures de règlement ou de quasi-règlement qui peuvent être engagées unilatéralement[117].

47. Le deuxième élément — l'efficacité de la procédure — est fortement présent dans toutes les procédures de règlement par des « tierces parties » débouchant sur une décision ayant force obligatoire. Tel est le cas, naturellement, de l'arbitrage et du règlement judiciaire, cette dernière procédure n'incluant pas, et la première n'incluant que très rarement, la possibilité d'indiquer des mesures conservatoires ayant force obligatoire. Les procédures nombreuses et variées de médiation/conciliation, dont les plus connues (encore que ce ne soit pas celles auxquelles on recourt le plus fréquemment) sont celles qui consistent à saisir les deux principaux organes politiques de l'ONU, présentent évidemment un degré d'efficacité moindre. Les procédures classiques des bons offices et de la médiation, les enquêtes spéciales ainsi que les différents systèmes régionaux de règlement des différends présentent des degrés d'efficacité divers. Les procédures de règlement ou de quasi-règlement des différends fonctionnant dans le cadre d'institutions internationales spécialisées — de caractère universel ou régional — sont courantes, mais ne sont pas toujours d'une grande efficacité[118].

48. Pour ce qui est du troisième élément — la nature et la fonction objective de la mesure envisagée — il faudrait en tenir compte au moins à deux égards :

a) Premièrement, les contre-mesures dont la nature et l'impact seraient susceptibles de compromettre un règlement équitable devraient être inadmissibles tant qu'il existe des procédures de règlement ou de quasi-règlement amiable, aussi peu efficaces soient-elles. De même, seraient inadmissibles, dans tous les cas, les mesures qui sont contraires à l'obligation générale de ne mettre en danger ni la paix et la sécurité internationales ni la justice, comme il est stipulé au paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies.

b) Deuxièmement, il faudrait accorder une attention particulière aux mesures qui, en raison de leur *nature* et de leur *fonction*, sont qualifiées de « mesures conservatoires », c'est-à-dire aux mesures propres à garantir l'État lésé contre le risque de ne pas obtenir réparation *(lato sensu)* ou, lorsqu'un fait illicite de caractère continu n'a pas encore cessé, propres à prévenir la poursuite du comportement illicite[119]. L'adoption de telles mesures ne serait pas incompatible avec l'obligation d'« épuiser préalablement les procédures de règlement disponibles », du moins jusqu'à ce qu'un organe international se soit prononcé sur l'admissibilité et le contenu des mesures conservatoires dans une procédure de règlement applicable[120].

49. Il est manifeste que l'incidence du respect des obligations en matière de règlement sur la licéité des représailles n'est pas sans rapport avec les dispositions sur le règlement des différends à adopter — telles que les clauses compromissoires — dans le cadre de la troisième partie du projet sur la responsabilité des États. Il est vrai que la teneur de ces dispositions posera des difficultés considérables vu le champ « naturellement » très vaste que couvriraient les clauses compromissoires qui seraient éventuellement incorporées dans une convention de codification sur la responsabilité des États. Chacun sait qu'une telle convention couvrirait *toute matière* qui pourrait faire l'objet d'une violation présumée d'une obligation internationale. Il est donc probable que les États montreront, par principe, plus de réticence à contracter des obligations de grande portée en matière de règlement par des tierces parties qu'ils ne le feraient s'agissant d'un domaine *spécifique* du droit international déjà codifié. Le fait que toute obligation en matière de règlement, prévue dans la troisième partie, limiterait manifestement le champ dans lequel la liberté d'un État prétendument lésé de recourir aux représailles serait affec-

[117] Voir, par exemple, l'affaire de l'*Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran* c. *États-Unis d'Amérique)*, dont la CIJ est encore saisie. La République islamique d'Iran a présenté l'affaire, notamment sur la base de la violation par les États-Unis de l'article 84 de la Convention relative à l'aviation civile internationale portant création de l'OACI. Cet article dispose ce qui suit :

« Si un désaccord survenu entre deux ou plusieurs États contractants à propos de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention et de ses annexes ne peut être réglé par voie de négociation, le Conseil statue à la demande de tout État impliqué dans ce désaccord. Aucun membre du Conseil ne peut voter lors de l'examen par le Conseil d'un différend auquel il est partie. Tout État contractant peut, sous réserve de l'article 85, faire appel de la décision du Conseil soit à un tribunal arbitral ad hoc accepté par les autres parties au désaccord, soit à la Cour permanente de Justice internationale. Tout appel de ce genre doit être notifié au Conseil dans les soixante jours qui suivront la date à laquelle la notification de la décision du Conseil a été reçue. »

[118] Un exemple est donné *supra* note 117.

[119] À ce sujet, voir *supra* par. 5.

[120] Des qualifications « objectives » comme celles qui viennent d'être mentionnées — « mesures susceptibles de compromettre un règlement équitable » ou « de mettre en danger la paix et la sécurité ou la justice » et « mesures conservatoires » — pourraient offrir des critères plus fiables que les distinctions qui sont fondées sur le but poursuivi subjectivement par l'État lésé, comme la distinction qui est faite entre les mesures coercitives, conservatoires ou d'exécution. En fait, les données disponibles n'offrent aucun critère défendable pour ce qui est de la valeur des distinctions faites entre les buts ou objectifs — protection, coercition ou exécution — en vue desquels l'État lésé peut prendre des mesures, étant donné les effets des obligations en matière de règlement sur la licéité des mesures unilatérales. En fait, une mesure donnée peut répondre à deux ou plusieurs de ces buts à la fois. Aucun cas concret n'a pu être retenu pour lequel il apparaît clairement que l'on ait fait dépendre la licéité d'une mesure (dans sa relation avec une obligation en matière de règlement des différends) du but poursuivi par l'État lésé. Il est vrai que l'expression « mesures conservatoires » figure dans la sentence rendue dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens* (voir *supra* notes 34 et 103). Cette expression est utilisée, toutefois, à propos de l'action de l'organe d'arbitrage et non pas à propos de l'action de la partie lésée. Elle vise un acte, une phase ou un but distinct de la procédure d'arbitrage. Le sens « objectif » des mesures conservatoires tel qu'il est entendu dans ce rapport a déjà été examiné *supra* au paragraphe 5.

tée par l'obligation de recourir préalablement aux procédures de règlement existantes ne manquera pas d'accroître la réticence des États à élargir leurs engagements en matière de règlement par des tierces parties ou par d'autres moyens. Des efforts seront faits pour tenir dûment compte de ces difficultés facilement prévisibles tant dans la présente section de la deuxième partie que dans la troisième partie du projet d'articles.

50. En revanche, les considérations énoncées *supra* au paragraphe 49 montrent combien il est important d'essayer de développer de manière satisfaisante le droit du règlement des différends dans le cadre de la deuxième comme de la troisième partie du projet d'articles. Il faut faire prendre conscience aux États du fait que le droit de la responsabilité des États ne gagnera en équité, en équilibre et en efficacité, ce qui est indispensable, que s'ils acceptent des améliorations substantielles dans le domaine des procédures de règlement amiable. En fait, en l'absence de recours institutionnels, les mesures unilatérales resteront sans doute longtemps l'élément essentiel du régime juridique de la responsabilité des États. La mise en œuvre effective de mesures consécutives à des faits internationalement illicites, telles que la cessation et la réparation, reposera en dernière analyse sur les représailles. Mais la mise en œuvre ne doit pas être seulement effective, elle doit être aussi juste : pour que la justice soit assurée au stade de la mise en œuvre, le système des représailles doit être tempéré par des procédures de règlement satisfaisantes. Il y va de l'intérêt des deux parties. L'État présumé auteur doit trouver dans les procédures de règlement une garantie contre des prétentions sans fondement ou déraisonnables de la part de l'État prétendument lésé. Ce dernier doit trouver dans les procédures de règlement une garantie de la cessation rapide du comportement illicite et d'une réparation adéquate de ses effets. Les deux parties ont manifestement intérêt à ce que les procédures de règlement soient aussi satisfaisantes que possible, quelle que soit la réticence instinctive de tous les États à prendre des engagements.

51. Les considérations énoncées *supra* au paragraphe 50 devraient être prises en compte, tout particulièrement, par les gouvernements des États — la grande majorité — qui se trouvent en position désavantageuse en raison de leur faiblesse politique, économique ou militaire, qu'ils soient dans la situation d'État prétendument lésé ou d'État présumé auteur. Aussi la Commission devrait-elle faire de son mieux, en traitant le problème du règlement des différends dans les deuxième et troisième parties, pour s'inspirer autant que faire se peut des obligations énoncées dans la Charte des Nations Unies et d'autres instruments et pour pousser aussi loin que possible, avec davantage d'imagination, son travail de développement progressif. Les tendances qui se font actuellement jour au niveau universel et au niveau régional font apparaître, semble-t-il, quelques signes encourageants, même s'ils sont encore modestes[121].

---

[121] Outre la situation exposée *supra* au paragraphe 33, il est peut-être utile de rappeler les perspectives qui semblent se dessiner au sein de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. Voir, par exemple, les principes pour le règlement des différends et dispositions relatives à une procédure de la CSCE pour le règlement des différends, adoptés à la Réunion d'experts de la CSCE sur le règlement pacifique des différends, tenue à La Valette, du 15 janvier au 8 février 1991 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session*, points 127 et 131 de l'ordre du jour, doc. A/46/335, annexe). Les paragraphes 4 (Prévention des différends), 5 (Comportement des parties) et 6 (Règlement des différends) sont tout particulièrement intéressants :

« 4. Les États participants s'efforceront de prévenir les différends et d'élaborer, utiliser et améliorer des mécanismes permettant d'éviter que des différends ne surviennent, y compris, le cas échéant, des arrangements et procédures de notification préalable et de consultation au sujet d'actions entreprises par un État qui pourraient porter une atteinte sérieuse aux intérêts d'un autre État.

« 5. Si toutefois des différends surgissent, les États participants veilleront particulièrement à ne laisser aucun différend entre eux évoluer de telle sorte qu'il mette en danger la paix et la sécurité internationales et la justice. Ils prendront des mesures appropriées pour traiter leurs différends en attendant un règlement. À cet effet, les États participants :

« *a*) procéderont suffisamment tôt à un examen des différends;

« *b*) s'abstiendront, tant que le différend n'aura pas été réglé, de toute action qui risque d'aggraver la situation et de rendre plus difficile ou d'empêcher le règlement pacifique du différend;

« *c*) s'efforceront, par tous les moyens appropriés, de prendre des dispositions permettant de maintenir de bonnes relations entre eux, notamment, le cas échéant, en adoptant des mesures provisoires qui ne préjugent pas leur position juridique dans le différend.

« 6. Comme l'établissent l'Acte final de Helsinki et les documents ultérieurs pertinents, les États participants s'efforceront, de bonne foi et dans un esprit de coopération, d'aboutir à une solution rapide et équitable de leurs différends sur la base du droit international, et recourront à cette fin à des moyens tels que la négociation, l'enquête, les bons offices, la médiation, la conciliation, l'arbitrage, le règlement judiciaire ou un autre moyen pacifique de leur choix, y compris toute procédure de règlement convenue avant que ne surgissent les différends auxquels ils sont parties. En particulier, à cet effet, les États participants intéressés :

« *a*) engageront entre eux des consultations le plus tôt possible;

« *b*) s'efforceront, s'ils ne parviennent pas à régler le différend entre eux, de s'accorder sur une procédure de règlement adaptée à la nature et aux caractéristiques du différend en cause;

« *c*) lorsqu'un différend est régi par une procédure de règlement des différends convenue entre les parties, régleront le différend en appliquant une telle procédure, à moins qu'ils n'en conviennent autrement;

« *d*) accepteront, dans le cadre de la procédure de la CSCE pour le règlement pacifique des différends et dans les limites de son champ d'application, l'intervention obligatoire d'une tierce partie lorsqu'un différend ne peut être réglé par d'autres moyens pacifiques. »

[De façon générale, pour une analyse intéressante de la question du règlement pacifique des différends internationaux en Europe, voir *Le règlement pacifique des différends internationaux en Europe : perspectives d'avenir. — Colloque, La Haye, 6-8 septembre 1990* (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991).]

La déclaration faite par le Président de la CIJ, sir Robert Jennings, devant l'Assemblée générale (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Séances plénières*, 44e séance) est aussi source d'inspiration. Après avoir appelé l'attention sur le rôle bien rempli de la CIJ (onze affaires en cours à ce moment-là), sir Robert a indiqué comment la Cour pourrait jouer un rôle encore plus actif dans le règlement des différends si les États et les organes des Nations Unies faisaient plus largement appel à sa compétence consultative. Il a souligné que même les différends de caractère hautement politique, comme le différend Iraq-Koweït avant l'invasion, présentaient des aspects juridiques se prêtant à une décision non obligatoire qui pourrait contribuer à leur solution par d'autres moyens, tels que la négociation et la médiation. Le Secrétaire général s'était félicité de cette suggestion (ibid.).

CHAPITRE III

Projets d'articles proposés

52. Le Rapporteur spécial propose les projets d'articles ci-après :

Article 11. — Contre-mesures d'un État lésé

Un État lésé dont les demandes, au titre des articles 6 à 10, n'ont pas reçu une réponse satisfaisante de la part de l'État qui a commis le fait internationalement illicite, est en droit, sous réserve des conditions et des restrictions énoncées dans les articles suivants, de ne pas s'acquitter d'une ou de plusieurs de ses obligations à l'égard dudit État.

Article 12. — Conditions du recours à des contre-mesures

1. Sous réserve des dispositions énoncées aux paragraphes 2 et 3, un État lésé ne prend aucune mesure du type visé à l'article précédent avant :

***a*) d'avoir épuisé toutes les procédures de règlement amiable disponibles en vertu du droit international général, de la Charte des Nations Unies ou de tout autre instrument relatif au règlement des différends auquel il est partie; et**

***b*) d'avoir fait part de son intention, à temps et dans les formes requises.**

2. La condition énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe précédent ne s'applique pas :

***a*) lorsque l'État qui a commis le fait internationalement illicite ne coopère pas de bonne foi au choix et à la mise en œuvre des procédures de règlement disponibles;**

***b*) aux mesures conservatoires prises par l'État lésé, en attendant qu'un organe international se soit prononcé sur l'admissibilité de ces mesures dans le cadre d'une procédure de règlement par une tierce partie;**

***c*) à toute mesure prise par l'État lésé, si l'État qui a commis le fait internationalement illicite ne respecte pas la mesure conservatoire indiquée par cet organe.**

3. Les exceptions énoncées au paragraphe précédent ne s'appliquent pas lorsque la mesure envisagée n'est pas conforme à l'obligation de régler les différends de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger.

CHAPITRE IV

La proportionnalité des contre-mesures

53. Comme indiqué dans le troisième rapport[122], il est largement admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que la proportionnalité a sa place dans le régime des contre-mesures[123]. Des éclaircissements s'imposent en revanche sur le contenu précis du principe, la rigueur ou la souplesse avec laquelle on le définit et sur le critère à retenir pour mesurer la proportionnalité.

54. En ce qui concerne le *premier* point (le contenu), la référence, dans la pratique des États, à l'équivalence ou à la proportionnalité au sens étroit est assez inhabituelle de la part de l'État qui réagit comme de la part de celui contre lequel des mesures sont prises[124]. Si l'on considère que le principe a pour fonction d'éviter les résultats inéquitables auxquels peut aboutir le recours à des contre-mesures, on peut concevoir qu'une idée rigide de la proportionnalité soit apparue inadéquate. Les formules

[122] *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1].

[123] Ibid., par. 63 à 68.

[124] On pourrait sans doute en trouver un exemple dans la mesure tarifaire adoptée en 1987 par les États-Unis à l'encontre de produits électroniques japonais parce que le Japon n'avait pas, selon eux, respecté

« un accord bilatéral quinquennal sur la fixation des prix des semi-conducteurs (micropuces). [...] Cette mesure faisait suite à l'adoption de résolutions unanimes tant de la Chambre que du Sénat réclamant des mesures de rétorsion pour la violation de l'accord. [...] En annonçant l'imposition des droits [...] le Secrétaire américain au commerce avait observé que le Japon était « un allié et un ami » et que personne au sein du gouvernement n'[était] très heureux d'avoir à agir ainsi. Le Japon a déclaré qu'il contesterait l'imposition de ces droits en vertu des règles [de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce] [...] » (*Keesing's... 1987*, vol. 33, p. 35331).

Le 8 juin 1987, le président Reagan annonçait une réduction de 51 millions de dollars de la valeur des marchandises touchées par cette mesure, « cette réduction étant qualifiée de « *strictement proportionnelle** » à l'ampleur de l'ajustement de prix opéré par les fabricants japonais, conformément à la notion de « juste valeur » appliquée par les États-Unis. Plus généralement, il semble que le système du GATT prévoie une appréciation rigide de la proportionnalité des mesures et contre-mesures. Sur ce point, voir Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, chap. III. Les cas dans lesquels les États appliquent le principe de proportionnalité au sens étroit sont ceux dans lesquels ils adoptent

(Suite de la note page suivante.)

« négatives » retenues, par exemple, dans les sentences relatives à l'affaire du Naulilaa et dans l'*Accord relatif aux services aériens* sont, par conséquent, préférables[125]. C'est l'interprétation du principe sur laquelle le précédent Rapporteur spécial paraît s'être appuyé au paragraphe 2 de son projet d'article 9 de la deuxième partie, aux termes duquel une contre-mesure « ne doit pas, dans ses effets, être manifestement *disproportionnée** par rapport à la gravité de l'acte »[126]. D'un autre côté, les doutes qu'un certain nombre de représentants ont exprimés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à propos de l'emploi du terme « manifestement » sont tout à fait fondés[127]. S'il est vrai que, pour apprécier la proportionnalité d'une contre-mesure, il faut assurément prendre en considération tous les éléments réputés pertinents en l'espèce, le terme « manifestement » pourrait cependant avoir pour effet d'introduire une part d'incertitude et de subjectivité dans l'interprétation et l'application du principe[128]. Des termes comme « hors de proportion » ou tout simplement « disproportionnée » semblent être plus acceptables[129].

55. Le *second* point à examiner concerne les critères de la proportionnalité. Pour la même raison que dans le premier cas, à savoir la nécessité de faire en sorte que l'adoption de contre-mesures n'aboutisse pas à des résultats inéquitables, il faut apprécier la proportionnalité en tenant compte non seulement de l'élément purement « quantitatif » du dommage causé, mais encore de ce que l'on pourrait appeler des facteurs « qualitatifs », tels que l'importance de l'intérêt protégé par la règle enfreinte et la gravité du manquement[130]. Cela cadre avec la position qui se dégage de la résolution de 1934 de l'Institut de droit international sur les représailles[131] et, plus récemment, de la sentence rendue dans l'*Accord relatif aux services aériens*[132] ainsi que des propositions faites par le précédent Rapporteur spécial[133].

56. La pertinence éventuelle des buts que poursuit l'État prétendument lésé en recourant à des contre-mesures est une autre affaire. Certes, comme expliqué au chapitre premier du présent rapport (*supra* par. 3 à 5), les buts — ou plutôt les fonctions — d'un acte de représaille pourraient entrer en ligne de compte pour déterminer si et dans quelle mesure celui-ci est licite, mais c'est là un problème différent de celui de la proportionnalité. Même si on ne la limite pas au sens strictement « quantitatif », la proportionnalité est, en tout état de cause, une relation entre ces deux méfaits que sont l'infraction et la réaction qu'elle suscite. Elle ne doit donc pas se mesurer à la possibilité pour la réaction d'atteindre un certain but.

(Suite de la note 124.)
des mesures « de réciprocité » [voir *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [*supra* note 1], par. 28 à 32]. Étant donné, toutefois, que peuvent être admises en pareil cas non seulement ces « mesures de réciprocité », mais encore des mesures « non strictement proportionnelles » (équivalentes) au fait illicite, et — ainsi qu'il est indiqué *supra* aux chapitres I et II — qu'il n'y a aucune différence, du point de vue de l'incidence des obligations en matière de règlement des différends ou de l'exigence d'une demande de réparation ou d'une mise en demeure antérieures, entre « mesures de réciprocité », d'une part, et mesures « non strictement proportionnelles », d'autre part, le Rapporteur spécial est d'accord avec les auteurs qui considèrent que les « mesures de réciprocité » ne se distinguent pas des autres formes de contre-mesures et sont soumises aux mêmes conditions et restrictions (ibid., par. 31).

125 Selon la sentence rendue dans l'affaire de Naulilaa,

« [...] on devrait certainement considérer, comme excessives et partant illicites, des représailles *hors de toute proportion** avec l'acte qui les a motivées » [*Colonies portugaises* (voir *supra* note 24), p. 1028].

Dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens* (voir *supra* note 34), les arbitres ont jugé qu'on ne « saurait considérer que les mesures qui ont été l'objet de l'action des États-Unis aient été clairement disproportionnées à celles prises par la France » (p. 483, par. 83). À la Commission, M. Calero Rodrigues s'est résolument déclaré en faveur de l'inclusion dans les projets d'articles concernant les contre-mesures d'une exigence de proportionnalité formulée « négativement » (*Annuaire... 1982*, vol. I, 1733e séance, par. 36).

126 Sixième rapport (*Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 11]), p. 11 et 12, projet d'article 9, par. 2, et commentaire y relatif.

127 Voir, notamment, les déclarations des représentants de la France (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Sixième Commission*, 38e séance, par. 14), de la Grèce (ibid., 40e séance, par. 45), de la Finlande (ibid., 45e séance, par. 5), de l'Algérie (ibid., 48e séance, par. 32) et du Maroc (ibid., 50e séance, par. 34).

128 Il en va de même des expressions « hors de toute proportion » employée dans la sentence relative à l'affaire de Naulilaa, et « *clairement** disproportionnée », que l'on trouve dans la sentence rendue dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens* (voir *supra* note 125).

129 Dans le même sens, il est dit à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 905 du *Restatement of the Law Third* (voir *supra* note 39), p. 904, qu'un État lésé « a la faculté de recourir à des contre-mesures qui pourraient par ailleurs être illicites, si lesdites mesures [...] *b*) ne sont pas hors de proportion avec la violation commise et le préjudice subi ».

130 Le Rapporteur spécial est d'accord avec Riphagen sur ce point pour penser que proportionnalité « quantitative » et proportionnalité « qualitative » ne seraient pas dissociables (voir rapport préliminaire *Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie), p. 125 et 126, doc. A/CN.4/330, par. 94 et 95]).

131 Selon le paragraphe 2 de l'article 6 de la résolution (voir *supra* note 5), l'État qui réagit est tenu de « proportionner la contrainte employée à la gravité de l'acte dénoncé comme illicite et à l'importance du dommage subi » (p. 710).

132 Voir *supra* note 34. Pour reprendre la formule employée par les arbitres, « l'un des problèmes essentiels est de tenir compte — dans un litige entre États — *non seulement des dommages subis** par les compagnies intéressées, mais de *l'importance des questions de principe** incluses dans la violation alléguée » (p. 483).

133 Aux termes du paragraphe 2 du projet d'article 9 proposé par Riphagen (voir *supra* note 126) :

« 2. L'exercice [du] droit [de recourir à des représailles] par l'État lésé ne doit pas être, *dans ses effets**, manifestement disproportionné *par rapport à la gravité du fait internationalement illicite**. »

CHAPITRE V

Les contre-mesures interdites

57. Le troisième rapport a récapitulé les principaux problèmes qui se posent dans le cas de contre-mesures, à savoir : *a*) l'interdiction du recours à la force; *b*) le respect des droits de l'homme; *c*) le droit diplomatique; et *d*) les règles impératives et *erga omnes*[134]. Bien que certains des problèmes liés aux points *a*, *b* ou *c* relèvent de règles impératives ou *erga omnes*, il est préférable de continuer à les traiter séparément, vu l'importance que l'interdiction du recours à la force et la protection des droits de l'homme, en particulier, ont acquise de nos jours.

A. — Contre-mesures et interdiction du recours à la force

58. Tout en n'étant pas, pour sa part, parfaitement convaincu que l'interdiction du recours à la force énoncée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies se soit vraiment hissée au rang de règle du droit international général, le Rapporteur spécial juge indispensable d'admettre — suivant en cela la CIJ et la quasi-unanimité des auteurs[135] — qu'il en est bien ainsi. Si tel n'était pas le cas, il faudrait, en tout état de cause, poser cette règle générale dans le cadre du développement progressif du droit de la responsabilité des États.

59. On peut considérer que le courant en faveur de la limitation du recours aux représailles armées, antérieur au Pacte de la Société des Nations comme au Pacte Briand-Kellogg, avait atteint son but, au niveau du droit conventionnel, avec l'entrée en vigueur de ces deux traités faits « pour prévenir la guerre ». Malgré certaines ambiguïtés des règles correspondantes — surtout dans le Pacte de la SDN —, ils peuvent raisonnablement s'interpréter, le premier comme une limitation et le second comme une interdiction du recours aux « mesures faisant appel à la force sans aller jusqu'à la guerre » avant l'épuisement des moyens pacifiques de règlement[136]. C'est visiblement ainsi que doit s'analyser l'effet conjugué des dispositions des deux pactes relatives à l'interdiction de la force, d'une part, et à l'obligation de tenter un règlement pacifique, d'autre part. Cette interprétation de l'état du droit conventionnel se trouve corroborée par la pratique de la période entre les deux guerres; contrairement à la pratique de la période précédente, les États recourant à des mesures armées invoquaient désormais la légitime défense[137]. Il faut rappeler, en outre, que le recours à la force était également condamné sur le continent américain, encore que sous l'appellation différente d'intervention armée[138], par exemple par le Traité « Saavedra Lamas » de 1933[139].

60. À la différence du Pacte de la Société des Nations, qui, on le sait, limitait le recours à la force, la Charte des Nations Unies l'interdit carrément, sauf en cas de légitime défense en vertu de l'Article 51. Les auteurs de la Charte avaient certainement l'intention de condamner — et ont effectivement condamné — l'emploi de la force, même pour défendre ses droits[140]. On ne peut donc pas accepter l'idée que les représailles armées ne seraient pas condamnées dès lors qu'elles ne seraient pas exercées contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'aucun État (ni d'aucune manière incompatible avec les buts des Nations Unies), mais seulement pour rétablir un État lésé dans son droit[141].

---

[134] *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1], par. 96 à 102.

[135] Ibid. (notamment notes 190 à 212).

[136] Bien entendu, le Pacte de la Société des Nations ne mentionnait pas expressément les mesures « n'allant pas jusqu'à la guerre ». Plus précisément, il condamnait le recours à la guerre : *a*) avant l'essai de l'un des moyens pacifiques envisagés dans le Pacte [arbitrage ou règlement judiciaire (Art. 12)]; *b*) durant les trois mois suivant une sentence arbitrale ou une décision de la CPJI ou un rapport du Conseil de la Société des Nations (ibid.); *c*) à l'encontre du membre qui se conformerait à la sentence arbitrale ou de la décision de la CPJI (Art. 13); et *d*) à l'encontre de toute partie se conformant à un rapport unanime du Conseil ou à un rapport adopté par une majorité qualifiée de l'Assemblée (Art. 15). En dehors de ces hypothèses — et sous réserve de l'impact litigieux du devoir de respecter et protéger l'intégrité territoriale de tous les membres (Art. 10) —, la guerre n'était pas illicite (voir Forlati Picchio, *op. cit.*, p. 108 et 109 et note 17). Toutefois, selon un certain nombre d'autorités, l'interdiction de la guerre dans ces hypothèses s'étendait aux mesures militaires « n'allant pas jusqu'à la guerre ». Voir, par exemple, Brierly, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours... 1936-IV*, p. 124, et, pour un recensement des opinions, Brownlie, *op. cit.*, p. 220 et suiv. Cette position a trouvé apparemment quelque appui dans l'opinion citée du Comité de juristes consulté par la Société des Nations à la suite de l'affaire Tellini (Janina) [voir *supra* note 23], où l'admissibilité de mesures de recours à la force n'allant pas jusqu'à la guerre avait été subordonnée à une décision du Conseil (à la lumière des Articles 13 à 15 du Pacte).

Quant au Pacte Briand-Kellogg (voir *supra* par. 25 et note 65), il condamnait la guerre aux articles I et II et prescrivait le règlement des différends par des moyens pacifiques.

[137] Brownlie, *op. cit.*, p. 19 et suiv.; Lamberti Zanardi, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, p. 39 et suiv., notamment p. 87.

[138] Sur le parallélisme entre cette évolution *(mutatis mutandis)* et le mouvement pacifiste européen, voir, notamment, Arangio-Ruiz, « The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations », *Recueil des cours... 1972-III*, p. 547 et suiv.

[139] Voir *supra* par. 25 et note 67. Aux termes de l'article premier de ce traité :

> « [...] le règlement des conflits ou différends de quelque nature qu'ils soient qui pourraient s'élever entre elles ne devra pas se réaliser d'une autre manière que par les moyens pacifiques que consacre le droit international »;

et l'article III précise que les États contractants agiront

> « sans recourir en aucun cas à l'intervention, soit diplomatique, soit armée ».

La Déclaration de principes américains faite à la huitième Conférence internationale des États américains, tenue à Lima en 1938, réaffirme aussi très clairement l'illicéité de tout recours à la force, y compris les représailles armées. Elle proclame « une fois encore » que « Tous les différends de caractère international doivent être réglés par des moyens pacifiques » et que « Le recours à la force comme instrument de politique nationale ou internationale est proscrit » (AJIL, vol. 34, *Supplement*, n° 4, octobre 1940, p. 201).

[140] Sur les débats de la Conférence de San Francisco, voir Lamberti Zanardi, *op. cit.*, p. 143 et suiv., et Taoka, *The Right of Self-defence in International Law*, p. 105 et suiv.

[141] Sur cette doctrine formulée à l'origine par Colbert et, surtout, par Stone, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [*supra* note 1], par. 98 et note 193.

61. L'interdiction des contre-mesures armées découlant du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies a été expressément consacrée par des déclarations des États, dont la principale est la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies[142], par laquelle l'Assemblée générale a proclamé à l'unanimité que « les États ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force »[143]. Cette position se trouve implicitement confirmée par la Définition de l'agression[144], où il est précisé au paragraphe 1 de l'article 5 qu'« aucune considération de quelque nature que ce soit, politique, économique, militaire ou autre, ne saurait justifier une agression ». Ceci signifie que même une considération juridique comme la défense ou la protection de l'un de ses propres droits ne justifierait pas le recours à l'une des mesures évoquées à l'article 3 de la Définition[145]. Au cours de l'élaboration de la résolution sur la Définition de l'agression, on avait tenté — en vain — d'élargir la notion d'attaque armée — et en conséquence la notion de légitime défense — en vue d'étendre l'exception à la protection des ressortissants d'un État se trouvant dans un autre État, d'une part, et à l'intervention en faveur de l'autodétermination de peuples dépendants, d'autre part. Cela dit, aucune de ces hypothèses ne concerne la protection des droits d'un État par la voie de représailles[146]. Les représailles armées sont également condamnées, quoique indirectement, par la CIJ lorsqu'elle affirme — dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique)* — la nature coutumière des dispositions condamnant l'emploi de la force dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies[147].

62. Il faut aussi bien entendu se demander si le fait de n'avoir pas mis en œuvre ce qui constitue le noyau du système de sécurité collective des Nations Unies, à savoir les Articles 42 à 47 de la Charte, ne justifierait pas une interprétation « évolutive » de ce texte ainsi que de la règle générale correspondante du droit international en ce qui concerne la condamnation du recours à la force. Par là, on se réfère à la doctrine qui veut que la persistance de cette lacune autoriserait une interprétation suivant laquelle l'interdiction posée au paragraphe 4 de l'Article 2 souffrirait non seulement l'exception envisagée à l'Article 51 de la Charte, mais encore d'autres exceptions qui ne sont pas expressément prévues dans la Charte[148]. Or on verra que cette doctrine (qu'on l'accepte ou non) ne couvre que les hypothèses où le recours à la force serait éventuellement justifié par les situations d'urgence graves pour lesquelles les Articles 42 à 51 de la Charte avaient été conçus; de telles situations appellent peut-être un élargissement de la notion de légitime défense, mais pas une exception à l'interdiction des contre-mesures armées en réaction à un fait internationalement illicite. C'est ce que démontre la pratique qui sera examinée dans les paragraphes qui suivent. Alors que cette pratique paraît bien altérer la notion de légitime défense — en ce sens qu'elle l'élargit pour combler le vide laissé par le manque de mise en œuvre du système de sécurité collective —, on voit moins bien comment elle justifierait l'idée que le recours à la force armée puisse être licite à titre de représailles[149].

63. Un autre signe que les représailles armées sont interdites est le fait que les États qui recourent à la force ne cherchent pas à démontrer la licéité de leur conduite en la qualifiant de représaille et se contentent d'invoquer la légitime défense. C'est ce qu'ont fait, par exemple, la France et le Royaume-Uni durant la crise de Suez en 1956[150]. Le Royaume-Uni a pris à nouveau une position

---

[142] Voir *supra* note 82.

[143] Pour une discussion concernant la Déclaration, voir Rosenstock, « The Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations: A survey », AJIL, 1971, p. 713 et suiv., notamment p. 726.

L'interdiction est réitérée dans la Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention et de l'ingérence dans les affaires intérieures des États, qui rappelle :

« Le devoir d'un État de s'abstenir de recourir à toute intervention armée, subversion, occupation militaire ou à toute autre forme d'intervention ou d'ingérence, avouée ou dissimulée, dirigée contre un autre État ou groupe d'États, ou à tout acte d'ingérence militaire, politique ou économique dans les affaires intérieures d'un autre État, y compris les actes de représailles impliquant le recours à la force » (résolution 36/103 de l'Assemblée générale, annexe, sect. II, al. *c*).

[144] Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, annexe.

[145] Cet article énumère les formes d'agression, qui peuvent se résumer comme suit : l'invasion ou l'attaque par les forces armées d'un État du territoire d'un autre État; le bombardement; le blocus des ports ou des côtes; l'attaque contre les forces armées d'un autre État; l'utilisation des forces armées d'un État qui sont stationnées sur le territoire d'un autre État sans le consentement dudit État; le fait pour un État d'admettre que son territoire, qu'il a mis à la disposition d'un autre État, soit utilisé par ce dernier pour perpétrer un acte d'agression contre un État tiers; l'envoi par un État ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre État (d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes d'agression énumérés).

[146] Il s'agit des opérations de sauvetage ou d'assistance en faveur de nationaux ou de peuples en danger ou soumis à la violence. On a vu plus récemment se dégager la même tendance au sein du Comité spécial pour le renforcement de l'efficacité du principe du non-recours à la force dans les relations internationales. En 1987, la Déclaration sur le renforcement de l'efficacité du principe de l'abstention du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales a finalement été adoptée. Selon ses termes : « Aucune considération, de quelque nature que ce soit, ne peut être invoquée pour justifier le recours à la menace ou à l'emploi de la force en violation de la Charte. » (Résolution 42/22 de l'Assemblée générale, annexe, sect. I, par. 3.)

[147] *C.I.J. Recueil 1986*, p. 99, par. 188.

[148] *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1], par. 98.

[149] C'est la position défendue récemment par Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite. — Des contre-mesures à la légitime défense*, p. 398 et suiv.

Suivant le *Restatement of the Law Third* (voir *supra* note 39) :

« La menace ou l'emploi de la force en réaction à une violation du droit international tombe sous le coup des interdictions de la menace ou de l'emploi de la force énoncées dans la Charte des Nations Unies [...] » [art. 905, par. 2 (p. 380)].

Il précise également :

« [...] un État qui est victime d'une violation d'une obligation internationale de la part d'un autre État a la faculté de recourir à des contre-mesures qui, en d'autres circonstances, pourraient être illicites si ces mesures *a*) sont nécessaires pour faire cesser la violation ou en éviter une nouvelle, ou pour y remédier; et *b*) ne sont pas hors de proportion avec la violation commise et le préjudice subi » (ibid.).

[150] Les deux gouvernements avaient pris la position selon laquelle, étant les principaux usagers du canal, leurs intérêts vitaux seraient mis

analogue en 1964 pour justifier le bombardement d'une localité yéménite à la suite d'une violation par la République arabe du Yémen de l'espace aérien de la Fédération de l'Arabie du Sud. Devant le Conseil de sécurité — lequel a condamné expressément l'opération en tant qu'acte de représaille armée —, le Gouvernement britannique a invoqué la légitime défense, argument rejeté au motif que la réaction n'avait pas été immédiate[151]. Il est intéressant de noter que le Royaume-Uni s'est alors abstenu d'opposer son veto à la résolution du Conseil et a déclaré qu'il n'avait pas d'objection à élever contre le paragraphe 1, qui affirmait que le Conseil de sécurité condamne les représailles comme étant incompatibles avec les buts et principes des Nations Unies, étant donné que « l'action [en question] n'était pas une mesure de représailles ou de revanche »[152]. Le représentant du Royaume-Uni a poursuivi :

L'action que nous avons menée au Fort de Harib et qui [...] tombe sous le coup de l'Article 51 de la Charte, était purement défensive et avait pour but de prévenir de nouvelles attaques contre l'intégrité territoriale de la Fédération de l'Arabie du Sud et de ses habitants[153].

64. Bien souvent, le recours à la force armée apparaît comme la riposte à des actes de terrorisme. Bien que le critère de l'immédiateté ne joue pas — la mesure ayant été prise en certains cas des mois après l'attaque, voire pour prévenir des attaques ultérieures —, les États qui agissent ainsi invoquent presque invariablement la légitime défense pour justifier le recours à la force. Les incursions israéliennes dans les États voisins à la fin des années 60 et au début des années 70 ont inspiré à la doctrine des positions discordantes[154]. Quelle que soit la justification de ces épisodes sous d'autres rapports, il faut souligner qu'ici encore, comme dans les affaires considérées précédemment dans le présent chapitre, la justification avancée devant le Conseil de sécurité par l'État qui avait pris la mesure en question — justification hautement contestable du point de vue juridique — était le droit de « légitime défense », une légitime défense entendue comme le droit de protéger la vie et la sécurité de ses nationaux dans le pays contre les attaques menées à partir de bases situées en territoire étranger[155]. C'est le même type de raisonnement qui a été soutenu à l'occasion d'épisodes plus récents comme le raid contre le siège de l'Organisation de libération de la Palestine à Tunis en 1985[156]. Rejetant l'excuse de la « légitime défense », le Conseil de sécurité a condamné ces actions en les qualifiant expressément, soit de représailles armées, soit, plus généralement, d'actions militaires[157]. À la suite

en danger si l'on venait à suspendre le libre passage. (Voir les déclarations pertinentes dans *Documents officiels du Conseil de sécurité, onzième année*, 751e séance, par. 46 et 61.) À cette occasion, les États-Unis d'Amérique avaient déclaré que les circonstances empêchaient de parler de légitime défense et qu'il s'agissait d'un cas d'attaque armée (*Documents officiels de l'Assemblée générale, première session extraordinaire d'urgence, Séances plénières*, 561e séance, par. 140 et 150).

[151] Résolution 188 (1964) du Conseil de sécurité, en date du 9 avril 1964, par laquelle le Conseil :

« 1. *Condamne* les représailles comme étant incompatibles avec les buts et principes des Nations Unies;

« 2. *Déplore* l'action militaire britannique menée à Harib le 28 mars 1964 ».

On trouvera un compte rendu de la discussion dans *Documents officiels du Conseil de sécurité, dix-neuvième année*, 1106e à 1111e séances.

D'innombrables affaires peuvent être citées de violation d'espaces aériens nationaux par des appareils militaires appartenant à des États de l'autre « bloc », qui avaient marqué les premières années de la guerre froide. Dans un certain nombre de cas, l'appareil avait été abattu. Dans la célèbre affaire de l'U2, par exemple, un appareil militaire américain avait été abattu par les forces soviétiques en 1960. L'Union soviétique avait saisi le Conseil de sécurité (ibid., 860e séance). On peut hésiter sur la qualification de ce genre de cas. Si, d'un côté, l'existence d'une violation territoriale est manifeste, de l'autre, en revanche, il est plus douteux qu'une telle violation constitue une agression réelle et justifie une réaction armée immédiate. Il importe ici de souligner que les États intéressés n'invoquaient pas la notion de représaille pour justifier leur réaction armée à la violation de leur espace aérien, mais parlaient de légitime défense. Malheureusement, il y a aussi eu des incidents où il s'agissait d'aéronefs civils (l'avion de ligne israélien abattu par la Bulgarie en 1955, l'atterrissage forcé — suivi de la désintégration — d'un appareil civil libyen provoqué par Israël en 1973; l'avion de ligne sud-coréen abattu en 1983 par l'Union soviétique). Dans tous ces cas, l'invocation de la légitime défense est beaucoup plus discutable. Sur cette pratique, voir Gianelli, *op. cit.*, chap. IV, n° 10, I, *a* et *c*.

[152] Voir *Documents officiels du Conseil de sécurité, dix-neuvième année*, 1111e séance, par. 29.

[153] Ibid., par. 30. À cette occasion, le représentant des États-Unis d'Amérique avait indiqué que son gouvernement réprouvait les actes de provocation et les raids de représailles dans les situations analogues à celle examinée (ibid., par. 4).

[154] *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1], par. 98.

[155] Voir la déclaration du représentant d'Israël (*Documents officiels du Conseil de sécurité, vingt-troisième année*, 1407e séance, par. 215), au sujet de certains incidents survenus en Jordanie; les déclarations du représentant d'Israël (ibid., 1460e séance, par. 59, et 1462e séance, par. 121), concernant l'attaque contre l'aéroport civil de Beyrouth; et la lettre du représentant permanent d'Israël auprès de l'Organisation des Nations Unies, en date du 11 avril 1973 (ibid., *vingt-huitième année, Supplément pour avril, mai et juin 1973*, doc. S/10912), concernant l'incursion au Liban. Voir aussi *Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies, Supplément n° 2*, vol. I (publication des Nations Unies, numéro de vente : 64.V.5), p. 112, par. 156. Les actions israéliennes dénoncées au Conseil de sécurité sont fort nombreuses et ont donné lieu à un certain nombre de résolutions les condamnant, en des termes parfois contradictoires, telles que les résolutions 101 (1953), 111 (1956), 228 (1966), 265 (1969), 270 (1969), 279 (1970), 280 (1970), 285 (1970), 294 (1971), 313 (1972), 316 (1972), 332 (1973), 347 (1974), 425 (1978) et 509 (1982).

Sur cette pratique, voir Sicilianos, *op. cit.*, p. 413 et suiv.

[156] Voir la déclaration du représentant d'Israël au Conseil de sécurité (*Documents officiels du Conseil de sécurité, quarantième année*, 2615e séance), justifiant la violation de la souveraineté tunisienne en ces termes :

« [...] l'OLP a une base extraterritoriale en Tunisie, à partir de laquelle elle mène ses opérations de terrorisme. Nous n'avons visé que cette base [...]. La Tunisie savait fort bien ce qui se tramait dans cette base extraterritoriale, la planification qui s'y faisait, les missions qui étaient lancées à partir de ce siège, et l'objet de ces missions, à savoir des attaques armées répétées contre mon pays et contre des civils innocents partout dans le monde ».

Le représentant d'Israël avait poursuivi en faisant part du souci de son gouvernement d'« empêcher de futurs crimes » et en indiquant en outre qu'il cherchait « à affaiblir et à détruire le centre nerveux de la terreur internationale » (ibid.).

[157] En d'autres occasions, le Conseil s'est trouvé dans l'incapacité d'adopter une décision. Pour une analyse des résolutions du Conseil, voir Sicilianos, *op. cit.*, p. 413 et suiv., pour qui il n'est pas possible de conclure de la pratique du Conseil que celui-ci considère les représailles armées comme admissibles jusqu'à un certain point, ni même se contente de les tolérer lorsque certaines conditions sont réunies. Il relève que, au contraire, plusieurs États ont expressément exclu la licéité des représailles armées. Voir, par exemple, la déclaration du représentant du Pakistan au cours du débat sur un raid israélien en Jordanie :

« Le Conseil de sécurité ne peut tolérer des représailles militaires et encore moins une attaque armée massive lancée par un État Membre contre un autre État Membre, sous prétexte de représailles contre de prétendus actes de terrorisme ou de sabotage. » (*Documents*

(Suite de la note page suivante.)

du bombardement de localités libyennes par les États-Unis en 1986, le Gouvernement de ce pays a déclaré avoir agi en vertu de l'Article 51 de la Charte en réaction à des actes de terrorisme[158]. L'Afrique du Sud, pour sa part, a justifié ses incursions chez ses voisins dans les années 80 en les présentant comme des réactions à des actes de terrorisme[159]. Il est tout à fait clair que les États auteurs de ces actions violentes n'ont pas essayé de les justifier en les présentant comme des représailles ou des contre-mesures. Ils ont préféré invoquer la légitime défense, cette notion étant à leurs yeux applicable au cas de recours à la force pour protéger des intérêts vitaux.

65. L'analyse de cette tendance à élargir le champ de la légitime défense pour inclure une réaction à une attaque armée contre un État mérite d'être approfondie, surtout en ce qui concerne l'intervention armée pour des raisons d'humanité dans l'état de nécessité. Les actions de cette nature sont d'ordinaire le fait d'un État qui veut ainsi protéger ses ressortissants dans des situations où leur vie est en grand danger, quelle que soit la nature de l'acte ou du fait générateur du danger, que ce soit un fait internationalement illicite d'un État ou le comportement de particuliers échappant à l'emprise de l'État territorial. Font partie de cette pratique les opérations que le Royaume-Uni avait envisagé de mener en Iran en 1946 et 1951, l'intervention belge au Congo en 1960, l'opération américaine en République dominicaine en 1965, l'affaire du « *Mayaguez* » en 1975, le raid mené par Israël sur Entebbe en 1976, l'intervention égyptienne à Larnaca en 1978, la tentative américaine de sauver les otages en Iran en 1980 et les interventions américaines à la Grenade et à Panama en 1983 et 1989[160]. En pareille circonstance, les États intervenants ont souvent eu recours à l'exercice de la légitime défense pour justifier leur action[161]. Dans un petit nombre de cas, ils ont évoqué l'état de nécessité[162].

66. Il y a aussi des cas où l'intervention armée est destinée à protéger des ressortissants de l'État territorial lui-même. Il en a été ainsi, semble-t-il, de l'intervention des États arabes en Palestine en 1948, de celle de l'Inde au Bangladesh en 1971, de celle du Viet Nam au Cambodge en 1978 et de celle de la République-Unie de Tanzanie en Ouganda en 1979[163].

67. La licéité d'une intervention armée destinée à protéger des nationaux se trouvant en danger à l'étranger est apparemment acceptée en général non point tant, dans le cadre de l'Article 51, comme une réaction à une attaque armée contre un État dans la personne de ses nationaux ou contre les nationaux d'un allié de l'État intervenant[164] qu'à titre d'exception de légitime défense, telle que

(Suite de la note 157.)

officiels du Conseil de sécurité, vingt-troisième année, 1407e séance, par. 61.)

Le Paraguay avait employé des termes analogues à propos de la situation au Moyen-Orient :

« Nous n'acceptons pas la notion du droit d'exercer des représailles, en vertu duquel un État pourrait prétendument s'arroger le droit d'effectuer des opérations militaires du type de celles que le Conseil examine actuellement dans le territoire d'un autre État. » (Ibid., *vingt-quatrième année*, 1470e séance, par. 37.)

[158] Le bombardement du 15 avril faisait suite à l'explosion, le 5 avril, d'une bombe qui avait fait des morts et des blessés dans une discothèque de Berlin-Ouest fréquentée essentiellement par des soldats américains. L'ambassade de la Jamahiriya arabe libyenne à Berlin aurait annoncé l'explosion à l'avance. Le 27 décembre 1985, d'autres attentats avaient eu lieu aux aéroports de Rome et de Vienne. Les États-Unis affirmèrent avoir la preuve de la responsabilité libyenne et qualifièrent leur action — dirigée contre des bases terroristes — d'actes de légitime défense parfaitement compatible avec l'Article 51 de la Charte des Nations Unies [lettre adressée au Président du Conseil de sécurité par le représentant permanent adjoint des États-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies (ibid., *quarante et unième année, Supplément pour avril, mai et juin 1986*, doc. S/17990)]. Le Royaume-Uni prit la même position, mais resta ainsi isolé, même au sein du groupe occidental (les autres pays occidentaux se contentant d'adopter des mesures de rétorsion à l'encontre de la Jamahiriya arabe libyenne). Plusieurs États critiquèrent vivement l'action des États-Unis au cours du débat au Conseil de sécurité (voir, par exemple, les déclarations du représentant de la Yougoslavie, qui « condamn[a] de la façon la plus ferme cette attaque armée » (*Documents officiels du Conseil de sécurité, quarante et unième année*, 2676e séance), et de celui de la Hongrie, pour qui « l'idée non partagée que l'attaque armée perpétrée par les États-Unis était un acte de légitime défense n'est rien d'autre qu'un effort maladroit visant à justifier l'injustifiable et à interpréter de façon erronée un autre principe de droit clairement établi » (ibid., 2677e séance); l'Assemblée générale condamna l'attaque dans sa résolution 41/38 sur la Déclaration de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine relative à l'attaque militaire aérienne et navale lancée en avril 1986 par l'actuel Gouvernement des États-Unis contre la Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste (adoptée par 79 voix contre 28, et 33 abstentions).

[159] Il est fait ici référence à un certain nombre d'incidents. Ces actions étaient ordinairement dirigées contre des bases de l'African National Congress of South Africa (ANC). À propos de l'incursion du 19 décembre 1985 à Maseru, qui avait fait neuf victimes proches de l'ANC, l'Afrique du Sud avait déclaré au Conseil de sécurité que son action se justifiait par « la violence terroriste provenant du territoire du Lesotho » (*Documents officiels du Conseil de sécurité, quarantième année*, 2639e séance). On pourrait encore rappeler les incursions sud-africaines au Bostwana, au Zimbabwe et en Zambie (19 mai 1986), au Swaziland (14 décembre 1986), en Zambie (25 avril 1987), au Mozambique (28 mai 1987) et au Botswana (28 mars et 21 juin 1988).

[160] Sur cette pratique, voir Ronzitti, *op. cit.*, p. 21 et suiv.; Lattanzi, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, p. 163 et suiv.; et, plus récemment, Sicilianos, *op. cit.*, p. 449 et suiv. En particulier, sur l'intervention belge au Congo, voir *Documents officiels du Conseil de sécurité, quinzième année*, 879e séance; sur l'action américaine dans la République dominicaine (ibid., *vingtième année*, 1200e séance, par. 19); pour les autres affaires citées, voir les notes qui suivent. La protection de nationaux en danger avait aussi été invoquée, avec les intérêts vitaux, pour justifier l'intervention franco-britannique en Égypte en 1956 (voir *supra* par. 63). Dans l'affaire de la Grenade, la protection des nationaux n'était que l'une des diverses raisons avancées comme justification (*Documents officiels du Conseil de sécurité, trente-huitième année*, 2491e séance, par. 51 à 77). Aucune mention n'est faite des affaires dans lesquelles l'État intervenant avait aussi essayé d'obtenir, d'une manière ou d'une autre, le consentement de l'État territorial (consentement dont la validité eût été, en tout état de cause, contestable).

[161] Voir les déclarations au Conseil de sécurité des États-Unis d'Amérique dans l'affaire de Panama (ibid., *quarante-quatrième année*, 2902e séance) et dans l'affaire du « *Mayaguez* » (ibid., *trentième année, Supplément pour avril, mai et juin 1975*, doc. S/11689, p. 24 et 25); d'Israël au sujet du raid d'Entebbe (ibid., *trente et unième année*, 1939e séance, par. 111); des États-Unis sur le raid de Tabas (ibid., *trente-cinquième année, Supplément pour avril, mai et juin 1980*, doc. S/13908, p. 33).

[162] Déclaration de la Belgique au sujet de l'intervention au Congo (ibid., *quinzième année*, 879e séance, par. 151).

[163] Ronzitti, *op. cit.*, p. 89 et suiv.; et Sicilianos, *op. cit.*, p. 166 et suiv. Outre les raisons humanitaires, les États intervenants invoquaient aussi la légitime défense. Voir, par exemple, la position du Gouvernement indien dans l'affaire du Bangladesh (ibid., *vingt-sixième année*, 1606e séance, par. 160 et suiv.); celle du Viet Nam dans son intervention au Cambodge (ibid., *trente-quatrième année*, 2109e séance, par. 126).

[164] Dans ce sens, voir Bowett, *op. cit.*, p. 91 et suiv. (mais voir aussi *supra* note 155), « The use of force for the protection of nationals abroad », *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, p. 40

celle-ci s'entend dans la pratique des pays de « common law »[165], c'est-à-dire comme moyen de défense au sens large, englobant à la fois la légitime défense *stricto sensu* et la nécessité[166]. Un exemple de cette interprétation peut être démontré par le *dictum* de la CIJ dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[167] à propos de l'opération de sauvetage des otages tentée par les États-Unis. En condamnant cette action parce qu'elle apparaissait incompatible avec le respect dû au règlement judiciaire[168], la Cour paraît avoir admis par implication que cette intervention des États-Unis aurait pu être licite s'il n'y avait pas eu de procédure judiciaire en cours.

68. La justification de l'intervention armée à des fins humanitaires au profit des ressortissants de l'État territorial pose davantage de problèmes. Si une partie (et peut-être la majorité) de la doctrine refuse toute justification aux interventions de cette nature[169] en s'appuyant sur les positions prises par les gouvernements[170], d'autres auteurs jugent cette pratique licite[171], en se fondant, notamment, sur les travaux de la CDI concernant l'article 33 de la première partie du projet[172]. Pour le moment, il n'est nul besoin de prendre position sur ce problème, bien qu'il doive être examiné à propos des conséquences de ce qu'il est convenu d'appeler les crimes internationaux des États. En revanche, il est indispensable, dans ce but, de relever dès à présent que les cas en question d'intervention militaire armée — que ce soit en faveur de nationaux de l'État intervenant ou en faveur de nationaux de l'État territorial — sont des réactions à des situations qui, quoique différentes d'une attaque armée, présentent un degré d'urgence appelant une action armée directe immédiate. Ils n'entament pas, par conséquent, l'interdiction du recours à la force à titre de contre-mesure.

69. Les conclusions dégagées jusqu'ici trouvent une confirmation dans les observations de la Commission sur l'article 30 de la première partie du projet[173]. À propos des contre-mesures, traitées comme l'une des circonstances excluant l'illicéité, la Commission avait dit que certaines « formes [de réaction], qui étaient admises par le droit international dit « classique », telles les représailles armées, ne sont aujourd'hui plus tolérées en temps de paix »[174]. Cette position fut expressément défendue par différents États au cours du débat qui eut lieu ensuite à la Sixième Commission de l'Assemblée générale[175].

B. — Le problème des mesures économiques et politiques en tant que formes de contrainte

70. Le troisième rapport présente un bref exposé des différentes opinions doctrinales concernant l'illicéité de certaines contre-mesures économiques et politiques[176]. Afin de parvenir à une conclusion sur les restrictions éventuelles de l'admissibilité de mesures économiques et politiques, il est à présent nécessaire d'examiner la pratique des États.

---

et suiv.; Thomas et Thomas, *The Dominican Republic Crisis 1965*, p. 13 et suiv.; Rostow, « The politics of force: Analysis and prognosis », *The Year Book of World Affairs*, p. 50.

[165] Dans ce sens, voir Ross, *A Textbook of International Law*, p. 247 et suiv.; Waldock, « The regulation of the use of force by individual States in international law, *Recueil des cours... 1952-II*, p. 503 (qui semble parler d'« autoprotection »); Fitzmaurice, « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *Recueil des cours... 1957-II*, p. 172 et 173; Panzera, « *Raids* e protezione dei cittadini all'estero », *Rivista di diritto internazionale*, p. 759 et suiv.; Pillitu, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, en particulier p. 263 et suiv.; et Ronzitti, *op. cit.*, p. 52 et suiv., qui pense qu'une règle coutumière est en train de voir le jour, selon laquelle ces interventions seraient licites.

On trouve l'opinion contraire (contre la licéité de l'intervention armée en faveur de nationaux se trouvant en danger à l'étranger, sauf dans le cas de la protection des droits de l'homme) chez Sicilianos, *op. cit.*, p. 453 et suiv.; et Schweisfurth, « Operations to rescue nationals in third States involving the use of force in relation to the protection of human rights », *German Yearbook of International Law*, p. 159 et suiv.

[166] Voir, notamment, Westlake, *International Law*, vol. I, p. 299; Wright, « The meaning of the Pact of Paris », AJIL, 1933, p. 53 et suiv.; et Jennings, « The *Caroline* and *McLeod* cases », ibid., p. 83 et suiv. Voir aussi la doctrine citée par Žourek, « La notion de légitime défense en droit international », *Annuaire de l'Institut de droit international, 1975*, p. 20; Brownlie, *op. cit.*, p. 43; Lamberti Zanardi, *op. cit.*, p. 9 et suiv. Dans un sens quelque peu différent, voir Bowett, *op. cit.*, p. 89, qui distingue la « nécessité » de la « légitime défense » en englobant dans cette dernière la défense de nationaux à l'étranger; et Ross, *op. cit.*, p. 247 et suiv.

[167] Voir *supra* note 37.

[168] *C.I.J. Recueil 1980*, p. 44, par. 93 :

« En conséquence la Cour se sent tenue de faire observer que, quels qu'en soient les motifs, une opération entreprise dans ces circonstances est de nature à nuire au respect du règlement judiciaire dans les relations internationales; et de rappeler qu'au paragraphe 47, 1B, de son ordonnance du 15 décembre 1979 elle avait indiqué qu'aucune mesure de nature à aggraver la tension entre les deux pays ne devait être prise. »

[169] Ronzitti, *op. cit.*, p. 89 et suiv. et 108 et suiv., qui renvoie aussi aux écrits plus anciens. Brownlie, *op. cit.*, p. 341 et 342, et Lauterpacht, « The international protection of human rights », *Recueil des cours... 1947-I*, p. 5 et suiv., semblent avoir des doutes.

[170] Cette pratique est abondamment étudiée dans Ronzitti, *op. cit.*, p. 93 et suiv.

[171] Sur ce point, voir Lattanzi, *op. cit.*, p. 464 et suiv.

[172] Voir *supra* note 8; voir aussi Ago, Additif au huitième rapport, *Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie), p. 13, doc. A/CN.4/318/Add.5 à 7.

[173] Voir *supra* note 8.

[174] *Annuaire... 1979*, vol. II (2e partie), p. 129, par. 5.

[175] Voir les déclarations de l'Australie (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Sixième Commission*, 47e séance, par. 34), de l'Égypte (ibid., 51e séance, par. 24), du Kenya (ibid., 43e séance, par. 4) et du Mexique (ibid., 41e séance, par. 46), selon lesquelles la Commission devrait envisager la possibilité de préciser, dans un paragraphe additionnel, que l'article 30 ne doit pas s'entendre comme autorisant d'autres exceptions à l'interdiction de l'emploi de la force que celles contenues dans la Charte des Nations Unies. Riphagen n'avait pas proposé de disposition spéciale interdisant les représailles armées, car, à ses yeux, les clauses de la Définition de l'agression et de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies préservant les pouvoirs du Conseil de sécurité en vertu de la Charte « sembl[ai]ent exclure que l'on [pût] écarter automatiquement la possibilité d'arriver à justifier en droit international la violation d'une obligation internationale « essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale » [parmi lesquelles Riphagen inclut l'interdiction de la force armée], ou même la violation d'une des obligations dont cette violation même est « reconnue comme un crime » » [*Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 130], p. 124, par. 90]. Malgré tout, il est arrivé que des États réclament, à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, une disposition interdisant expressément les représailles armées : voir, par exemple, les déclarations de la Tchécoslovaquie (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Sixième Commission*, 43e séance, par. 29), de la Suède (ibid., *quarantième session, Sixième Commission*, 28e séance, par. 66) et de l'Algérie (ibid., 31e séance, par. 48).

[176] Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [*supra* note 1], par. 101 et suiv.

71. On se rappellera que, à la Conférence de San Francisco, les États latino-américains avaient présenté une proposition qui, si elle avait été adoptée, aurait étendu le champ du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies à la condamnation de la force économique et politique. Cette proposition fut rejetée[177]. On ne saurait toutefois conclure de ce seul rejet que la majorité des États représentés à la Conférence étaient catégoriquement opposés à l'interdiction de tous les actes de cette nature. Ce rejet est peut-être imputable à la définition excessivement large que cette proposition donnait de la force économique et politique. De surcroît, le comportement des États a pu évoluer depuis lors (de même que la composition de l'ONU). Certaines résolutions de l'Assemblée générale et certains instruments régionaux sont éclairants pour cette question.

72. Dans sa résolution 2131 (XX) de 1965 relative à la Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté, l'Assemblée générale condamne le recours à la force économique et politique. Aux termes du paragraphe 1 de la résolution, non seulement l'intervention armée mais aussi « toute autre forme d'ingérence ou toute menace, dirigées contre la personnalité d'un État ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels » sont interdites. L'Assemblée ajoute au paragraphe 2 de la résolution

> 2. Aucun État ne peut appliquer ni encourager l'usage de mesures économiques, politiques ou de toute autre nature *pour contraindre un autre État à subordonner l'exercice de ses droits souverains ou pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit**. [...]

De même, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies[178] proclame

> Aucun État ne peut appliquer ni encourager l'usage de mesures économiques, politiques ou de toute autre nature *pour contraindre un autre État à subordonner l'exercice de ses droits souverains et pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit**.

Il faut souligner que, en raison de l'opposition des pays occidentaux, l'interdiction de l'intervention n'a pas été retenue dans le principe de l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force dans les relations internationales. Les pays latino-américains et socialistes avaient encore tenté un effort pour rattacher une condamnation de la contrainte économique à l'interdiction de la force énoncée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte, au cours des longs travaux préparatoires de la résolution sur la Définition de l'agression[179]. La résolution ne tient pas compte de la contrainte économique, le Comité spécial pour la question de la définition de l'agression ayant déclaré qu'une disposition en ce sens aurait fait obstacle à l'adoption de la résolution par *consensus*[180]. Il est néanmoins intéressant de noter que l'opposition était principalement due à la définition extrêmement large proposée[181]. Des interdictions assez semblables à celles que l'on vient de rappeler apparaissent dans les résolutions de l'Assemblée générale sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles[182], sur le nouvel ordre économique international[183], ainsi que sur d'autres sujets tels la stricte observation de l'interdiction de recourir à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales et du droit des peuples à l'autodétermination[184] et les mesures économiques utilisées pour exercer une pression politique et économique sur les pays en développement[185].

73. Au niveau régional, il faut mentionner la Charte de l'OEA[186] qui, on le sait, formule le principe de non-intervention dans les termes très généraux qui devaient ultérieurement être repris dans les résolutions 2131 (XX) et 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, notamment l'interdiction de « prendre des mesures coercitives de caractère économique et politique pour forcer la volonté souveraine d'un autre État et obtenir de celui-ci des avantages d'une nature quelconque » (art. 16). Un instrument formellement non contraignant mais néanmoins très important, qui contient une interdiction analogue, est

---

[177] Voir *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, San Francisco, 1945, t. VI, p. 608 et 609 pour le texte de l'amendement proposé par le Brésil, et p. 339 et 340 pour la discussion à la Commission I le 4 juin 1945. C'est à la fin du siècle dernier, dans le contexte du principe de non-intervention, que les pays latino-américains avaient tenté pour la première fois de faire interdire le recours à la force non armée, mais cette interdiction ne réussit pas à s'imposer de la même manière que celle du recours à la force armée. Pour une bibliographie sur le principe de non-intervention aux Amériques, voir Rousseau, *Droit international public*, t. IV, p. 53 et suiv.

[178] Voir *supra* note 82.

[179] Voir la proposition présentée par la Bolivie en 1952, aux termes de laquelle :

> « [...] toute action unilatérale qui priverait un État des ressources économiques qu'il tire d'un traitement équitable dans les échanges commerciaux internationaux ou qui mettrait en danger les bases de son économie en compromettant ainsi sa sécurité et en l'empêchant d'agir pour sa propre défense et de collaborer à la défense collective de la paix »

aurait dû être considérée comme une forme d'agression. [Projet de résolution présenté à la Sixième Commission de l'Assemblée générale lors de sa sixième session (A/C.6/L.211).]

[180] *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-neuvième session, Supplément n° 19* (A/9619 et Corr.1). Une fois de plus, les États occidentaux s'étaient opposés à l'inclusion d'une disposition expresse sur la contrainte économique.

[181] Déclaration du représentant du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (*Documents officiels de l'Assemblée générale, septième session, Annexes*, point 54 de l'ordre du jour, doc. A/2211, par. 447).

[182] Résolutions 1803 (XVII) et 3016 (XXVII) de l'Assemblée générale.

[183] Résolutions 3281 (XXIX) et 3201 (S-VI) de l'Assemblée générale. Voir également Arangio-Ruiz, « Human rights and non-intervention in the Helsinki Final Act », *Recueil des cours... 1977-IV*, p. 272 et suiv.

[184] Résolution 2160 (XXI) de l'Assemblée générale.

[185] Résolution 40/185 de l'Assemblée générale. Au paragraphe 2, l'Assemblée générale

> « 2. *Réaffirme* que les pays développés doivent s'abstenir de menacer d'appliquer ou d'appliquer aux pays en développement, en tant que moyen de coercition politique et économique préjudiciable à leur développement économique, politique et social, des restrictions commerciales, des blocus, des embargos et d'autres sanctions économiques incompatibles avec les dispositions de la Charte des Nations Unies et contraires aux engagements contractés sur une base multilatérale ou bilatérale. »

[186] Signée à Bogotá le 30 avril 1948 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 119, p. 3); modifiée par le « Protocole de Buenos Aires » du 27 février 1967 (ibid., vol. 721, p. 324). L'article 15 interdit

> « [...] d'intervenir directement ou indirectement, pour quelque motif que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État »

et exclut par conséquent

> « l'emploi, non seulement de la force armée, mais aussi de toute autre forme d'ingérence ou de tendance attentatoire à la personnalité de l'État et aux éléments politiques, économiques et culturels qui la constituent ».

l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe[187]. Là encore, l'interdiction est formulée dans les mêmes termes que dans les résolutions déjà citées de l'Assemblée générale, et sous le titre spécifique de « non-intervention »[188].

74. Tous les instruments mentionnés condamnent le recours à la contrainte économique et politique dès lors qu'elle porte atteinte au principe de non-intervention[189]. Les mesures coercitives sont ainsi soumises à un régime différent selon qu'elles font appel à la force armée ou non. L'interdiction de la contrainte armée étant générale, les contre-mesures armées sont illicites dans tous les cas. L'interdiction de la contrainte économique et politique ne concerne que les mesures non armées visant des fins expressément condamnables comme contraindre l'État cible « à subordonner l'exercice de ses droits souverains » ou s'efforcer d'obtenir de lui « des avantages de quelque ordre que ce soit »[190]. De toute évidence, la condamnation de la contrainte non armée ne vise que les mesures de caractère économique et politique propres à entraîner, pour l'État contre lequel elles sont prises, des bouleversements très graves, sinon catastrophiques.

75. Cette conclusion est corroborée par d'autres éléments de la pratique des États. Alors que le recours à des mesures économiques est très courant, les États qui en ont fréquemment été la cible ne se sont pas plaints tant de la nature de ces mesures en soi que du fait qu'elles équivalaient à un « étranglement économique » ou avaient, à d'autres égards, des effets catastrophiques. Quelques exemples seront donnés, sans aller au fond des affaires évoquées en ce qui concerne la licéité des mesures adoptées.

76. Même si elles concernaient des actions qui ne pouvaient prétendre à la qualification de contre-mesures proprement dites[191] — les positions adoptées par la Bolivie, à propos du déversement d'étain en mer par l'Union soviétique en 1958[192], et par Cuba, à propos de la réduction draconienne de leurs importations de sucre, décidée par les États-Unis d'Amérique en 1960[193], sont significatives. Les plaintes de certains États latino-américains, dont l'Argentine[194], qui avaient soutenu (devant le Conseil de sécurité) que les sanctions commerciales prises par les pays occidentaux après le début de la crise des îles Falkland (Malvinas) étaient illicites, sont également intéressantes. Lesdits États latino-américains avaient qualifié les mesures en question d'actes d'« agression économique dont la mise en œuvre constitue une violation ouverte de tout l'ordre juridique international »[195]. L'Union soviétique accusa les États-Unis de « se servir du commerce comme d'une arme contre elle », à propos des mesures adoptées à la suite de la crise polonaise en 1981-1982[196]. Dans cette affaire, les États-Unis affirmèrent qu'ils ne cherchaient pas la capitulation économique de l'Union soviétique[197]. Au cours des débats du Comité spécial pour le renforcement de l'efficacité du principe du non-recours à la force dans les relations internationales, les États-Unis, traditionnellement hostiles à une interprétation large du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, déclarèrent que les pressions exercées par l'Union soviétique sur la Pologne, où elles avaient entraîné la proclamation de l'état de siège, constituaient précisément un cas de recours illicite à l'usage de la force[198]. C'est aussi à la notion de contrainte économique utilisée pour influer sur le comportement d'un autre pays que certains États ont fait appel pour décrire les mesures adoptées par l'Afrique du Sud à l'égard de pays voisins qui avaient — au mépris selon elle du droit international — donné asile à des membres de l'ANC[199]. Il faut enfin rappeler les commentaires officiels de certains

---

[187] Voir *supra* note 82.

[188] Ibid. Le principe VI stipule, dans son troisième paragraphe, que les États participants

> « s'abstiennent [...] en toutes circonstances, de tout autre acte de contrainte militaire ou politique, économique ou autre, visant à subordonner à leur propre intérêt l'exercice par un autre État participant des droits inhérents à sa souveraineté et à obtenir ainsi un avantage quelconque ».

Voir Arangio-Ruiz, « Human rights and non-intervention... », *loc. cit.*, p. 274 et suiv.

[189] De même, la CIJ a reconnu l'illicéité de mesures économiques dans le seul contexte du principe de non-intervention en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique)* [voir *supra* note 147], p. 108 et suiv., notamment par. 209.

[190] Il est vrai que cette perspective n'implique pas de conséquences qui ne soient aucunement différentes de celles des mesures économiques et politiques considérées comme illicites, pour autant qu'elles comportent un recours à la force armée : la conclusion en a été que l'effort pour établir une distinction pratique et valable entre les deux hypothèses a échoué. Dans ce sens, en ce qui concerne la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, voir Arangio-Ruiz, « The normative role of the General Assembly... », *loc. cit.*, p. 528 à 530.

[191] On ne sait pas très bien si l'État qui prenait une telle mesure réagissait ainsi contre un fait illicite antérieur. Mais, même dans les cas où celui-ci faisait défaut, les déclarations auxquelles il est fait référence apparaissent pertinentes parce qu'elles mettent en relief les conditions dans lesquelles le recours à la force économique est considéré comme illicite. Il faut avoir à l'esprit qu'en matière économique la frontière entre mesures de rétorsion et représailles n'est pas toujours facile à établir, du fait que les droits et les obligations sont généralement conventionnels et leur interprétation souvent discutée.

[192] Cité dans McDougal et Feliciano, *Law and Minimum World Public Order—The Legal Regulation of International Coercion*, p. 194, note 165.

[193] AJIL, vol. 55, n° 3, juillet 1961, p. 822 et suiv. Cuba a qualifié cette mesure d'« agression constante, à des fins politiques, contre les intérêts fondamentaux de l'économie cubaine ».

[194] La position officielle de l'Argentine fut exposée au Gouvernement italien dans un document présenté par l'ambassade d'Argentine à Rome le 14 avril 1982, intitulé « Reazioni del Governo argentino sulle misure restrittive adottate dalla CEE sull'importazione di suoi prodotti », cité dans De Guttry, « Le contromisure adottate nei confronti dell'Argentina da parte delle Comunità Europee e dei terzi Stati ed il problema della loro liceità internazionale », *La questione delle Falkland-Malvinas nel diritto internazionale*, p. 357, note 38. Selon l'Argentine, les mesures adoptées par la Communauté européenne équivalaient à une agression économique violant ouvertement les principes du droit international et des Nations Unies.

[195] Déclaration du Venezuela (*Documents officiels du Conseil de sécurité, trente-septième année*, 2362e séance, par. 48 à 108). Voir aussi les déclarations de l'Équateur (ibid., 2360e séance, par. 194 et suiv.), d'El Salvador (ibid., 2363e séance, par. 104 à 119) et du Nicaragua (ibid., par. 26 à 48).

[196] Déclaration du Ministre du commerce extérieur de l'Union soviétique, rapportée dans *Financial Times* du 17 novembre 1982, p. 1.

[197] Déposition de Thomas N. T. Niles, sous-secrétaire adjoint, devant la Sous-Commission pour l'Europe et le Moyen-Orient de la Commission des affaires étrangères, *United States House of Representatives, 97th Congress, Second session, 10 August 1982*, Washington (D.C.), U. S. Government Printing Office, 1982, p. 8.

[198] Ces pressions ne sont pas allées jusqu'à l'action militaire ouverte [*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 41* (A/37/41), par. 50].

[199] Voir les déclarations de la Yougoslavie, de Madagascar et de la Thaïlande (*Documents officiels du Conseil de sécurité, quarante et unième année*, 2660e séance).

États sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité élaboré par la CDI. Plusieurs États, encore qu'ils ne fassent pas toujours nettement la distinction entre les crimes d'États et les crimes d'individus, ont déclaré que la Commission ne devait pas perdre de vue que des mesures d'ordre économique pouvaient dans certains cas équivaloir à une agression[200].

77. En conclusion, il est évident qu'il y a toutes sortes de formes de réaction économique ou politique, auxquelles il est souvent fait appel et qui sont considérées comme parfaitement admissibles en tant que contre-mesures pour riposter à des faits internationalement illicites[201]. Leur admissibilité n'est cependant pas à l'abri de toute restriction. Sans permettre d'aller jusqu'à conclure que certaines formes de contrainte économique et/ou politique équivalent à des formes d'agression armée, la pratique des États examinée ici révèle néanmoins une tendance dans le sens de l'interdiction des mesures économiques et politiques qui compromettent l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de l'État contre lequel elles sont prises[202].

C. — Contre-mesures et respect des droits de l'homme

78. Bien qu'elles aient été à l'origine circonscrites aux représailles à caractère de belligérance, les limitations imposées pour des considérations d'ordre humanitaire au droit de réaction unilatérale à des faits internationalement illicites ont pris, de nos jours, grâce au développement sans précédent du droit relatif aux droits de l'homme, une valeur restrictive qui ne le cède qu'à celle de la condamnation du recours à la force[203]. Il est néanmoins bien plus difficile de déterminer l'étendue précise des restrictions de caractère humanitaire.

79. Il n'est sans doute pas inutile de compléter la pratique examinée dans le troisième rapport par un aperçu de quelques affaires récentes qui corroborent la position unanime des auteurs. Au cours de la crise des îles Falkland (Malvinas), le Royaume-Uni avait bloqué les avoirs argentins qui se trouvaient sur son territoire, à l'exception expresse des fonds normalement nécessaires aux résidents de la République argentine au Royaume-Uni pour faire face à leurs frais de subsistance, de santé, d'éducation et autres frais analogues *(living, medical, educational and similar expenses)* et aux résidents de la République argentine quittant le Royaume-Uni pour faire face à leurs frais de voyage[204]. En décrétant, en 1986, un arrêt total des relations commerciales avec la Jamahiriya arabe libyenne à titre de contre-mesure, les États-Unis d'Amérique ont interdit l'exportation vers ce pays de tous biens, technologies (y compris les données techniques et autres informations) ou services en provenance des États-Unis, à l'exception des publications et des dons d'articles destinés à soulager des souffrances humaines, tels que denrées alimentaires, vêtements, médicaments et fournitures médicales strictement réservées à des fins médicales[205]. Après l'assassinat d'un chercheur italien en Somalie, la Commission des affaires étrangères du Parlement italien a approuvé, le 1er août 1990, la suspension en Somalie de toutes les activités « non directement axées sur l'assistance humanitaire »[206]. Il est bien connu d'autre part que, dans des cas comme ceux qui viennent d'être décrits, les représailles proprement dites sont souvent combinées, par l'État qui en use, avec de simples mesures de rétorsion, la différence entre les unes et les autres n'étant pas toujours manifeste. Cela dit, une distinction rigoureuse n'apparaît pas indispensable. Le fait que les États tiennent compte des restrictions imposées par les considérations humanitaires, même lorsqu'ils appliquent des mesures de simple rétorsion (du fait qu'ils estiment que l'intérêt lésé n'est pas juridiquement protégé), confère à ces restrictions

---

[200] Voir les déclarations de la Sierra Leone (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Sixième Commission*, 23e séance, par. 73), et du Suriname (ibid., 34e séance, par. 108).

[201] L'admissibilité des contre-mesures économiques a déjà été affirmée par la Commission. Dans son commentaire de l'article 30 de la première partie du projet, elle déclarait

« [...] que certaines formes de réaction à un fait internationalement illicite (des *représailles de nature économique**, par exemple) ne rencontr[ai]ent normalement pas d'obstacles de principe à leur exécution dans le droit international actuel » (voir *supra* note 174).

[202] Voir, par exemple, la déclaration faite par le représentant de l'Ethiopie à la Sixième Commission sur l'article 30 de la première partie du projet, selon laquelle cet article méritait d'être étudié plus avant sur le chapitre des mesures économiques, « compte tenu de la possibilité pour les États économiquement forts d'utiliser ces dispositions au détriment d'États plus faibles sous prétexte de contre-mesures légitimes » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Sixième Commission*, 43e séance, par. 19).

[203] Le développement des limitations de caractère humanitaire du droit d'exercer des représailles est parfaitement illustré par Lattanzi, *op. cit.*, p. 295 à 302.

[204] Avis de la Banque d'Angleterre diffusé le 13 avril 1982 (*British Year Book of International Law*, vol. 53, 1982, p. 511).

[205] Ordonnance n° 12543 du 7 janvier 1986, sect. 1, reproduite dans AJIL, vol. 80, n° 3, juillet 1986, p. 630. On trouve une disposition très semblable dans l'ordonnance n° 12722, par laquelle les États-Unis ont pris des mesures à l'encontre de l'Iraq après l'invasion du Koweït (sect. 2, al. *b*) [AJIL, vol. 84, n° 4, octobre 1990, p. 903]. Il conviendrait de rappeler l'exemple plus lointain de la « clause Martens », prévue dans le préambule de la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, du 18 octobre 1907, aux termes de laquelle

« [...] les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris par les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».

Cette disposition atteste l'existence d'un noyau de lois de l'humanité qui limite les activités de guerre des parties. Il est intéressant de noter, à titre d'exemple supplémentaire, que, dans un discours prononcé devant l'Assemblée nationale le 13 décembre 1949, le Ministre français des affaires étrangères, Robert Schuman, avait affirmé, à propos d'un différend avec la Pologne, que le Gouvernement français

« [...] ne pouvait pas penser que, dans un pays démocratique, les autorités eussent le droit d'arrêter des ressortissants étrangers sans aucun motif et sans qu'aucun chef d'inculpation soit retenu contre eux, simplement pour faire pression sur un autre gouvernement » (Kiss, *op. cit.*, t. VI, p. 16).

En ce qui concerne la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, sir Hartley Shawcross, qui représentait le Royaume-Uni devant la CIJ en 1951, avait déclaré que « la Convention [...] énonçait des obligations absolues qui n'étaient soumises à aucune considération de réciprocité » (*C.I.J., Mémoires, Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, p. 388). En outre, après le massacre, le 18 avril 1979 à Bangui, de 85 jeunes gens par la garde personnelle de l'empereur Bokassa, la France avait riposté en suspendant l'application d'un accord de coopération financière avec l'Empire centrafricain, sauf en ce qui concernait l'aide financière prévue dans les domaines de l'éducation, de l'alimentation et de la médecine (« Chronique », RGDIP, 1980, p. 364).

[206] Comme rapporté dans *La Repubblica*, 2 août 1990, p. 14.

plus de poids encore que si elles s'appliquaient uniquement aux représailles proprement dites.

80. En ce qui concerne les intérêts d'ordre humanitaire auxquels la restriction est censée s'appliquer, on peut trouver des indications dans les instruments internationaux pertinents. Aussi bien le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 4, par. 1) que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 15, par. 1) envisagent la possibilité de suspendre l'application de la plupart des règles qu'ils énoncent dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation. Cette possibilité de suspension est toutefois exclue, d'après le Pacte, pour le droit à la vie (art. 6), le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7), le droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude (art. 8), le droit de ne pas être emprisonné pour la seule raison qu'on n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle (art. 11), le droit exprimé par le principe *nulla poena sine lege* (art. 15), le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique (art. 16) et le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 18)[207]. On pourra aussi se reporter utilement aux écrits doctrinaux sur le sujet pour discerner ceux qui parmi ces droits sont ordinairement considérés comme les plus « essentiels ». Selon Buergenthal

> [...] la notion de « violations flagrantes des droits de l'homme », avec l'ensemble des droits qu'elle recouvre, est l'expression d'un consensus international sur le noyau des droits primordiaux. En d'autres termes, on est aujourd'hui d'accord sur le fait que le génocide, l'apartheid, la torture, l'assassinat collectif et les privations arbitraires massives de liberté constituent des violations flagrantes[208].

Selon El Kouhene, il y a un « minimum irréductible des droits de la personne humaine » qui comprend au moins le droit à la vie, le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des traitements dégradants et le droit de ne pas être réduit en esclavage ou en servitude[209]. Medina Quiroga estime également que certains droits de l'homme remplissent les conditions nécessaires pour constituer des droits fondamentaux (*core rights* ou *basic rights*)[210]; et Meron n'exclut pas la possibilité de distinguer diverses catégories de droits de l'homme, tout en avertissant que « hormis quelques cas (le droit à la vie ou celui de ne pas être soumis à la torture, par exemple), il est extrêmement difficile de décider quels droits sont plus importants que d'autres[211]. Il semblerait en fait que les droits primordiaux de l'être humain (*core rights* ou « minimum irréductible ») soient ceux que le droit international coutumier aura désormais pour objet de promouvoir et de faire respecter[212].

81. Toutefois les projets d'articles eux-mêmes ne doivent pas énumérer les droits de l'homme qui sont considérés comme les plus « essentiels » et, partant, à l'abri des contre-mesures ou de leurs effets. Toute énumération « cristalliserait » une règle qu'il faut laisser accessible à l'évolution du droit relatif aux droits de l'homme.

82. La question à présent est de savoir s'il y a encore d'autres droits de l'homme justifiant une limitation du recours aux contre-mesures, parmi ceux qui ne sont généralement pas rangés dans le « minimum irréductible », et qu'on pourrait par conséquent qualifier — en un sens — de moins « essentiels »[213]. Selon une partie de la doctrine, ce serait le cas non seulement des traités et règles relatifs aux droits de l'homme ou des règles du droit humanitaire des conflits armés, mais encore de toutes les règles censées protéger d'une manière ou d'une autre des êtres humains. Il s'ensuivrait qu'un État lésé ne pourrait suspendre, à titre de contre-mesure, des formes d'assistance destinées à améliorer le sort de la population de l'État fautif[214]. Suivant cette opinion, il ne devrait jamais être pris de contre-mesure en violation d'aucune obligation concernant, notamment, la coopération pour le développement — mais il n'y a pas beaucoup d'auteurs qui partagent une conception aussi large de la restriction humanitaire, qui ne trouve d'ailleurs pas plus de confirmation suffisante dans la pratique. En outre, son acceptation dans le cadre du projet sur la responsabilité des États est à l'opposé de l'équilibre global qui s'impose entre l'adoption des indispensables limitations des contre-mesures, d'une part, et la nécessité de ne pas priver les

---

[207] Sur les droits conventionnellement intangibles, voir Lattanzi, *op. cit.*, p. 15 et suiv.

[208] « Codification and implementation of international human rights », *Human Dignity: The Internationalization of Human Rights*, p. 17.

[209] *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, p. 109.

[210] *The Battle of Human Rights, Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, p. 13.

[211] « On a hierarchy of international human rights », AJIL, 1986, p. 4.

[212] À titre d'exemple, la nature coutumière de l'interdiction de la torture est affirmée, notamment, par Doehring, rapporteur chargé des nouveaux problèmes de l'extradition à la session de Cambridge de l'Institut de droit international (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60, t. II, 1983, p. 253), ainsi que par Lillich (« Civil rights », *Human Rights in International Law*, p. 127); Sieghart (*The Lawful Rights of Mankind: An Introduction to the International Legal Code of Human Rights*, p. 60); Meron (*Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, p. 95 et 96); Burgers et Danelius (*The United Nations Convention against Torture*, p. 1); et dans le *Restatement of the Law Third* (voir *supra* note 39), art. 702, p. 161 à 175. En revanche, l'interdiction de la torture relève du *jus cogens* aux yeux de Dinstein (« The right to life, physical integrity and liberty », *The International Bill of Rights*, p. 122); O'Boyle (« Torture and emergency powers under the European Convention on Human Rights: Ireland v. the United Kingdom », AJIL, 1977, p. 687); et Migliazza (« L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme », *Recueil des cours... 1972-III*, p. 190). Sur la qualification de droit primordial *(essential)* de la personne humaine de ne pas être soumis à la torture et sur l'interdiction de la torture par une norme du droit international général, voir Marchese, *La tortura e i trattamenti crudeli, inumani e degradanti nel diritto internazionale*, chap. IV.

[213] Les possibles restrictions que pourraient actuellement assigner à l'emploi de contre-mesures les *normes de traités multilatéraux* concernant des droits de l'homme précis qui ne font pas partie du « minimum irréductible » sont une question totalement différente. La violation, par voie de contre-mesure, desdites normes qui établissent des obligations présentant les caractéristiques des obligations *erga omnes* dans le cadre du traité constituerait une violation du droit non seulement de l'État présumé avoir commis le fait illicite, contre lequel la mesure est adoptée, mais encore des autres États parties au traité. Ce n'est d'ailleurs pas là une caractéristique des seules normes relatives aux droits de l'homme, mais plutôt le propre de toutes les normes établissant des obligations indivisibles; aussi sera-t-elle traitée séparément *infra* aux paragraphes 92 à 95. Ce point ayant été précisé, l'alinéa *c* du paragraphe 1 du projet d'article 11 de la deuxième partie, tel que l'a proposé le Rapporteur spécial précédent (voir *supra* note 46), n'est pas entièrement satisfaisant, dans la mesure où il n'envisage la limitation d'ordre humanitaire du droit d'adopter des contre-mesures que dans le contexte des normes établies par des traités multilatéraux.

[214] Voir, par exemple, Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, p. 271.

États de la possibilité de réagir aux violations d'obligations internationales, d'autre part.

83. Pour étendre la portée de la restriction visant les contre-mesures prises en violation de droits de l'homme, il a notamment été proposé d'exclure la licéité des mesures portant atteinte aux droits de propriété des étrangers[215]. Toutefois, les droits de propriété ne sont pas parmi les droits de l'homme qui devraient être considérés comme inviolables par voie de contre-mesures — à savoir les droits de l'homme « essentiels ». La pratique récente des États présente non seulement des cas d'expropriation de biens étrangers à titre de contre-mesure, mais aussi, et assez souvent, des cas de « gel » des avoirs d'étrangers en réaction à un fait prétendument illicite antérieurement commis par l'État dont ils ont la nationalité[216]. Aussi, on ne considère pas que la disposition concernant les restrictions d'ordre humanitaire imposées à l'adoption de contre-mesures doive faire expressément mention des droits de propriété ou être interprétée comme y faisant référence. Cela ne veut évidemment pas dire qu'il ne puisse pas y avoir de restrictions apportées aux contre-mesures dans le domaine des droits de propriété (surtout si elles ont un caractère définitif) par le jeu de règles différentes (comme la règle générale de la proportionnalité).

D. — La question de l'inviolabilité des diplomates et autres personnes bénéficiant d'une protection spéciale

84. Les principales positions doctrinales sur ce problème et celle du précédent Rapporteur spécial, telle qu'elle ressort de l'alinéa *a* de son projet d'article 12[217], sont résumées dans le troisième rapport[218]. Au cours de la trente-septième session de la Commission, les membres avaient exprimé des vues très diverses sur ce point. Certains membres étaient pour le texte de l'alinéa *a* du projet d'article 12 tel que proposé[219], d'autres suggéraient d'en élargir le champ[220]. Il y avait encore un troisième groupe de membres jugeant la limitation totalement injustifiée[221], et un quatrième, pour qui elle ne devait s'appliquer qu'à un petit nombre d'immunités diplomatiques[222].

85. La pratique récente, dont on espérait tirer des indications plus significatives, sinon décisives, ne révèle en fait que de rares cas d'absence d'exécution, à titre de contre-mesures, d'obligations ayant trait au traitement des envoyés diplomatiques[223]. En 1966, par exemple, le Ghana avait arrêté les membres de la délégation guinéenne à la Conférence de l'OUA, y compris le Ministre des affaires étrangères. L'arrestation, qui avait eu lieu à bord d'un appareil d'une compagnie aérienne américaine en transit à Accra, fut justifiée par le Gouvernement ghanéen comme moyen de s'assurer réparation pour un certain nombre de faits illicites commis par la Guinée, dont un raid dans les locaux de l'ambassade du Ghana à Conakry et l'arrestation de l'ambassadeur ainsi que de son épouse[224]. Un autre exemple est l'arrestation par les autorités ivoiriennes, en 1967, du Ministre guinéen des affaires étrangères et du représentant permanent de la Guinée auprès de l'Organisation des Nations Unies, au cours d'une interruption forcée de leur vol vers la Guinée. Le Ministre ivoirien des affaires étrangères avait déclaré :

> Cette arrestation fait suite à la détention arbitraire en République de Guinée de plusieurs ressortissants ivoiriens [...] La Côte d'Ivoire [...] regrette vivement de se trouver dans l'obligation [...] de retenir sur le sol ivoirien le groupe de Guinéens jusqu'à la libération des ressortissants ivoiriens[225].

86. Le Rapporteur spécial pense que le fondement de cette limitation réside dans la raison d'être même des règles régissant les relations diplomatiques. Le *ratio* de l'immunité qui met les envoyés diplomatiques à l'abri des contre-mesures peut, en d'autres termes, être assimilé à la « grande importance qui s'attache à l'absence d'entraves dans la communication internationale ». Riphagen, pour sa part, se référait à la notion de « régime se suffisant à lui-même », impliquant que les seules formes licites de contre-mesure seraient celles qu'envisagerait le régime lui-même[226]. Il semblait ainsi rejoindre la position exprimée par la CIJ dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, à savoir que

> [...] les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus[227].

On a reproché, à juste titre, à ce *dictum* de manquer de précision[228].

---

[215] *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1], par. 111 et 112.

[216] Il est fait référence à ladite pratique, *passim*, tout au long du présent rapport. Voir, par exemple, *supra* note 7.

[217] Voir *supra* note 46.

[218] *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1], par. 114 et suiv.

[219] Calero Rodrigues (*Annuaire... 1985*, vol. I, 1892e séance, par. 39), Barboza (ibid., 1897e séance, par. 30), Razafindralambo (ibid., 1898e séance, par. 21) et Lacleta Muñoz (ibid., 1899e séance, par. 28).

[220] Flitan (ibid., 1893e séance, par. 10), Balanda (ibid., 1894e séance, par. 44) et Yankov (ibid., 1899e séance, par. 41).

[221] Sucharitkul (ibid., 1891e séance, par. 41), Sinclair (ibid., 1895e séance, par. 7) et Njenga (ibid., 1896e séance, par. 28).

[222] Tomuschat (ibid., 1896e séance, par. 41), Al Qaysi (ibid., 1899e séance, par. 18), Arangio-Ruiz (ibid., 1900e séance, par. 21) et Jagota (ibid., 1901e séance, par. 13).

[223] Pour la pratique moins récente, il convient de rappeler que la nécessité de préserver à tout prix les relations diplomatiques avait été soulignée à maintes reprises au cours des débats sur l'amendement à l'Article 16 du Pacte de la Société des Nations relatif à l'application de mesures économiques à titre de sanctions en cas d'agression (Société des Nations, *Rapports et résolutions concernant l'Article 16 du Pacte. Mémorandum et Recueil des rapports, résolutions et références préparés en exécution de la résolution du Conseil du 8 décembre 1926*, Genève, 13 juin 1927 [publications de la Société des Nations, *V. Questions juridiques, 1927.V.14* (doc. A.14.1927.V)], p. 11).

[224] *Keesing's... 1965-1966*, vol. XV, p. 21738 à 21740.

[225] *Documents officiels du Conseil de sécurité, vingt-deuxième année, Supplément pour juillet, août et septembre 1967*, doc. S/8120 et Add.1 et 2, annexe IV, p. 176 et 177.

[226] L'opinion du précédent Rapporteur spécial est rappelée au paragraphe 115 et à la note 237 du troisième rapport (*Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1]).

[227] *C.I.J. Recueil 1980* (voir *supra* note 37), p. 40, par. 86.

[228] Röling (*Netherlands Yearbook of International Law*, 1980, p. 147), cité dans le troisième rapport [*Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1], par. 115, note 235]. Il semble que Dominicé soit du même avis (ibid.).

87. Il ne peut y avoir d'autre raison à toute restriction apportée à la faculté de prendre des contre-mesures visant les envoyés diplomatiques que de préserver les circuits normaux de la communication entre États *(ne impediatur legatio)*. Assurément, la possibilité de communiquer sans entrave et sans interruption est l'une des exigences les plus importantes des relations internationales, en temps de crise comme en temps normal. C'est précisément à partir de l'identification de cet élément que la Commission devrait essayer de déterminer l'impact de la restriction en question. Il paraît en effet évident que les obligations qui ne doivent pas être enfreintes à titre de contre-mesures ne sauraient être indistinctement *toutes* les obligations internationales découlant des règles du droit diplomatique, mais celles-là seulement dont le respect est indispensable pour préserver le fonctionnement normal des circuits de la diplomatie.

88. On peut bien entendu se demander si toute limitation de la faculté de prendre des contre-mesures dans le domaine des relations diplomatiques n'aurait pas été absorbée par des restrictions de nature différente, comme celles qui intéressent la protection des droits de l'homme, d'une part, et — lorsqu'elles n'empiètent pas sur elles — celles qui découlent des règles impératives, d'autre part. Quelques-unes des règles essentielles touchant les personnes qui bénéficient d'une protection spéciale chevauchent les règles qui protègent les droits de l'homme en général, et en particulier celles qui ont un caractère irrésistible. Il paraît néanmoins raisonnable de penser que les règles relatives à l'inviolabilité des envoyés diplomatiques (et autres personnes protégées) ont une raison d'être particulière qui leur est propre. Elles existent effectivement depuis beaucoup plus longtemps que les règles applicables à la protection des droits de l'homme et que celles du *jus cogens*. Il y a donc lieu, semble-t-il, de conserver la limitation spécifique correspondante de la faculté d'adopter des contre-mesures, ne serait-ce que comme limite résiduelle.

E. — La pertinence des règles du *jus cogens* et des obligations *erga omnes*

89. Le présent rapport a ainsi dégagé les restrictions à la licéité des contre-mesures qui découlent : *a*) de l'interdiction de l'emploi de la force armée comme de toute contrainte économique ou politique mettant en péril l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de l'État contre laquelle elle s'exerce; *b*) de l'inviolabilité des droits fondamentaux de l'être humain; et *c*) des normes destinées à garantir le « jeu normal des mécanismes de la diplomatie bilatérale ou multilatérale ». Il paraît superflu, à ce stade, de se lancer dans de grands développements sur l'existence de cette autre restriction générale qui procède de la nécessité juridique de se conformer à toute règle impérative du droit international général[229].

90. Il est en revanche indispensable de rappeler que la Commission a implicitement reconnu l'existence de la restriction en question. Elle l'a fait dans la première partie du projet d'articles : premièrement, en faisant figurer parmi celles qui excluent l'illicéité la circonstance que « ce fait [la contre-mesure] constitue une *mesure légitime d'après le droit international** [...] à la suite d'un fait internationalement illicite » (art. 30)[230]; deuxièmement, en insistant sur l'inviolabilité des normes impératives, même en cas de *consentement* de l'État en faveur duquel existe l'obligation à laquelle il est manqué (art. 29, par. 2)[231]; et, troisièmement, en déclarant que ces normes empêchent d'invoquer l'*état de nécessité* (art. 33, par. 2)[232]. L'attention particulière que la Commission a ainsi portée auxdites normes confirme la conclusion qui se dégage clairement de l'adoption, à une large majorité, des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[233], à savoir que « l'existence même d'une telle catégorie de normes implique que la société internationale a un intérêt général à ce qu'elles soient autant que possible respectées »[234]. Il paraît par conséquent indiqué de faire figurer dans le projet une disposition analogue à celle qu'avait proposée le précédent Rapporteur spécial avec l'alinéa *b* du projet d'article 12[235], interdisant le recours à toute contre-mesure qui serait incompatible avec une « règle impérative du droit international général ». On ne peut qu'être d'accord avec ceux qui pensent qu'il serait « illogique d'admettre en même temps que le manquement à une obligation imposée par une règle impérative ne se justifie que parce qu'un autre État avait précédemment violé une obligation internationale »[236].

91. Considérant l'objet de certaines des restrictions exposées dans les précédentes sections du présent chapitre (comme l'interdiction du recours à la force armée ou l'obligation de respecter les droits fondamentaux de l'être humain), on peut penser qu'une disposition concernant la restriction qui découle du *jus cogens* recouvrirait finalement les hypothèses visées par ces restrictions. Cela dit, les limites évoquées dans les précédentes sections ne peuvent pas toutes être considérées comme découlant de règles du *jus cogens*; pas plus qu'inversement la limite du *jus cogens* ne se trouve épuisée par les restrictions envisagées jusqu'ici. D'une part, la restriction du *jus cogens* englobe déjà des matières que ne recouvrent pas lesdites restrictions spécifiques (par exemple, l'interdiction des contre-mesures découlant de la règle

[229] Ibid., par. 118 à 120.

[230] Voir *supra* note 8.

[231] Ibid.

[232] Ibid.

[233] L'article 53 (adopté par 87 voix contre 8, avec 12 abstentions) se lit comme suit :

« Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. »

L'article 64 (adopté par 84 voix contre 8, avec 16 abstentions) se lit comme suit :

« Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin. »

[234] Gaja, « *Jus Cogens* beyond the Vienna Convention », *Recueil des cours... 1981-III*, p. 297.

[235] Riphagen, sixième rapport [*Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 11], projet d'article 12 et le commentaire y relatif], p. 13.

[236] Gaja, *loc. cit.*, p. 297. Sur ce point, voir aussi troisième rapport (*Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [*supra* note 1]), par. 119.

impérative du droit des peuples à l'autodétermination). D'autre part, vu sa relativité au regard de l'histoire, la portée de la restriction du *jus cogens* pourrait être étendue, réduite ou altérée au fil du temps. Pour parvenir à un tableau complet des restrictions à la licéité du recours à des contre-mesures, il faut donc adopter des dispositions particulières pour chacune des règles de fond limitatives examinées dans les sections précédentes, ainsi qu'une autre pour la limite générale découlant du *jus cogens*.

92. Pour un certain nombre de raisons, le projet d'articles devrait comprendre, outre cette limitation découlant du *jus cogens*, une restriction procédant de la structure *erga omnes* de certaines obligations juridiques internationales[237]. On sait — et cela sera expliqué plus loin[238] — que la notion d'obligation *erga omnes* ne se caractérise pas par l'importance de l'intérêt protégé par la norme — trait qui est au contraire typique du *jus cogens* —, mais par « l'indivisibilité juridique » du contenu de cette obligation, c'est-à-dire par le fait que la règle en question prévoit des obligations qui lient simultanément chacun des États destinataires vis-à-vis de tous les autres. Cette structure juridique est typique non seulement des normes impératives, mais encore des autres normes du droit international général et d'un certain nombre de règles des traités multilatéraux (les obligations *erga omnes partes*)[239].

93. La conséquence de la structure juridique des règles *erga omnes* en ce qui concerne le régime des réactions unilatérales à des faits internationalement illicites est que toute mesure adoptée par un État à l'égard d'un État offenseur atteint non seulement ce dernier dans ses droits mais encore tous les autres États à qui la règle *erga omnes* qui a été enfreinte s'applique. Cette conséquence inéquitable avait été expressément envisagée, par exemple, au cours des débats sur ce qui devait devenir l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le paragraphe 5 de cet article dispose que l'autorisation de mettre fin à un traité ou d'en suspendre l'application ne s'applique pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire. Au cours des travaux préparatoires, quelques États avaient déclaré que cette hypothèse était déjà couverte par les articles 43 (Obligations imposées par le droit international indépendamment d'un traité) et 53 [Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (*« jus cogens »*)], mais la majorité avait considéré que l'exception aux règles normales visant la fin d'un traité ou la suspension de son application (art. 57) pour des motifs humanitaires était liée à la structure des règles *erga omnes* en question[240].

94. Riphagen avait envisagé le problème des restrictions à apporter aux contre-mesures comportant violation d'obligations *erga omnes* et l'a traité aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 et au paragraphe 2 du projet d'article 11 de la deuxième partie; aux termes de ces dispositions :

> 1. L'État lésé ne peut pas suspendre l'exécution de ses obligations envers l'État qui a commis le fait internationalement illicite pour autant que ses obligations sont énoncées dans un traité multilatéral auquel les deux États sont parties et qu'il est établi :
>
> *a*) que l'inexécution desdites obligations par un État partie affecte nécessairement l'exercice des droits ou l'exécution des obligations de tous les autres États parties au traité; ou
>
> *b*) que ces obligations sont énoncées pour la protection des intérêts collectifs des États parties au traité multilatéral;
>
> [...]
>
> 2. L'État lésé n'est pas habilité à suspendre l'exécution de ses obligations envers l'État qui a commis le fait internationalement illicite si le traité multilatéral imposant les obligations prévoit une procédure de décision collective aux fins d'assurer l'application des obligations qu'il contient tant qu'une telle décision collective, y compris la suspension de l'exécution des obligations envers l'État qui a commis le fait internationalement illicite, n'a été prise; dans ce cas, les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 ne s'appliquent pas dans la mesure où cette décision en dispose ainsi[241].

95. Tout en convenant avec le précédent Rapporteur spécial de la nécessité de prévoir une disposition interdisant les contre-mesures constituant des manquements à des obligations *erga omnes*, ne serait-ce qu'à titre de développement progressif du droit et pour la protection des États « innocents »[242], le Rapporteur spécial est d'avis que les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 et le paragraphe 2 du projet d'article 11 n'apportent pas de solution satisfaisante au problème. Abstraction faite de la distinction peu claire entre les trois hypothèses visées par les paragraphes cités — hypothèses qui se recoupent à bien des égards —, les dispositions en question ne prennent en considération que les obligations *erga omnes* prévues dans les traités multilatéraux. Elles ignorent les obligations *erga omnes* — existant actuellement et appelées à être développées encore dans l'avenir — qui n'atteignent pas au rang de normes impératives mais découlent de normes du droit général, coutumier ou non écrit[243]. Le Rapporteur spécial pense, par conséquent, que la disposition relative à l'inadmissibilité des mesures qui seraient prises en violation d'obligations *erga omnes* — ou, en tout état de cause, des droits des États autres que l'État offenseur — devrait être rédigée de manière à couvrir la totalité des obligations *erga omnes*, tant coutumières que conventionnelles.

---

[237] Ibid., par. 121.

[238] Voir *infra* chap. VIII.

[239] Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [*supra* note 1], par. 121, et *infra* chap. VIII.

[240] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7), p. 382 et suiv.; et ibid., *deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.6), p. 118 et suiv. Cette disposition a pour origine une proposition de la Suisse inspirée par le souci de la Croix-Rouge internationale de voir exclure les violations des Conventions concernant le droit humanitaire des conflits armés. D'où la référence dans cet article aux traités de caractère humanitaire. Cela dit, les raisons avancées pour justifier l'incorporation d'une telle disposition dans l'article 60 indiquent bien que ce n'était pas tant la matière à laquelle elles s'appliquaient (le droit humanitaire) que la structure des règles en question qui comptait.

[241] *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 11], article 11 et commentaire y relatif, p. 12 et 13.

[242] Il n'est pas inutile de rappeler que, dès 1934, l'Institut de droit international avait suggéré, au paragraphe 3 de l'article 6 de sa célèbre résolution, intitulée « Régime des représailles en temps de paix » (voir *supra* note 5), de :

> « Limiter les effets des représailles à l'État contre qui elles sont dirigées, *en respectant, dans toute la mesure du possible**, tant les droits des particuliers, que ceux *des États tiers** ».

[243] Voir *infra* chap. VIII.

CHAPITRE VI

Projets d'articles proposés

96. Le Rapporteur spécial propose les projets d'articles ci-après :

Article 13. — Proportionnalité

Une mesure prise par un État lésé conformément aux articles 11 et 12 ne doit pas être hors de proportion avec la gravité du fait internationalement illicite et de ses effets.

Article 14. — Contre-mesures interdites[244]

1. Un État lésé ne doit pas recourir, à titre de contre-mesure :

***a*) à la menace ou à l'emploi de la force [en violation des dispositions du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies];**

***b*) à un comportement qui :**

i) n'est pas conforme aux règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme fondamentaux;

ii) nuit gravement au fonctionnement normal de la diplomatie bilatérale ou multilatérale;

iii) est contraire à une norme impérative du droit international général;

iv) constitue une violation d'une obligation à l'égard d'un État autre que l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

2. L'interdiction énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 1 vise non seulement la force armée, mais encore toutes mesures extrêmes de contrainte politique ou économique portant atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'État contre lequel elles sont prises.

[244] Ceci est le projet d'article reformulé et présenté par le Rapporteur spécial. La version qui avait été présentée à l'origine se lisait comme suit :

« *Article 14. — Contre-mesures interdites*

« Un État lésé ne doit pas recourir à titre de contre-mesure :

« *a*) à la menace ou à l'emploi de la force armée en violation de la Charte des Nations Unies;

« *b*) à tout autre comportement susceptible de porter atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'État contre lequel elle est prise;

« *c*) à tout comportement qui :

« i) n'est pas conforme aux règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme fondamentaux;

« ii) nuit gravement au fonctionnement normal de la diplomatie bilatérale ou multilatérale;

« iii) est contraire à une norme impérative du droit international général;

« iv) constitue une violation d'une obligation à l'égard d'un État autre que l'État qui a commis le fait internationalement illicite. »

CHAPITRE VII

Les régimes « se suffisant à eux-mêmes »

97. Comme indiqué dans le troisième rapport, les régimes « se suffisant à eux-mêmes » se caractérisent par le fait que les obligations de fond qu'ils prévoient sont assorties de règles spéciales concernant les conséquences de leur violation[245]. L'analyse de la pratique internationale montre que de telles règles — qui sont essentiellement, sinon exclusivement, des règles conventionnelles — ne sont pas rares dans les traités multilatéraux, notamment dans les instruments constitutifs d'organisations internationales ou d'organes isolés. Quant aux formes de réaction envisagées en cas de violation, elles ne diffèrent pas essentiellement des formes de réaction unilatérale auxquelles les États recourent habituellement en vertu du droit international général. Leur principale caractéristique est qu'elles supposent souvent l'intervention d'un organe international, dont le rôle consiste soit à veiller au respect des règles, soit à prendre une certaine part à l'étude, à l'application directe ou à l'autorisation des mesures[246]. Quelles que soient ces variations, la principale question est de savoir si les règles constitutives des régimes « se suffisant à eux-mêmes » portent atteinte — et, si c'est le cas, de quelle façon —

[245] *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1], par. 84 à 88.

[246] Les diverses possibilités sont illustrées par Lattanzi, « Sanzioni internazionali », *Enciclopedia del diritto*, p. 559 et suiv., et par les auteurs cités dans cette étude.

au droit des États parties de recourir aux contre-mesures qu'autorise le droit international général[247]. Comme il est difficile de traiter de cette question *in abstracto*, il y a lieu d'examiner quelques-uns des régimes « se suffisant à eux-mêmes ».

98. L'exemple le plus important de régime « se suffisant à lui-même » est probablement le système représenté par l'ordre juridique de la Communauté européenne[248]. En ce qui concerne ce système, la Cour de justice des Communautés européennes a affirmé à maintes reprises le principe selon lequel les États membres auraient perdu leur liberté de recourir à des mesures unilatérales en vertu du droit international général relatif aux contre-mesures, les arrêts les plus intéressants étant les affaires jointes 90 et 91-63 contre la Belgique et le Luxembourg[249] et l'affaire 232/78 contre la France[250]. Certains auteurs partagent le point de vue de la Cour[251]; d'autres maintiennent, au contraire, que la faculté de recourir aux moyens prévus par le droit international général ne peut pas être exclue lorsque les moyens de recours prévus dans le cadre de la Communauté européenne ont été utilisés sans résultat[252].

99. Il convient de souligner que la seule jurisprudence dont on dispose est celle de la Cour de justice des Communautés européennes elle-même — c'est-à-dire d'un organe judiciaire qui fait partie intégrante du système « se suffisant à lui-même ». Il ne s'est présenté jusqu'ici aucun cas dans lequel un organe judiciaire extérieur ait été appelé à se prononcer sur la question. Il est intéressant en outre de noter que, jusqu'à présent, ce sont surtout les spécialistes du droit de la Communauté européenne qui ont épousé sans réserves le point de vue de la Cour de justice. Le point de vue opposé est défendu, au contraire, par des auteurs qui s'intéressent principalement au droit international public. On ne peut pas s'empêcher de se demander si l'hypothèse en question n'est concevable que dans le cadre du « système juridique » de la Communauté ou, plus précisément, dans celui des relations juridiques internationales établies entre les États participants par les traités de la Communauté européenne[253]. Vus de l'extérieur, du point de vue du droit international général, ces traités ne diffèrent pas essentiellement de tous les autres traités. Ils restent soumis à toutes les règles du droit des traités. L'élément de réciprocité n'est pas écarté, et même le choix que les États contractants ont fait en décidant de devenir membres

[247] Comme noté dans le troisième rapport, le problème pourrait aussi se poser en ce qui concerne les conséquences substantielles d'une violation des règles du régime « se suffisant à lui-même » [*Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1], par. 86 à 88].

[248] On trouve des références au système de la Communauté européenne en tant que « régime se suffisant à lui-même » notamment dans Riphagen, troisième rapport [*Annuaire... 1982*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/354 et Add.1 et 2, par. 72 et 73 et note 53] et quatrième rapport (*Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 51], par. 120); Reuter et Combacau, *Institutions et relations internationales*, p. 386; Sørensen, « Eigene Rechtsordnungen — Skizze zu einigen systemanalytischen Betrachtungen über ein Problem der internationalen Organisation », *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichbarkeit, Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher*, p. 431; et Simma, « Self-contained regimes », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 125 et suiv.

[249] Dans cet arrêt, la Cour a rejeté l'argument de la Belgique et du Luxembourg selon lequel le fait que la Commission n'avait pas réglementé certains secteurs du commerce des produits laitiers constituait une violation des obligations établies par le Traité — violations qui justifiaient, en retour, la violation par ces deux pays des obligations énoncées par le même traité. Selon la Cour, le Traité

> « établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets [les sujets auxquels le traité s'applique], ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle ».

En conséquence, « en dehors des cas expressément prévus, l'économie du traité comporte interdiction pour les États membres de se faire justice eux-mêmes » [*Commission de la Communauté économique européenne* c. *Grand-Duché de Luxembourg et Royaume de Belgique*, arrêt du 13 novembre 1964 (Cour de justice des Communautés européennes, *Recueil de la jurisprudence de la Cour, 1964*, Luxembourg, p. 1217 et suiv.)].

[250] Dans cet arrêt, qui porte sur l'institution par la France, en violation du traité, d'un régime national pour la production de viande d'agneau, la Cour résume son opinion comme suit :

> « La République française ne saurait justifier l'existence d'un tel régime par la considération que, pour sa part, le Royaume-Uni aurait maintenu une organisation nationale de marché pour le même secteur. Si la République française estimait que ce régime comporte des éléments incompatibles avec le droit communautaire, elle aurait la possibilité d'agir, soit au sein du Conseil, soit par l'intermédiaire de la Commission, soit enfin dans le cadre des recours juridictionnels en vue d'obtenir l'élimination de ces incompatibilités. En aucun cas, un État membre ne saurait s'autoriser à prendre unilatéralement des mesures correctives ou des mesures de défense, destinées à obvier à une méconnaissance éventuelle, par un autre État membre, des règles du traité. » [*Commission des Communautés européennes* c. *République française*, « Viande ovine », arrêt du 25 septembre 1979 (Cour de justice des Communautés européennes, *Recueil de la jurisprudence de la Cour, 1979-8*, Luxembourg, p. 2739)].

[251] Comparer, notamment, Schwarze, « Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen », *Europarecht*, 1983, p. 1 à 39; Ipsen, « Über Supranationalität », *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, 1973, p. 211 et suiv.; Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes. — Études des sources du droit communautaire*, p. 165, et « Aspects judiciaires de l'« acquis communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1981, p. 617 à 651, notamment p. 626 à 628.

[252] Comme l'a expliqué Simma,

> « Selon ce qui est probablement l'opinion la plus courante parmi les auteurs, des mesures de représailles ou une *exceptio non adimpleti contractus* (article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) ne deviendraient pas admissibles, même à ce stade [c'est-à-dire après que la Cour de justice des Communautés européennes eût jugé qu'un État membre avait violé une obligation née d'un jugement précédent de la Cour]. D'autres auteurs sont plus prudents et considèrent, non sans une hésitation marquée, que se rabattre sur les contre-mesures prévues dans le droit international général constitue une solution de dernier recours après que tous les moyens juridiques et politiques prévus dans le cadre du système de la Communauté européenne ont été épuisés sans résultat. » (*Loc. cit.*, p. 126.)

Parmi ces auteurs prudents figure Simma lui-même, pour qui

> « [...] le régime général de la responsabilité des États ne redevient applicable que lorsque tous les remèdes prévus dans le « sous-système » ont été épuisés sans aucun résultat positif et qu'on ne peut plus raisonnablement attendre de la partie lésée qu'elle tolère plus longtemps le déséquilibre entre les coûts et les bénéfices causés par la non-exécution de l'obligation. Ainsi, même dans le cas du droit communautaire, un régime « se suffisant à lui-même » n'est pas totalement et définitivement dissocié des règles générales » (ibid., p. 128 et 129).

Conforti adopte une position analogue dans son commentaire sur l'article premier du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio. — Commentario*, vol. I, p. 37 à 39. Pour la théorie selon laquelle le recours à des mesures d'« auto-assistance » serait justifié lorsqu'un État membre ne se conforme pas à ses obligations résultant d'un jugement de la Cour, voir aussi Kapteyn et Verloren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities after the Accession of New Member States*, p. 27.

[253] Traités instituant les Communautés européennes, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1987.

d'une « Communauté » ne peut pas — en vertu du droit international — être considéré comme irréversible (du moins aussi longtemps que ces États resteront des entités souveraines et que l'intégration juridique ne sera pas réalisée).

100. Il s'ensuit, semble-t-il, que le système de la Communauté n'est pas un exemple concret de régime se suffisant vraiment à lui-même — du moins pas aux fins du régime des contre-mesures autorisées en cas de violation par le droit international général. La thèse selon laquelle il serait, en réalité, juridiquement impossible aux États membres de recourir en dernier ressort aux mesures prévues par le droit international général, même en cas d'échec des remèdes institutionnels de la Communauté, ne semble pas vraiment justifiée — *du moins* du point de vue du droit international général. Il paraît juste de penser — avec White — que cette thèse repose davantage sur des « considérations politiques » que sur un « raisonnement juridique »[254].

101. Les deux autres exemples de régimes « se suffisant à eux-mêmes », à savoir les règles relatives à la protection des droits de l'homme et les règles relatives aux relations diplomatiques et au statut des agents diplomatiques, sont encore moins convaincants[255].

102. Un régime des droits de l'homme « se suffisant à lui-même » serait constitué par des règles conventionnelles, ou plus précisément par l'un des systèmes conventionnels en vigueur de portée universelle ou régionale[256]. Les auteurs sont divisés sur cette question mais, à l'exception de ceux des pays socialistes, leur point de vue est généralement négatif[257]. Quelques auteurs examinent deux hypothèses un peu plus plausibles de régime des droits de l'homme se suffisant à lui-même : le « système » du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de 1966, et le « système » de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de 1950[258].

103. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été considéré dans ce contexte par Tomuschat[259], Meron[260], Simma[261] et d'autres. Le Rapporteur spécial partage leur opinion, à savoir que la disposition

---

[254] « Legal consequences of wrongful acts in international economic law », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 137 et suiv., notamment p. 162.

[255] Riphagen a examiné les trois cas en question en tant qu'exemples de « régimes objectifs » [voir *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie) [*supra* note 51], par. 89 à 91].

[256] En réalité, le débat ne porte pas tant sur l'hypothèse d'un régime unique se suffisant à lui-même, qui résulterait d'une combinaison des divers instruments conventionnels relatifs aux droits de l'homme, que sur l'hypothèse de plusieurs régimes se suffisant à eux-mêmes et correspondant chacun à un des « systèmes » relatifs aux droits de l'homme existant actuellement (c'est-à-dire les Pactes internationaux, la Convention européenne, etc.).

[257] Selon Henkin,

> « Les efforts déployés pour créer un droit international des droits de l'homme ont consisté essentiellement à lutter pour mettre au point un mécanisme efficace permettant d'appliquer les normes convenues. Or ces efforts n'ont pas abouti à l'établissement d'un mécanisme d'une efficacité notable. Il serait paradoxal que les maigres succès obtenus dans l'établissement de ce mécanisme servent de base pour interpréter les accords comme excluant les autres moyens traditionnels de mise en œuvre, là où ils sont le plus nécessaires, et pour priver de ces moyens les États désireux de les utiliser. [...]
>
> « Aucun accord relatif aux droits de l'homme, même parmi ceux qui établissent un mécanisme de mise en œuvre très élaboré, n'exclut expressément ou implicitement les remèdes interétatiques ordinaires. En fait, les principaux accords relatifs aux droits de l'homme suggèrent clairement le contraire — à savoir que toute partie à un accord a juridiquement intérêt à ce que cet accord soit respecté par les autres parties et peut invoquer les remèdes juridiques ordinaires pour le faire appliquer. » (« Human rights and « domestic jurisdiction », *Human Rights, International Law and the Helsinki Accord*, p. 31.)

Selon Simma,

> « Il reste à prouver que les États parties à la négociation avaient véritablement l'intention de « dissocier » les traités relatifs aux droits de l'homme des processus de mise en œuvre du droit international général. Tant que la preuve n'en a pas été faite, il faut s'en tenir aux prémisses selon lesquelles les traités multilatéraux relatifs à la protection des droits de l'homme, comme tous les autres traités, créent des droits et des devoirs corrélatifs pour les parties contractantes *uti singuli*; il s'ensuit que chaque État a le devoir de s'acquitter de ses obligations vis-à-vis de tous les autres et, inversement, que chaque partie a le droit d'exiger de toute autre partie qu'elle respecte le traité et, si besoin est, de l'y obliger au moyen de contre-mesures. » (*Loc. cit.*, p. 133.)

Selon Lattanzi, « lorsque les procédures prévues dans un traité ne réussissent pas à assurer le respect des droits de l'homme [...] les États n'ont d'autre solution que de recourir aux mesures coercitives dont ils disposent pour amener [l'État auteur de la violation] à remplir [ses] obligations » (*op. cit.*, p. 261, note 41). Le *Restatement of the Law Third* (voir *supra* note 39) stipule :

> « 1) Tout État partie à un accord international relatif aux droits de l'homme dispose, à l'égard de tout autre État partie qui a violé l'accord, des remèdes généralement disponibles en cas de violation d'un accord international *ainsi que** des remèdes spéciaux éventuellement prévus par l'accord. » [Art. 703 (Remèdes en cas de violation d'obligations relatives aux droits de l'homme), p. 175. Voir aussi Reporter's notes, 2, p. 178 et 179.]

Un point de vue contraire est pris par Maddrey et un certain nombre d'auteurs de pays socialistes. Selon Maddrey,

> « Il y a deux obstacles à l'application du droit des représailles aux fins de la mise en œuvre des droits de l'homme. Premièrement, il n'y a pas de consensus sur les normes essentielles du droit relatif aux droits de l'homme [...] Du fait de cette incertitude quant au contenu essentiel du droit des droits de l'homme et au caractère obligatoire des normes acceptées, il est difficile de déterminer à quel moment une violation peut donner lieu à une représaille.
>
> « Deuxièmement, certains juristes soutiennent que, en vertu du droit coutumier des représailles, seuls les États directement affectés par un acte de l'État offenseur sont autorisés à prendre des mesures de rétorsion. Comme les plaintes relatives aux droits de l'homme concernent la manière dont un État traite ses propres ressortissants, il n'y a pas de préjudice direct causé à un autre État au sens traditionnel du terme. D'autres juristes ont fait valoir que la violation du droit international créait un droit public de représailles, qui permet à toutes les nations de prendre des mesures de rétorsion. Mais, en l'absence d'un consensus sur ce point, il est difficile de déterminer le moment où naît le droit d'intervenir. Ainsi, compte tenu de ces deux difficultés, le droit de représailles ne confère guère de légitimité aux mesures non autorisées prises pour promouvoir les droits de l'homme. » (« Economic sanctions against South Africa: Problems and prospects for enforcement of human rights norms », *Virginia Journal of International Law*, 1982, p. 362 et 363.)

Dans le même ordre d'idées, Frowein est cité par Meron, *op. cit.*, p. 229, note 305, comme le principal représentant du point de vue selon lequel les remèdes envisagés par les instruments relatifs aux droits de l'homme excluent le recours à d'autres moyens.

[258] Selon Meron, en fait, « La question de savoir si un traité relatif aux droits de l'homme exclut les remèdes qui ne sont pas prévus par ce traité dépend [...] non pas d'une théorie juridique abstraite mais d'une interprétation de bonne foi des termes du traité » (ibid., p. 231).

[259] Selon Tomuschat, l'hypothèse selon laquelle l'article 41 établit un dispositif qui exclut toute autre méthode pour l'application du traité doit être expressément rejetée, car il s'ensuivrait que tous les États qui n'ont pas choisi de reconnaître la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications dans lesquelles un État partie prétend qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations au

(Suite de la note page suivante.)

de l'article 44 du Pacte[262] suffit à exclure l'hypothèse selon laquelle le « système » du Pacte de 1966 pourrait être considéré à juste titre comme un régime se suffisant à lui-même.

104. À propos du « système » de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales — le plus avancé des instruments en vigueur relatifs aux droits de l'homme — les positions doctrinales sont plus prudentes. Selon l'avis qui prévaut, dans ce cas aussi les droits et recours normaux, à savoir les droits et recours fondés sur le droit international général, sont essentiellement intacts[263]. C'est ce que semble indiquer l'article 62 de ladite Convention qui envisage expressément, quoiqu'au titre d'un compromis spécial, le droit de recourir à des procédures de règlement des différends autres que celles établies par la Convention[264]. De ce point de vue également, le système européen est ouvert aux recours offerts par le droit international général.

105. À propos des deux « systèmes » de protection des droits de l'homme — et, implicitement, de tous instruments analogues —, le présent Rapporteur spécial a eu l'occasion d'affirmer que les obligations qu'ils énoncent « sont soumises aux règles générales du droit international quant à leur application, qu'ils mettent ou non des procédures spéciales à la disposition des particuliers ou des groupes de particuliers, ou des États eux-mêmes »[265]. À propos des procédures prévues par le Pacte ou par la Convention européenne, Henkin affirme qu'elles ont « clairement pour objet de compléter et non de supplanter les recours de caractère général qui s'offrent aux parties en cas de violation par une autre partie »[266].

106. L'étude de quelques affaires récentes semble confirmer la thèse selon laquelle il n'existe pas véritablement de régime de protection des droits de l'homme se suffisant à lui-même, de portée universelle ou régionale[267], la seule difficulté dans ces affaires étant qu'il est

(Suite de la note 259.)

titre du Pacte, ne pourraient pas être invités à rendre compte de leur conduite, excepté dans le cadre de la disposition concernant la présentation de rapports. La charge de la preuve incombe à ceux qui soutiennent l'existence d'une telle dérogation (déviation) aux règles du droit international général (« Die Bundesrepublik Deutschland und die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen », *Vereinte Nationen*, 1978, p. 8).

[260] Selon cet auteur,

« Vu le caractère assez limité du dispositif de règlement des différends prévu dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il n'est pas surprenant que l'article 44 du Pacte permette libéralement aux États parties qui n'ont pas reconnu la compétence du Comité des droits de l'homme pour examiner les plaintes entre États conformément à l'article 41, de recourir à d'autres moyens pour régler les différends concernant l'interprétation et l'application du Pacte, notamment à la Cour internationale de Justice. » (*Op. cit.*, p. 232.)

[261] *Loc. cit.*

[262] L'article 44 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques se lit comme suit :

« Les dispositions de mise en œuvre du présent Pacte s'appliquent sans préjudice des procédures instituées en matière de droits de l'homme aux termes ou en vertu des instruments constitutifs et des conventions de l'Organisation des Nations Unies et des institutions spécialisées, et n'empêchent pas les États parties de recourir à d'autres procédures pour le règlement d'un différend conformément aux accords internationaux généraux ou spéciaux qui les lient. »

[263] Henkin, *loc. cit.*, p. 32 et 33. Simma estime de façon plus générale que la présence d'instruments de sauvegarde des droits de l'homme n'a pas engendré un « découplage » (des recours) avec le droit international général; il ajoute toutefois que : « Dans le cas d'un traité comme la Convention européenne qui crée un système effectif de recours ouvert aux individus et aux États, la nécessité de recourir à une action fondée sur le droit international général est peu probable. » (*Loc. cit.*, p. 133.) Meron prévient, pour sa part, que :

« [...] la Convention européenne des droits de l'homme, qui établit un système très efficace de règlement des différends, exclut expressément le recours à des modes de règlement extérieurs à la Convention, comme la Cour internationale de Justice ou les organes de l'ONU compétents dans le domaine des droits de l'homme. L'article 62 de la Convention prévoit que les États parties ne peuvent, « sauf compromis spécial », soumettre les différends nés de l'interprétation ou de l'application de la Convention qu'aux modes de règlement prévus par la Convention. » (*Op. cit.*, p. 232 et 233.)

Le même auteur affirme cependant que :

« L'insertion de l'article 62 dans la Convention indique que, dans l'esprit de ses rédacteurs, l'absence de cette disposition autoriserait les États parties à employer des modes de règlement des différends extérieurs à la Convention. » (Ibid., p. 233.)

[264] Cet article est ainsi libellé :

« Les Hautes Parties contractantes renoncent réciproquement, sauf compromis spécial, à se prévaloir des traités, conventions ou déclarations existant entre elles, en vue de soumettre, par voie de requête, un différend né de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention à un mode de règlement autre que ceux prévus par ladite Convention. »

[265] Arangio-Ruiz, « Human rights and non-intervention », *loc. cit.*, p. 247.

[266] Henkin, *loc. cit.*, p. 31. Il n'est pas sans intérêt de noter, s'agissant notamment du régime se suffisant à lui-même que constituerait le système de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que la Cour européenne des droits de l'homme interprète les dispositions de la Convention relatives aux conséquences substantielles de violations (notamment l'article 50) comme la consécration des règles générales du droit international régissant ces conséquences (Lattanzi, *op. cit.*, p. 207 et suiv. et 236 et suiv.). Voir notamment les affaires suivantes : *Engel et autres* (publications de la Cour européenne des droits de l'homme, *Série A : Arrêts et décisions, Arrêt du 23 novembre 1976*, vol. 22, p. 70); *Deweer* (ibid., *Arrêt du 27 février 1980*, vol. 35, p. 31); *König* (ibid., *Arrêt du 10 mars 1980*, vol. 36, p. 20); et *Artico* (ibid., *Arrêt du 13 mai 1980*, vol. 37, p. 22).

[267] À la suite de l'assassinat à Washington (D.C.) de l'ancien ministre chilien des affaires étrangères par des agents chiliens, les États-Unis d'Amérique suspendirent en 1976 leur accord d'assistance militaire avec le Chili (affaire citée dans Lattanzi, *op. cit.*, p. 322 à 324). Une année plus tôt, le Mexique avait suspendu ses relations consulaires avec l'Espagne après la condamnation à mort de 11 nationalistes basques (« Chronique », RGDIP, 1976, p. 590 et suiv. notamment p. 595). C'est apparemment aussi à titre de contre-mesures *stricto sensu* que la France a décidé, le 23 mai 1979, de suspendre toute forme d'aide militaire à l'Empire centrafricain — État partie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques — à la suite de l'exécution, le 18 avril de la même année, de 85 jeunes gens par la garde personnelle de l'empereur Bokassa. Le 17 août 1979, après confirmation des faits par une commission composée de cinq magistrats africains, la France élargit cette mesure à toute assistance financière à l'Empire (à l'exception des programmes d'aide alimentaire, médicale et éducative) [ibid., 1980, p. 363 et 364; et Lattanzi, *op. cit.*, p. 322]. C'est également une contre-mesure au sens strict qu'appliqua le Gouvernement néerlandais lorsqu'il suspendit tous les accords en vigueur avec le Suriname — État partie au Pacte — à la suite du décès inexpliqué, une semaine auparavant, de 15 personnalités de ce pays. Le Ministre néerlandais de la coopération et du développement déclara au Parlement en août 1983 :

« Avant de lever cette mesure [de suspension des accords avec le Suriname], le Gouvernement néerlandais attend du Suriname qu'il prenne des initiatives concrètes visant au rétablissement de la démocratie et de l'ordre public, en respectant les droits fondamentaux de la personne humaine et en créant des structures propres à prévenir la répétition des événements de décembre 1982. » (« Netherlands State practice », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XV, 1984, p. 321, sect. 6.4341.)

Il est également intéressant de noter la déclaration faite par le porte-parole de la République fédérale d'Allemagne, en 1982 :

« *Der internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte ist ein völkerrechtlicher Vertrag, auf den die Regeln über*

souvent malaisé de distinguer entre les contre-mesures *stricto sensu* et les cas de simple rétorsion[268].

107. Quant à l'existence d'un régime de portée régionale se suffisant à lui-même, le paragraphe 267 de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* est tout aussi peu concluant. À propos des accusations de violations des droits de l'homme portées à l'encontre du Nicaragua, la Cour a affirmé, notamment, que

> [...] quand les droits de l'homme sont protégés par des conventions internationales, cette protection se traduit par des dispositions prévues dans le texte des conventions elles-mêmes et qui sont destinées à vérifier ou à assurer le respect de ces droits.
>
> [...]
>
> [La] promesse politique [de respecter les droits de l'homme] avait été faite par le Nicaragua dans le cadre de l'Organisation des États américains, de sorte que les organes de cette Organisation se trouvent compétents pour en vérifier le respect. La Cour a relevé (paragraphe 168) que, depuis 1979, le Gouvernement du Nicaragua a ratifié plusieurs instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, dont la Convention américaine portant sur ce sujet (Pacte de San José, Costa Rica). Ces mécanismes ont fonctionné. Ainsi, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a pris des mesures et élaboré deux rapports [...] après s'être rendue au Nicaragua à l'invitation de son gouvernement. L'Organisation des États américains était donc à même, si elle le souhaitait, de statuer sur la base de ces constatations[269].

Il n'est nullement question d'un régime interaméricain de protection des droits de l'homme « se suffisant à lui-même », en tout cas pas au sens d'un « circuit juridique ferme ». La Cour se borne à reconnaître l'existence de dispositions et de mécanismes de protection des droits de l'homme de portée régionale; et le fait même de souligner que ces dispositions et mécanismes ont fonctionné semble indiquer que, dans le cas contraire, il s'en serait suivi un retour aux recours de caractère général.

108. Selon une interprétation d'un *dictum* de la CIJ, un autre exemple possible de régime se suffisant à lui-même serait le droit des relations diplomatiques, en particulier les règles relatives aux privilèges et immunités des agents et des locaux des missions diplomatiques.

109. Selon le *dictum* de la CIJ prononcé dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, les

> [...] règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus. Ces moyens sont par nature d'une efficacité totale[270].

Il s'ensuit, selon la Cour, qu'un État lésé par une violation des obligations incombant à un autre État dans le domaine des relations diplomatiques ne peut user que « des moyens que le droit diplomatique [met] à sa disposition afin précisément de faire face à [cette violation] »[271].

110. Néanmoins, des doutes sur le caractère autosuffisant du droit diplomatique ont été exprimés par de nombreux auteurs[272]. La thèse la plus convaincante à cet égard est celle selon laquelle les restrictions réelles qui peuvent être apportées aux contre-mesures « diplomatiques » ne tiennent pas à une quelconque « spécificité » du droit diplomatique, mais découlent simplement de l'application normale, dans le domaine du droit diplomatique, des règles et principes généraux constituant le régime des contre-mesures (les différents types de restrictions générales, la restriction absolue du *jus cogens*, les restrictions imposées par le respect des droits de l'homme et, éventuellement, les restrictions spécifiques résultant de règles données du droit des relations diplomatiques). Tel est le point de vue de Simma[273] et, dans une certaine mesure, de Dominicé[274].

111. Dans son commentaire sur le projet d'article 2 de la deuxième partie[275], le précédent Rapporteur spécial a cité comme exemple de dérogation possible au régime général un traité qui crée une union douanière et qui prévoit les conséquences de la violation de ses propres règles en dérogeant aux règles générales relatives aux conséquences d'actes internationalement illicites. Tel serait vraisemblablement le cas — si l'on comprend bien la thèse de Riphagen — de l'Accord général sur les tarifs

---

völkerrechtliche Verträge Anwendung finden. Nach diesen Regeln richten sich die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien in erster Linie nach den in dem Vertrag selbst getroffenen Bestimmungen. Dies gilt auch für den Fall der Nichterfüllung von Verpflichtungen. Ergänzend kommt das allgemeine Völkerrecht zur Anwendung. » (Bundestags-Drucksache 9/1981, p. 2 — cité dans Simma, *loc. cit.*, p. 134.)

[268] Comme le rappelle Lattanzi, Anzilotti a exposé le problème en termes on ne peut plus clairs bien avant la prolifération d'instruments relatifs aux droits de l'homme :

> « [...] rien ne s'oppose, et les exemples ne manquent pas, à ce qu'un État s'oblige envers d'autres États à traiter ses propres sujets d'une manière déterminée, en leur octroyant notamment certains droits. L'État, alors, est internationalement tenu de se comporter envers ses nationaux de la façon promise; le refus de leur accorder les droits annoncés constituerait un défaut d'exécution de l'obligation, qui autoriserait les États envers lesquels l'engagement a été pris à en réclamer l'accomplissement par tous les moyens du droit international » (« La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », RGDIP, 1906, p. 10).

[269] *C.I.J. Recueil 1986* (voir *supra* note 147), p. 134.

[270] *C.I.J. Recueil 1980* (voir *supra* note 37), p. 40, par. 86.

[271] Ibid., par. 87.

[272] Selon Simma :

> « Il ne fait aucun doute que des violations graves du droit diplomatique résultant, par exemple d'actes de terrorisme d'État commis par l'intermédiaire d'agents diplomatiques, peuvent justifier à titre de contre-mesures (représailles) la suspension des obligations envers l'auteur de la violation dans d'autres domaines. En conséquence, même si on admet l'avis de la Cour selon lequel des contre-mesures prises en riposte à des abus de l'immunité diplomatique ne peuvent affecter l'immunité des diplomates intéressés, ce régime juridique ne peut être entendu comme « se suffisant à lui-même » que dans un sens très étroit. » (*Loc. cit.*, p. 120 et 121.)

Tomuschat a affirmé que :

> « [...] il faut se borner à protéger un strict minimum d'immunités des missions et du personnel diplomatiques et consulaires... les autres immunités peuvent être dûment restreintes par voie de réciprocité ou de représailles » (*Annuaire... 1985*, vol. I, 1896e séance, par. 41).

[273] « [...] c'est du reste aux limites *générales* des contre-mesures prises en riposte à des actes internationalement illicites que la Commission devrait aussi soumettre, de l'avis de l'auteur, les règles secondaires du droit diplomatique, à savoir la proportionnalité, le *jus cogens* et le droit supérieur de la Charte des Nations Unies » (*loc. cit.*, p. 122).

[274] « [P]our affirmer qu'une violation initiale du droit diplomatique ne peut en aucune manière autoriser l'État qui en est la victime à le transgresser, à son tour, l'argument du régime se suffisant à lui-même n'est pas nécessaire » (« Représailles et droit diplomatique », dans *Recht als Prozess und Gefüge. — Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*).

[275] *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 11], p. 5, par. 2.

douaniers et le commerce[276], dont certains articles s'écartent du régime général des contre-mesures, en ce qui concerne le règlement des différends (art. XXIII), les restrictions quantitatives aux importations en violation de l'Accord (art. XII), les mesures de sauvegarde (art. XIX) et la modification des concessions tarifaires (art. XXVIII). Mais ce n'est pas tant un régime se suffisant à lui-même qu'un certain nombre de « dérogations » conventionnelles aux règles générales que Riphagen semble envisager dans ce cas. La notion de régimes se suffisant à eux-mêmes semble, par contre, être évoquée, à propos de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, dans un ouvrage récent relatif aux contre-mesures dans les relations économiques internationales, selon lequel :

> Le respect des dispositions de l'Accord général ne permet pas à un État de manquer au respect de ses engagements au titre d'un exercice de contre-mesure à l'encontre d'un autre État partie au GATT, en dehors des hypothèses prévues par l'Accord général. En effet, les possibilités d'exercice de contre-mesures à l'encontre d'États auxquels est attribuable un fait qui relève du domaine d'application de l'Accord général et qui puisse être générateur d'un exercice de contre-mesures sont strictement délimitées et réglementées, ce qui rend illicite tout exercice de mesures prétendument contre-mesures et qui ne serait pas conforme aux prescriptions de l'Accord général [...][277].

L'interdiction de contre-mesures autres que celles envisagées dans l'Accord s'appliquerait aussi, dans le cadre des relations entre les États contractants, à la suspension de l'exécution d'une ou de plusieurs obligations découlant de l'Accord, à titre de réaction contre la violation d'obligations internationales autres que celles nées de l'Accord général lui-même. Sous réserve toutefois d'une étude plus approfondie, le « système » du GATT ne paraît pas constituer un régime se suffisant véritablement à lui-même. L'auteur de l'ouvrage précité semble, elle-même, le reconnaître lorsqu'elle note que les États participants ont effectivement recours, dans certains cas, à des « mesures adoptées en dehors de tout cadre réglementaire, telles que les mesures dites de la zone grise et les accords d'autolimitation »[278]. Cela indiquerait que le « système » du GATT n'est pas réellement un régime se suffisant à lui-même au sens où le précédent Rapporteur spécial paraît avoir employé cette expression.

112. En conclusion, aucune des hypothèses envisagées ne semble constituer *in concreto* un régime se suffisant à lui-même. En outre, l'analyse de ces systèmes nous fait douter très sérieusement de l'admissibilité, même *in abstracto*, de la notion de régimes se suffisant à eux-mêmes en tant que « sous-systèmes » du droit de la responsabilité des États ou, pour reprendre l'expression employée par le précédent Rapporteur spécial, de « circuit(s) juridique(s) fermé(s) » pour des « domaine(s) particulier(s) de relations de fait »[279], tels que ceux créés par le régime juridique des droits de l'homme, le droit des relations diplomatiques, le droit des tarifs douaniers et du commerce ou le droit communautaire européen. Certes, toutes règles de fond, ou tout ensemble plus ou moins structuré et organisé de règles de fond, peuvent fort bien contenir des dispositions visant à mieux réglementer les conséquences de leur violation éventuelle. Cela, dans le but de

> [...] rendre la réaction de la partie lésée plus certaine et, en conséquence, de mieux prévenir les violations, ou de limiter la réaction et d'éviter ainsi qu'à une réaction excessive succède une contre-réaction entraînant en définitive l'échec

des règles ou ensembles de règles considérées[280]. Selon les cas, le but recherché pourra être soit d'organiser une surveillance plus efficace des violations et des réactions à ces violations au moyen d'un mécanisme ad hoc (comme dans certains instruments relatifs aux droits de l'homme et à certaines organisations internationales), soit d'éviter qu'une réaction à une violation ne compromette le but plus général de la règle enfreinte (comme dans les règles sur la protection des agents diplomatiques). Cela étant, les règles ou ensembles de règles en question n'excluent ni la validité ni l'application des règles du droit international général relatives aux conséquences substantielles ou instrumentales des faits internationalement illicites. Les règles particulières ad hoc représentent simplement des dérogations contractuelles (ou peut-être coutumières) auxdites règles générales, ces dérogations n'étant admissibles que dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec les règles générales. D'ailleurs, aucune dérogation aux règles et principes essentiels relatifs aux conséquences de faits internationalement illicites, qui tiennent à la nature même des relations internationales et du droit international, ne serait concevable — à moins que, dans le cadre du processus d'union né de l'application des règles considérées, les États participants n'aient atteint le stade caractérisé par la perte de leur personnalité juridique internationale et leur intégration dans un système (constitutionnel) « national ». On ne saurait, en particulier, admettre une disposition conventionnelle qui conduirait : *a*) à déroger au principe de l'interdiction de l'emploi de la force; *b*) à la règle du respect des droits fondamentaux; *c*) aux impératifs fondamentaux des relations diplomatiques; *d*) à d'autres règles impératives du droit international général; *e*) à l'obligation de respecter les droits des États « tiers »; *f*) au principe de la proportionnalité; ou *g*) à la règle qui veut que la licéité de toute mesure unilatérale soit appréciée à la lumière de sa fonction juridique ultime. Dans le cadre de tels principes et règles, rien n'empêche les États d'établir, par voie bilatérale ou multilatérale, des mécanismes particuliers prévoyant des mesures ou sanctions spécifiques, soit en réaction à des faits illicites emportant la violation des règles énoncées dans le même instrument, soit en réaction à tout fait internationalement illicite, si les mesures ou sanctions particulières envisagées affectent, d'une manière ou d'une autre, l'application de l'instrument considéré.

113. Il s'ensuit que, chaque fois qu'un État lésé se trouvera en situation de se prévaloir des mesures envisagées dans un instrument juridique donné — et consistant précisément en une atteinte à cet instrument —, il sera fondé à le faire en invoquant tout simplement ledit instrument. La question ne se posera pas de savoir si la mesure en question est conforme au principe général de

[276] GATT, *Instruments de base et documents divers*, vol. IV (numéro de vente : GATT/1969-1).

[277] Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 148.

[278] Ibid., p. 63.

[279] *Annuaire... 1982*, vol. I, 1731e séance, par. 16.

[280] Simma vise ici le régime particulier de suspension et d'extinction des traités prévu par la Convention de Vienne sur le droit des traités (« Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its background in general international law », dans *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1970, p. 82).

proportionnalité, ou si elle a été précédée d'une demande de réparation ou d'une sommation conformément aux règles générales. Il suffira de vérifier si la mesure est admissible en l'espèce au regard dudit instrument, auquel l'État visé doit naturellement être partie. Tel peut être aussi le cas, sous réserve du respect du *jus cogens*, pour les mesures dérogeant aux règles générales du droit des traités applicables à la suspension et à l'extinction des traités multilatéraux.

114. Il semble cependant raisonnable de supposer, en particulier, qu'un État adhérant à un régime « se suffisant à lui-même » ne limite pas par là — en exerçant une sorte d'autocensure — les droits ou facultés de réaction unilatérale que lui reconnaît le droit international général, au point d'exclure toute possibilité de dérogation ou d'intégration au « régime » accepté. Bien entendu, tout État qui accepte le « régime » est tenu, en cas de violation par un autre État partie d'une obligation née du « régime » en question, de réagir d'abord — s'il souhaite réagir — conformément aux dispositions dudit « régime ». Cela n'exclut cependant pas la possibilité d'appliquer les mesures relevant du droit général, cette possibilité étant plus ou moins large en fonction de la disponibilité et de l'efficacité des recours prévus par le « régime » conventionnel[281].

115. On peut concevoir deux grandes hypothèses dans lesquelles cette possibilité est et doit rester ouverte :

a) La première est celle où l'État lésé par une violation du système saisit les institutions conventionnelles, obtient d'elles une décision en sa faveur, mais ne parvient pas à obtenir, par les procédures prévues par le système, la réparation à laquelle il a droit en vertu de la décision. Il est évident que, tant que l'État fautif ne se sera pas acquitté intégralement de ses obligations, l'État lésé pourra recourir licitement aux mesures (assorties des limitations applicables) que le droit international général met à sa disposition, même si elles ne sont pas prévues par le « système »;

b) La seconde est celle où le fait internationalement illicite consiste en une violation persistante du « régime ». Dans ce cas aussi, l'État lésé est dans l'obligation — sauf évidemment s'il est en droit d'agir en légitime défense — de recourir d'abord aux procédures conventionnelles prévues. Néanmoins, si le comportement illicite persiste pendant que ces procédures sont en cours — et en dépit de toutes mesures conservatoires décidées dans le cadre desdites procédures — l'État lésé peut recourir simultanément, en toute légalité, à toutes mesures unilatérales « externes » qui sont de nature à protéger ses droits primaires ou secondaires, sans compromettre un éventuel règlement « équitable » du différend dans le cadre du « système ».

116. Il convient cependant d'ajouter, à propos de ces deux hypothèses, que chacun des États parties à un « régime » a vraisemblablement considéré les droits et obligations nés du « régime » — et l'intégrité même de ce régime — comme un bien juridique extrêmement important. En conséquence, toute dérogation au « régime » qui n'est pas prévue dans le « régime » lui-même devrait être considérée comme tout à fait exceptionnelle. Il ne faudrait donc recourir à une mesure unilatérale « externe », quelle qu'elle soit, que dans des cas extrêmes, à savoir uniquement en réponse à des faits illicites dont la gravité justifierait une réaction susceptible de compromettre un bien juridique hautement prisé à la fois par l'État lésé et par l'État auteur. En d'autres termes, le principe de proportionnalité devra être mis en œuvre d'une façon très particulière — et très stricte — chaque fois que la mesure appliquée consistera en la suspension ou en l'extinction d'obligations nées d'un régime « se suffisant à lui-même ».

117. Enfin, il est à souligner de nouveau qu'un régime « se suffisant à lui-même » serait normalement établi par un traité multilatéral. Cela signifie que, comme dans le cas de tout traité multilatéral, un État ne peut licitement recourir à une contre-mesure portant suspension ou extinction du traité qu'à la condition générale qu'elle ne porte pas préjudice aux droits des États parties autres que l'État ou les États auteurs. Sur ce point aussi, comme en ce qui concerne le principe de proportionnalité, il semble raisonnable de penser que le fait même que des États sont parties à un régime spécial renforce cette restriction, en ce sens que chaque État partie au régime aura un intérêt plus que purement de fait à ce que tous les États parties au régime se conforment scrupuleusement en toute circonstance audit régime.

118. Les considérations exposées dans les paragraphes qui précèdent portent à croire qu'il ne serait pas indiqué, en codifiant le droit de la responsabilité des États, d'envisager des dispositions qui assujettissent à des restrictions « spéciales » les mesures consistant en la suspension de l'exécution ou en l'extinction d'obligations nées de traités créant des régimes spéciaux ou des organisations internationales. Il suffirait d'interpréter et d'appliquer correctement les règles générales régissant les mesures unilatérales, quelles qu'elles soient — y compris les mesures affectant le respect des obligations *erga omnes* écrites et non écrites —, pour résoudre les problèmes qui pourraient découler des traités portant création d'organisations internationales ou de tout régime « se suffisant à lui-même ».

119. Pour des raisons analogues à celles qui amènent à douter sérieusement de la validité de la notion de régimes « se suffisant à eux-mêmes » (ou de « circuits juridiques fermés »), le projet d'article 2 de la deuxième partie tel qu'il a été adopté en première lecture[282] donne lieu à un sentiment de perplexité. Étant donné le lien entre l'objet de ce projet d'article et le problème des régimes « se suffisant à eux-mêmes » et autres régimes spéciaux donne à penser que la Commission devrait revenir sur ce projet d'article sans attendre qu'il soit examiné en deuxième lecture.

120. Le projet d'article 2 affirme le caractère supplétif de toute la deuxième partie, à savoir le fait que les règles énoncées dans cette partie ne s'appliqueront qu'à la condition et dans la mesure où les conséquences d'un fait internationalement illicite ne sont pas « déterminées par d'autres règles de droit international qui se rapportent

[281] Cette situation n'est pas différente de celle d'un État qui est tenu par des obligations bilatérales spécifiques vis-à-vis de l'État fautif de recourir en premier lieu à des procédures convenues de règlement des différends, si la demande ou la sommation n'a pas été suivie d'effet.

[282] Pour le texte des articles 1 à 5 de la deuxième partie tels qu'ils ont été adoptés en première lecture, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2e partie), p. 132 et 133, note 359.

spécifiquement au fait internationalement illicite en question ». Cette disposition s'explique par le fait que Riphagen croit à l'existence, en droit international, des régimes « se suffisant à eux-mêmes » analysés *supra* dans les paragraphes 97 à 119 et que, partant, il croit que les règles qui, dans le cadre de ces régimes ou systèmes, régissent les conséquences des violations d'obligations nées des régimes ou systèmes en question excluraient, dans le domaine considéré, l'application des règles générales applicables aux conséquences des faits internationalement illicites[283].

121. Malgré les doutes que quelques membres ont exprimés au cours du débat[284], le fait que la Commission, lors de sa trente-cinquième session, a adopté le projet d'article[285] donne à penser que l'idée a généralement été acceptée.

122. Le projet d'article 2 renvoyant en termes généraux aux « autres règles de droit international », il semblerait que les régimes spéciaux qui jouiraient en quelque sorte de l'exclusivité en ce qui concerne les conséquences des faits internationalement illicites pourraient comprendre non seulement les régimes conventionnels, mais aussi les règles coutumières non écrites. Or, pour ce qui est du droit non écrit, on ne voit pas très bien de quelles règles il pourrait s'agir et comment le régime spécial qu'elles créent aurait un lien avec les règles que la Commission est appelée à codifier. Outre les règles condamnant les crimes internationaux des États, les exemples de régimes spéciaux de droit coutumier signalés par Riphagen sembleraient indiquer celles qui concernent le respect des droits de l'homme, la préservation de l'environnement en tant que ressource partagée et les immunités diplomatiques[286]. Comme expliqué *supra* aux paragraphes 101 à 109 et comme Riphagen lui-même l'a reconnu[287], il n'existe en droit non écrit dans le domaine des droits de l'homme et des immunités diplomatiques aucun régime spécial de responsabilité internationale. Au contraire, les conséquences des violations des droits de l'homme ou des règles du droit diplomatique — qu'il s'agisse des conséquences substantielles ou des conséquences instrumentales — sont assujetties aux restrictions qui découlent soit des limitations absolues apportées aux contre-mesures, soit de l'impératif général de la compatibilité avec le *jus cogens*. En ce qui concerne la protection de l'environnement, on ne voit pas en quoi l'état actuel de la pratique internationale peut laisser supposer qu'elle est déjà couverte par un régime spécial de droit coutumier non écrit, ou qu'un régime spécial de même nature peut être envisagé dans un proche avenir. Ainsi qu'une contribution récente à l'étude de ce sujet l'a bien démontré[288], et comme cela sera souligné *infra* aux paragraphes 139 à 151, il n'est pas d'élément de la réglementation des conséquences juridiques des faits internationalement illicites portant atteinte à l'environnement qui ne soit d'une manière ou d'une autre couvert par les normes et principes généraux de la responsabilité internationale. En ce qui concerne, enfin, le régime des conséquences des crimes internationaux, l'hypothèse admise jusqu'ici est que, dans la mesure où il faudra peut-être établir un régime spécial par rapport à celui des autres faits internationalement illicites des États, il devra l'être dans le cadre du projet d'articles que la Commission est en train d'examiner, notamment en tant que partie intégrante des deuxième et troisième parties. Il semble, en conclusion, qu'il n'existe aucun domaine des relations juridiques internationales qui fasse l'objet d'un régime spécial de règles non écrites sur la responsabilité des États, justifiant une disposition qui, comme celle énoncée actuellement dans l'article 2, qualifierait les règles générales élaborées par la Commission sur la responsabilité des États de règles purement supplétives.

123. Le projet d'article 2 est contestable, du moins dans son libellé actuel, pour ce qui est aussi des règles conventionnelles. Il serait assurément parfaitement juste de dire dans cet article — même si cela va sans dire — que les règles générales à énoncer dans la deuxième partie sont susceptibles de dérogation. Naturellement, les États pourraient fort bien y déroger par voie conventionnelle. C'est là une caractéristique normale de toute règle de droit international qui n'est pas impérative. La teneur de l'article 2 semble cependant aller au-delà de cette évidence. Tel qu'il est libellé actuellement, l'article 2 stipule que les règles générales énoncées dans la deuxième partie seraient inapplicables dans les cas et dans la mesure où les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite donné sont déterminées par « d'autres règles de droit international ». En droit conventionnel, l'article 2 signifierait que, dans tous les cas où un traité détermine les conséquences juridiques d'un ou plusieurs faits internationalement illicites donnés — par exemple, les violations des obligations énoncées dans ledit traité —, les règles de la deuxième partie ne s'appliqueraient plus. Chacun des États parties au traité exclurait automatiquement l'application des règles générales codifiées, en vertu d'un article — le projet d'article 2 — inséré dans l'instrument de codification même dans lequel ces règles générales sont censées être incorporées. La Commission doit réfléchir plus avant sur cette formidable conséquence.

124. Comme déjà indiqué, lorsque les États incorporent dans un traité des règles spéciales régissant les conséquences de sa violation, leur but n'est pas de viser à

[283] Voir troisième rapport [*Annuaire... 1982*, vol. II (1re partie) [*supra* note 248], par. 52 à 77]; sixième rapport [*Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie) [*supra* note 11], commentaire relatif à l'article 2]; voir également ses commentaires dans *Annuaire... 1982*, vol. I, 1731e séance, par. 16 à 23, et *Annuaire... 1984*, vol. I, 1858e séance, par. 3 à 9.

[284] Se sont prononcés contre l'article : Ouchakov (*Annuaire... 1982*, vol. I, 1734e séance, par. 47) et Yankov (ibid, 1737e séance, par. 15). Des doutes sur la notion de « sous-systèmes » et sur le champ d'application excessif du projet d'article 2 ont été également exprimés par Calero Rodrigues (ibid, 1736e séance, par. 22 à 24).

[285] Voir *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 45. La formulation de cette idée a suscité davantage de perplexité à la Sixième Commission. Un certain nombre d'orateurs, notamment les représentants du Brésil (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Sixième Commission*, 43e séance, par. 56), de la France (ibid., 38e séance, par. 14), de la Grèce (ibid., 40e séance, par. 45) et de l'Iraq (ibid., 50e séance, par. 50), y ont souligné qu'un nombre excessif de dérogations ôteraient au projet son intérêt.

[286] Quatrième rapport [*Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 51], par. 89 à 91].

[287] Ibid.; sixième rapport [*Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 11], p. 12 à 14], art. 11, par. 1, al. *c*, et art. 12, al. *b*, et commentaires y relatifs.

[288] Spinedi, « Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite causant un dommage à l'environnement », dans *International Responsibility for Environmental Harm*, p. 75 à 124.

exclure dans leurs relations mutuelles les droits, les obligations, les facultés — en un mot les garanties — découlant pour chacun d'eux, à l'égard de chacun des autres, de l'application normale des règles générales sur la responsabilité des États. Ils visent, au contraire, à renforcer les garanties normales, inorganiques et pas toujours satisfaisantes du droit général, en faisant des règles plus fiables et efficaces soit à l'aide de mécanismes institutionnels soit, à défaut, à l'aide de stipulations plus précises — mais sans renoncer en aucun cas à la possibilité de recourir en dernier ressort, dans des hypothèses telles que celle analysée *supra* au paragraphe 115, à des garanties « naturelles » moins élaborées. Présumer une renonciation totale à cette possibilité, comme le fait le projet d'article 2 actuel, semble donc contestable à deux titres. D'une part, pareille présomption va à l'encontre de l'objectif des États qui établissent des régimes spéciaux, en attribuant à leur accord des effets dérogatoires non intentionnels. D'autre part, en faisant des règles générales des règles « supplétives », elle semble aller à l'encontre du but même de la codification et du développement progressif du droit de la responsabilité des États que l'Assemblée générale a entrepris par l'intermédiaire de la Commission.

125. Si une disposition telle que celle du projet d'article 2 doit être réellement maintenue parmi les projets d'articles — ce qui est fort douteux — elle devrait être assortie d'au moins trois limitations :

a) La première limitation, à incorporer dans le texte de l'article, devrait consister à préciser que la dérogation aux règles générales énoncées dans le projet d'articles est une dérogation découlant d'instruments conventionnels (et non de règles coutumières non écrites);

b) La deuxième limitation, qui serait également incorporée dans le texte de l'article lui-même, devrait consister à préciser que, pour qu'une dérogation réelle aux règles générales prenne effet, les parties à l'instrument ne devraient pas se borner à envisager de manière plus ou moins exhaustive les conséquences de la violation du régime : elles devraient indiquer expressément que, en adhérant au système conventionnel, elles excluent l'application d'une règle générale donnée ou de toutes les règles générales de droit international régissant les conséquences des faits internationalement illicites;

c) La troisième limitation pourrait être incorporée dans le commentaire relatif au projet d'article pour expliquer que, nonobstant la limitation énoncée au point *b*, la dérogation prévue dans le régime conventionnel perdrait tout effet en cas de violation du système dont la gravité et l'ampleur justifieraient, à titre de mesure proportionnelle à l'encontre de l'État auteur, la suspension ou l'extinction de l'ensemble du système conventionnel. En se retirant (temporairement ou pour toujours) du système[289], l'État lésé aurait toute latitude pour faire valoir ses droits dits « secondaires » énoncés dans les règles générales, en utilisant les recours qui y sont prévus.

126. Pour des raisons qui coïncident en partie avec celles exposées *supra* aux paragraphes 119 à 125 et qui vont en partie au-delà, on peut penser que le projet d'article 4 de la deuxième partie, tel qu'il a été adopté en première lecture[290], appelle peut-être une réflexion plus poussée.

[289] Cette possibilité est envisagée au paragraphe 1 et aux alinéas *b* et *c* du paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

[290] Voir *supra* note 282.

CHAPITRE VIII

Le problème de la pluralité d'États également ou inégalement lésés

A. — L'origine de la notion d'États indirectement lésés

127. Dans le chapitre IX du troisième rapport[291] le Rapporteur spécial mettait déjà en doute la justesse de la notion d'États « indirectement » lésés ou « indirectement » atteints. À la réflexion, il estime à présent que cette notion est inacceptable.

128. C'est en 1984 que la notion d'États « indirectement » lésés était apparue, à la CDI et à la Sixième Commission, à propos de la définition de l'État lésé. Elle procédait de certaines des idées avancées par le précédent Rapporteur spécial dans sa présentation du projet d'article qui devait devenir l'article 5 de la deuxième partie du projet, tel qu'il a été adopté en première lecture[292]. Par la suite, il semble que cette notion se soit assuré un certain crédit en doctrine[293], où elle a été préférée au terme États « tiers », également utilisé à ce propos[294].

[291] *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1], par. 89 à 95, notamment par. 90 et 95.

[292] Riphagen, quatrième rapport [*Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 51], par. 31 et suiv.], et sixième rapport [*Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 11], p. 6 à 9, commentaire sur l'article 5].

Les membres suivants de la Commission étaient en faveur de la distinction entre États « directement lésés ou atteints » et États « indirectement lésés ou atteints », comme cela apparaît aux alinéas *e* et *f* de l'article 5 : Sinclair (*Annuaire... 1984*, vol. I, 1865e séance, par. 1 à 10); Lacleta Muñoz (ibid., 1867e séance, par. 15 à 19); Flitan (*Annuaire... 1985*, vol. I, 1892e séance, par. 47 à 56); Ogiso (ibid., 1896e séance, par. 1 à 18); Tomuschat (ibid., par. 33 à 46 et 49); et Jagota (ibid., 1901e séance, par. 2 à 19). À la Sixième Commission de l'Assemblée générale, la nécessité de distinguer entre États « directement » ou « indirectement » lésés, aux fins de la détermination des conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite, a été soulignée par les représentants de l'Afghanistan (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Sixième Commission*, 42e séance par. 39), de la République démocratique allemande (ibid., 45e séance, par. 13), de la Roumanie (ibid., 43e séance, par. 57), de la République fédérale d'Allemagne (ibid., 36e séance, par. 16, et ibid., *quarantième session, Sixième Commission*, 24e séance, par. 10), de la Bulgarie (ibid., 27e séance, par. 25), de la France (ibid., 34e séance, par. 41), de la Nouvelle-Zélande (ibid., 31e séance,

(Suite de la note page suivante.)

Les États « tiers » étant les États extérieurs à un rapport juridique, ce terme avait été rejeté *ictu oculi* comme inapproprié[295]. Le terme État « indirectement » lésé ou atteint ne vaut au demeurant nullement mieux. Il apparaît très ambigu, surtout dans la logique de la définition de l'État lésé, dont on peut présumer que la Commission l'a faite sienne.

129. Il y a un élément capital dans la définition de l'État lésé — que le libellé de l'article 5[296] rend plus ou moins bien —, c'est qu'un fait internationalement illicite ne consiste pas simplement ou pas nécessairement à infliger un dommage matériel injuste. Plus généralement, il consiste en — ou se solde par — une atteinte à un droit, cette atteinte constituant — avec ou sans dommage — le préjudice[297]. Cela cadre avec la signification de « la violation d'une obligation » donnée à l'alinéa *b* de l'article 3 de la première partie du projet et avec l'absence significative dans cet article de toute mention du dommage comme élément ou effet d'un fait illicite. Un État peut ainsi être lésé par la violation d'une obligation internationale même sans avoir subi de dommage autre que l'atteinte portée à son droit[298]. Par conséquent, dans chaque cas d'espèce, pour identifier le ou les « États lésés » aux fins de la détermination des conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite, l'essentiel est de déterminer quels États ont subi une atteinte à leur droit.

130. Suivant l'analyse traditionnelle, toutes les obligations internationales sont structurées de telle sorte que, même lorsqu'elles procèdent d'un traité multilatéral ou d'une règle coutumière, leur violation dans n'importe quelle circonstance n'atteint qu'un seul ou quelques rares États donnés dans un de leurs droits. Or l'évolution récente paraît indiquer que ce n'est pas nécessairement toujours vrai : une distinction s'est manifestement fait jour. Assurément, il y a encore une majorité de règles internationales qui — à l'instar de la majorité des règles du droit privé des sociétés nationales — posent des obligations du type traditionnel : celles dont la violation n'atteint dans leur droit qu'un ou plusieurs États donnés. Il en va ainsi aussi bien des règles des traités bilatéraux que de la plupart de celles des traités multilatéraux ou du droit coutumier. En ce qui concerne les règles multilatérales, on a pu suggérer qu'elles s'adressent à une pluralité d'États mais créent des rapports juridiques — à savoir des obligations et des droits « dont chacun des destinataires de la norme est titulaire envers un seulement des autres destinataires »[299]. En d'autres termes, bien que la règle évolue dans la sphère multilatérale, elle ne crée que des relations bilatérales. C'est précisément à ce type d'obligations — et aux droits correspondants — que renvoient les alinéas *a* à *e* du paragraphe 2 de l'article 5, tel qu'il a été adopté en première lecture[300], aux fins de la définition des États lésés.

131. D'un autre côté, on relève dans la pratique comme dans la doctrine du droit international un certain nombre de signes indiquant qu'il y a aussi des règles qui échappent apparemment à ce modèle de bilatéralisme. Ce sont celles qui, pour protéger des intérêts « généraux » ou « collectifs », créent des obligations que tous les États auxquels la règle s'adresse ont un intérêt juridiquement protégé — et en ce sens un droit reconnu — à voir respecter. Selon Spinedi :

> On a parlé, à cet égard, de normes qui ont pour objet la tutelle d'intérêts qui sont simultanément propres à tous les États, ou à tous les États composant une collectivité donnée, et non pas à chacun d'eux pris séparément[301].

Ces règles visent, par exemple, le désarmement et la maîtrise des armements, la promotion et le respect des droits de l'homme, la sauvegarde de l'environnement en général et dans les espaces qui ne relèvent de la juridiction d'aucun État. Spinedi poursuit :

> Ces normes imposent à chaque État des obligations envers tous les autres États, chacun desquels est titulaire du droit subjectif correspondant. La violation de ces obligations lèse simultanément les droits subjectifs de tous les États liés par la norme, qu'ils aient ou non été spécialement atteints, à l'exception, naturellement, du droit subjectif de l'État auteur de la violation. Pour désigner les obligations dont il s'agit, on emploie généralement l'expression « obligation *erga omnes* »[302].

(Suite de la note 292.)

par. 7), de la Tchécoslovaquie (ibid., 29e séance, par. 15) et du Viet Nam (ibid., 27e séance, par. 74).

[293] Quelques auteurs, traitant récemment des conséquences des faits illicites, et en particulier des violations d'obligations *erga omnes* ou *erga omnes partes*, ont distingué entre les droits et facultés de la partie lésée selon qu'il s'agissait d'un État « directement » ou « indirectement » lésé. Voir Ramcharan, « State responsibility in respect of violation of treaty rules in general, and of those creating an « objective regime » in particular: Specific features with regard to the « first, second and third parameters » », *Indian Journal of International Law*, 1986, p. 1 et suiv.; Hutchinson, « Solidarity and breaches of multilateral treaties », *British Year Book of International Law*, 1988, p. 151 et suiv.; Sachariew, « State responsibility for multilateral treaty violations: Identifying the « injured State » and its legal status », *Netherlands International Law Review*, 1988, p. 273 et suiv.; Simma, « Bilateralism and community interest in the law of State responsibility », *International Law at a Time of Perplexity, Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, p. 821 à 844; Spinedi, *loc. cit.*; Cardona Llorens, « Deberes jurídicos y responsabilidad internacional », *Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Estudios en Homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*. Ce dernier auteur croit au demeurant qu'il serait juste de considérer les États en question non point comme « indirectement lésés » par la violation d'une obligation (et du droit correspondant), mais comme fondés à réagir au manquement à un « devoir » international.

[294] Charney, « Third State remedies in international law », *Michigan Journal of International Law*, 1989, p. 57 à 101, et « Third State remedies for environmental damage to the world's common spaces », *International Responsibility for Environmental Harm (op. cit.)*, p. 149 à 177.

[295] Troisième rapport [*Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 1], par. 90].

[296] Voir *supra* note 282.

[297] Ainsi que l'auteur, parlant en qualité de représentant de l'Italie, l'avait indiqué à la Sixième Commission en 1985 :

> « L'article 5, tel qu'il a été provisoirement adopté, ne vise qu'à donner une définition générale des États qui, du fait qu'ils possèdent le droit correspondant à l'obligation dont la non-exécution constitue le fait illicite, sont juridiquement affectés par ce fait. » (Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Sixième Commission*, 27e séance, par. 67.)

[298] Comme l'avait observé à juste titre Reuter :

> « Dans le projet d'article 5, le Rapporteur spécial s'est efforcé de suivre la voie tracée dans la première partie du projet. Le dommage n'est pas un élément constitutif de la responsabilité, et il a été tenu compte seulement du dommage juridique, abstrait, qu'entraîne toute violation d'une obligation internationale. » (Voir *Annuaire... 1984*, vol. I, 1861e séance, par. 10.)

[299] Spinedi, *loc. cit.*, p. 88, citant Morelli, « A proposito di norme internazionali cogenti », *Rivista di diritto internazionale*, 1968, p. 114 et 115.

[300] Voir *supra* note 282.

[301] *Loc. cit.*, p. 88 et 89.

[302] Ibid., p. 89. Sur la structure et le contenu de ces normes, voir les déclarations de la CIJ dans *Réserves à la Convention pour la préven-*

Les dispositions des alinéas *e*, ii et iii, et *f* du paragraphe 2 et celles du paragraphe 3 de l'article 5 adopté en première lecture se rapportent exactement aux rapports ou situations juridiques entraînés par la violation de ce type de règles.

132. De nos jours, ce n'est plus tellement de l'existence d'obligations *erga omnes* que l'on discute. En dehors de l'identification *in concreto* des règles issues de traités ou du droit coutumier qui les établissent — point qu'il n'est pas besoin de discuter ici —, le problème principal en matière de responsabilité des États est de déterminer les conséquences du fait qu'aux obligations *erga omnes* correspondent des droits *omnium*. Dans l'éventualité de leur violation, il faut donc établir la position précise des divers États au profit desquels les obligations en question existent :

a) Cette position est-elle la même que celle des États qui peuvent se prétendre lésés au regard de règles autres que des règles *erga omnes*, ou est-elle différente ?

b) Les positions des États lésés au regard d'une règle *erga omnes* sont-elles toutes identiques ? Dans la négative, en quel sens sont-elles différentes et quels effets en résulte-t-il ?

C'est à propos de questions de ce genre que l'on se retrouve devant des notions comme celles d'États « directement » et « indirectement » lésés, d'États « spécialement » et « non spécialement » atteints ou d'États « tiers ».

133. Ayant écarté la notion d'États « tiers », il faut à présent traiter des deux autres. Il ne devrait pas être trop difficile de montrer pourquoi et en quel sens elles sont inacceptables.

B. — L'impropriété de la notion d'États indirectement lésés

134. Il peut s'avérer commode de prendre l'exemple de la violation de règles *erga omnes* visant la protection des droits de l'homme. Il est généralement reconnu que ces règles créent, entre les États auxquels elles s'adressent, un rapport juridique caractérisé par l'obligation dont chaque État est tenu de veiller à assurer la jouissance des droits de l'homme à toute personne, quelle que soit sa nationalité. Toute violation par l'État A de son obligation atteindra du même coup dans son droit corrélatif chacun des États B, C, D et E[303]. Ces États ayant tous le même droit — qui est en chaque cas celui de voir l'État A respecter les droits de l'homme des personnes relevant de sa juridiction —, aucun d'entre eux n'est plus ou moins atteint directement par la violation que les autres[304]. Il peut bien entendu surgir une différence si un ou plusieurs des États lésés s'estiment particulièrement atteints parce que le fait illicite de l'État A consistait en une violation des droits de l'homme de personnes qui sont liées à eux sur le plan ethnique ou autre. Cela ne rend pas pour autant le préjudice subi par ces derniers États plus direct *sur le plan juridique* que celui subi par les autres États.

135. Un autre exemple possible serait la violation d'une obligation *erga omnes* liée à la sauvegarde de l'environnement dans l'espace ou dans toute autre zone dont la contamination ou la pollution serait préjudiciable à l'ensemble de la planète. Ainsi, un fait internationalement illicite provoquant une diminution de la couche d'ozone porterait physiquement atteinte à tous les États existants et constituerait en même temps un préjudice *juridique* pour tous les États participant à un traité multilatéral qui édicterait l'obligation enfreinte. Là encore, il y aurait soit une égale atteinte à des droits « également égaux », soit tout au plus des différences qualitatives ou quantitatives de préjudice. Certes, les États pourraient bien être différemment exposés à l'effet négatif de la diminution de la couche d'ozone, mais il ne saurait en aucun cas être juste de définir cette différence par une distinction entre préjudice juridique « direct » et « moins direct » ou « indirect ». Il apparaît, une fois de plus, que la notion d'États indirectement lésés ne tient pas en bonne logique et ne fait que réduire le titre des États lésés à réclamer la cessation ou la réparation.

136. Un autre exemple est celui de la fermeture illicite par l'État côtier A d'un canal situé dans ses eaux territoriales et reliant deux zones de la haute mer. Un pareil acte léserait de nombreux intérêts : *a*) en premier lieu, ceux du ou des États dont les navires auraient été sur le point de pénétrer dans le canal lorsque la mesure de restriction est entrée en vigueur; *b*) deuxièmement, ceux du ou des États dont les navires faisaient route vers le canal

tion et la répression du crime de génocide, avis consultatif (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23) et dans l'*Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt* (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 32). En ce qui concerne la doctrine, voir Morelli, *loc. cit.* ; Juste Ruiz, « Las obligaciones « erga omnes » en derecho internacional público », *Estudios de derecho internacional, Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, vol. I, p. 219 à 234; Picone, « Obblighi reciproci e obblighi *erga omnes* degli Stati nel campo della protezione dell'ambiente marino dall'inquinamento », *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino. Studi e documenti sul diritto internazionale del mare*, p. 15 et suiv.; Lattanzi, *op. cit.*, p. 97 à 149: Sperduti, « Les obligations solidaires en droit international », *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, p. 271 à 276; Hutchinson, *loc. cit.*; Gaja, « Obligations *erga omnes*, international crimes and *jus cogens*: A tentative analysis of three related concepts », *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, p. 151 à 160; *Restatement of the Law Third* (voir *supra* note 39), p. 339, 342 et 343; Cardona Llorens, « Interés, interés jurídico y derecho subjetivo en derecho internacional público », *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, p. 231 et suiv.; et Sicilianos, *op. cit.*, p. 103 et suiv.

[303] On trouvera une analyse remarquable de cette question dans Lattanzi, *op. cit.*, p. 79 à 155.

[304] Dans le régime institué par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, c'est la situation où l'on se trouve en cas de différend interétatique dans lequel un groupe d'États agit à l'encontre d'un autre pour la même violation. Par exemple, voir les affaires concernant la Grèce (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 12, 1969) et la Turquie (*European Human Rights Reports*, vol. 6, août 1984, p. 241 à 257), dans lesquelles plusieurs États s'étaient plaints de la violation de l'article 3 de la Convention (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants).

Les cas où plus d'un État ont réagi en vertu du droit international général à l'encontre de violations des droits de l'homme sont rares; il s'agit alors presque invariablement de ce qu'il est convenu d'appeler des crimes internationaux d'États. À titre d'exemples, il faut rappeler que plusieurs États se sont jugés en droit de réagir, sans se référer expressément à la nature « criminelle » du fait illicite, aux mesures prises contre les pratiques qui avaient suivi l'avènement d'un régime militaire répressif au Chili, contre la proclamation de l'état de siège en Pologne et aux mesures prises par des États autres que les États-Unis d'Amérique à l'encontre de l'Iran à la suite de la prise d'otages. Sur cette pratique, voir Lattanzi, *op. cit.*, p. 492 à 501.

en vue de le traverser suivant leur route maritime ordinaire ou une autre, conforme à leur itinéraire prévu; et *c*) ceux de tous les autres États, parce que, au regard du droit de la mer, tous les États ont droit à la libre utilisation du canal[305]. Il paraît assez évident que, là non plus, il n'y a rien qui ressemble à des États indirectement lésés ou atteints. Puisque tous les États ont le droit d'utiliser librement le canal, tous les États sont *juridiquement* lésés par la violation commise par l'État A. Il n'y a pas de différence de situation entre les divers États ou groupes d'États qui ferait que certains sont indirectement lésés par opposition aux autres qui le sont directement. Il semblerait que les États, de la catégorie *c* soient aussi directement lésés par la violation que ceux qui appartiennent aux catégories *a* et *b*. Tout ce que l'on peut dire est que les trois groupes d'États sont *tous* lésés, quoique de trois manières différentes. Il est fort possible que *in concreto* d'autres différences apparaissent encore entre les États appartenant à chacune des trois catégories, mais uniquement en ce qui concerne l'ampleur du dommage subi ou redouté. Dans un autre exemple — du domaine des crimes laissé pour l'instant de côté —, on pourrait songer aux diverses positions juridiques des États placés devant un acte d'agression[306].

137. La conclusion semble être que la distinction entre États directement et indirectement lésés ne tient pas. Les cas envisagés paraissent indiquer que l'application de cette distinction aboutirait, dans les cas de droits de l'homme et peut-être d'environnement planétaire, à la qualification d'*États indirectement lésés* pour *tous les États* atteints dans leur droit par une violation et, dans d'autres cas, comme l'atteinte à la liberté de navigation ou l'agression, à une *présentation incorrecte*, en termes d'atteinte « directe » ou « indirecte », de *différences tenant uniquement à la nature ou au degré du préjudice*[307].

138. Le seul point de départ raisonnable, pour les conséquences tant substantielles qu'instrumentales d'une violation d'obligations *erga omnes* comme pour celles de tout autre type d'obligations internationales (bilatérales ou multilatérales) — est donc la caractérisation de la position de chaque État lésé selon la nature et le degré du préjudice qu'il a subi[308].

C. — Les solutions concevables et possibles dans le cas d'une pluralité d'États lésés

139. Le fait que la violation d'obligations *erga omnes* se traduise par l'existence d'une pluralité d'États lésés, combiné au fait que lesdits États ne sont pas lésés de la même manière ni au même degré, complique assurément la relation de responsabilité. Les conséquences tant substantielles qu'instrumentales de la violation s'en trouvent altérées. En ce qui concerne les conséquences substantielles, il s'agit de savoir si, jusqu'à quel point et dans quelles conditions, les États ainsi également ou inégalement lésés sont tous fondés à réclamer la cessation, la restitution en nature, l'indemnisation, la satisfaction et/ou des garanties de non-répétition. Pour les conséquences instrumentales, la question est de savoir si, jusqu'à quel point et dans quelles conditions, les divers États (également ou inégalement) lésés peuvent légitimement avoir recours à des sanctions ou à des contre-mesures. Jusqu'à présent, ces problèmes ont été envisa-

[305] L'affaire du vapeur « Wimbledon », jugée par la CPJI, peut à bien des égards être assimilée à ce cas. L'Allemagne avait interdit au bateau le passage du canal de Kiel. La violation des articles 380 à 386 du Traité de Versailles fit l'objet de réclamations de la part non seulement du Royaume-Uni et de la France, pays qui — comme l'a rappelé Hutchinson — avaient « un lien particulier avec ce navire — le premier en tant qu'État de la nationalité des affréteurs, le second en tant qu'État du pavillon » (*loc. cit.*, p. 179 et 180), mais encore de l'Italie et du Japon, qui étaient également parties au Traité, mais n'avaient d'autre lien avec l'affaire que le fait qu'ils possédaient des navires marchands et avaient donc intérêt à ce que le régime de navigation prévu par l'article 380 du Traité fut correctement appliqué (arrêt du 17 août 1923, *C.P.J.I. série A, n° 1*, p. 6 et suiv., notamment p. 20).

[306] Ici encore, les États lésés se répartiraient entre un certain nombre de catégories. Une catégorie se composerait du (ou des) État(s) qui est (ou sont) la cible de l'agression; d'autres catégories pourraient comprendre respectivement les États qui ont des frontières communes avec l'État (ou les États) agresseur(s) ou victime(s); les États de la région; les alliés du (ou des) État(s) victime(s), les États qui sont tributaires des exportations vitales du (ou des) État(s) victime(s); tous les États participant à un système de sécurité collective avec l'État agresseur et l'État victime; et tous les autres États liés par la règle de droit international général qui condamne l'agression. Vu la nature spéciale de l'agression, ce cas de figure est laissé pour les travaux ultérieurs sur le problème des conséquences des crimes internationaux. Pour le moment, il suffira sans doute de noter que la nature particulière du fait illicite en question pourrait, à première vue, inciter à qualifier l'État (ou les États) victime(s) de « directement » lésé(s) et tous les autres d'« indirectement » lésés, mais que la règle enfreinte valant *erga omnes*, on peut penser que pareille distinction restreindrait par trop le cercle des États juridiquement lésés, et en particulier des États participant à un système de sécurité collective, le cas échéant. Et vu ses ambiguïtés, une distinction entre États « spécialement » et « non spécialement » atteints ne vaudrait pas mieux. Le seul trait réellement distinctif — et qui cadrerait mieux avec la solidarité entre membres d'un système de sécurité collective — serait, semble-t-il, la nature et la gravité du préjudice effectivement subi par chaque État.

[307] Il faut encore souligner que la possibilité pour un État de prétendre à la qualification d'État lésé du simple fait de la violation de son droit subjectif *(nudum jus)*, en l'absence de tout dommage physique ou autre causé à l'un quelconque de ses éléments ou avoirs, n'est pas circonscrite à la sphère des obligations *erga omnes* comme l'envisage, par exemple, Lattanzi (*op. cit.*, p. 120 et suiv.). La chose peut aussi se produire dans un contexte strictement bilatéral. Si l'État A s'engageait par un traité bilatéral à accorder son aide ou d'autres formes d'assistance à l'État B en échange d'un engagement de sa part de respecter les droits civils et politiques de ses propres nationaux, toute violation par ce dernier de son obligation constituerait effectivement un préjudice juridique causé à l'État A, bien que ce dernier ne soit atteint dans aucun de ses éléments ou avoirs. Au contraire des obligations *(erga omnes)* en matière de droits de l'homme, les obligations considérées dans cet exemple (bilatéral) se trouvent dans un rapport synallagmatique, trait que l'on ne retrouve pas normalement dans les engagements en matière de droits de l'homme. Quoi qu'il en soit, dire que, dans la situation (bilatérale) en question, l'État A serait « indirectement » lésé aurait aussi peu de sens que la même proposition dans le contexte d'un système de droits de l'homme *erga omnes*. Il apparaît donc encore plus évident que toute cette notion d'États « indirectement » lésés est le fruit d'une méprise flagrante qui procède du fait que la définition d'un fait internationalement illicite, telle qu'elle est exposée à l'article 3 de la première partie du projet, n'a pas été convenablement assimilée.

[308] C'est la raison pour laquelle, en 1985, à la Sixième Commission, l'auteur, parlant en sa qualité de représentant de l'Italie, a déclaré que « le concept « moniste » de « l'État lésé » [...] n'implique pas un traitement parallèle « moniste » des « États lésés » » (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Sixième Commission*, 27e séance, par. 67).

La même année, à la CDI, l'auteur avait souligné la nécessité de retenir la notion de « préjudice matériel ou moral... [car il s'agissait là] d'un élément qui aidera[it] sans nul doute à définir le genre de réparation ou le degré de gravité des contre-mesures auquel chaque État lésé pourra[it] prétendre » (voir *Annuaire... 1985*, vol. I, 1900e séance, par. 13).

gés, dans le cadre et en dehors du système des Nations Unies (au titre des notions ambiguës d'États « indirectement » et « directement » lésés ou atteints), à propos de faits illicites souvent dénommés « crimes » en vertu de l'article 19 de la première partie[309]. Les mêmes problèmes risquent fort de se poser pour les conséquences de ces faits illicites plus ordinaires que l'on désigne communément sous l'appellation de « délits ».

140. Comme l'ont noté quelques-uns de ceux qui se sont jusqu'ici penchés sur la question[310], les problèmes peuvent se présenter sous deux formes. Tantôt les règles applicables — règles *erga omnes* ou plus générales — envisageront des procédures plus ou moins efficaces et complètes de surveillance et de sanction des violations; tantôt les procédures seront soit totalement inexistantes, soit quelque peu incomplètes.

141. Dans la mesure où des procédures conférant un rôle décisif à un organe international seraient prévues pour les conséquences substantielles et/ou instrumentales de violations, leur application supprimerait, en principe, la nécessité de toute réclamation et/ou mesure unilatérale de la part des États lésés. Tout en étant atteints séparément, les divers États lésés se trouveraient, en principe, dans une position telle que le problème d'une réclamation, sanction ou mesure unilatérale ne se poserait pas. C'est à l'organe international compétent qu'il appartiendrait de tenir dûment compte, dans la présentation des réclamations ou la conception ou l'exécution de sanctions, de la pluralité des États également lésés et de toutes différences éventuelles parmi les États inégalement atteints qui pourraient avoir une influence sur leurs positions individuelles respectives[311]. Il ne se poserait de problème de réclamations ou mesures unilatérales que dans le cas d'un échec du système collectif ou institutionnel.

142. Lorsqu'il n'y a pas de système collectif organisé — ce qui est habituellement le cas —, quelques auteurs doutent que tous les États lésés soient séparément fondés à avancer des réclamations unilatérales et à recourir unilatéralement à des contre-mesures. Ils craignent, en particulier, que l'extension de la faculté de recourir à des contre-mesures unilatérales n'aboutisse à des réactions qui ne seraient pas justifiées par le souci d'assurer l'exécution de l'obligation enfreinte[312] ou ne soit une source de confusion et d'incertitude dans l'application du droit et la sauvegarde des intérêts en jeu[313]. Certains d'entre eux soutiennent même que confier la défense d'intérêts collectifs à la réaction unilatérale d'États isolés ne serait pas conforme à la structure même de la relation dite primaire[314].

143. Tout en admettant que de telles préoccupations puissent être justifiées et présenter quelque intérêt, elles ne suffisent ni à prouver *de lege lata* ni à justifier *de lege ferenda* une dérogation aux règles régissant les conséquences juridiques, substantielles ou instrumentales d'un fait internationalement illicite. Exclure la licéité des réclamations ou mesures individuelles des États serait admettre que les violations en question d'obligations *erga omnes* ne sont pas génératrices de responsabilité *(liability)*, et cela reviendrait à admettre que les règles enfreintes ne sont pas contraignantes[315]. En particulier, il serait erroné de supposer que, en l'absence de systèmes de surveillance et de sanction collectives adoptés par la voie conventionnelle, il n'y aurait aucune réaction prévue dans le cadre du droit international général. Dans le corps de ce droit, il n'y a réellement aucune « lacune » à combler en ce qui concerne les réclamations ou contre-mesures individuelles. Chacun des États participant à une relation juridique *inter omnes* dispose en effet des mêmes droits et facultés que ceux auxquels il pourrait prétendre dans toute relation bilatérale ou de responsabilité internationale. La seule particularité véritable des situations déterminées par la présence d'une pluralité d'États lésés — c'est-à-dire par le fait que la règle enfreinte est une règle *erga plurimos* ou *omnes* — est que les droits et facultés des divers États lésés doivent nécessairement être déterminés *in concreto* et mis en œuvre en vue de la défense de l'intérêt juridique totalement ou partiellement commun qui a été atteint par la violation. Les droits positifs et les facultés seront tour à tour examinés brièvement.

144. En ce qui concerne les droits proprement dits, on rencontre souvent la théorie selon laquelle, dans la mesure où les États en cause ne sont qu'indirectement lésés par la violation d'une obligation *erga omnes*, ils auraient le droit de réclamer la cessation de la violation et des garanties de non-répétition[316], mais ni une indemnisation[317] ni, selon certains, une restitution en nature[318]. Cela peut

[309] Voir *supra* note 8. Voir aussi *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [*supra* note 1], par. 91, notamment note 174, ainsi que les rapports et discussions sur la question réunis dans *International Crimes of State...*, *op. cit.*

[310] Voir, en ce qui concerne les délits, les auteurs mentionnés *supra* dans les notes 293 et 294.

[311] Les systèmes, il est vrai peu nombreux, qui sont institutionnalisés ou autrement « intégrés » ou organisés peuvent varier selon le degré de « centralisation » et selon qu'ils organisent seulement la surveillance, la réaction ou les deux. Dans la mesure où l'une ou l'autre fonction est efficacement centralisée, les intérêts juridiques des divers États également ou différemment lésés peuvent être plus ou moins correctement et efficacement protégés et harmonisés. Pour les raisons déjà indiquées *supra* aux paragraphes 112 à 115 à propos des régimes dits « se suffisant à eux-même », toute restriction que les systèmes en question apporteraient aux droits des États participants ne toucherait lesdits États qu'*inter sese* au niveau du droit des traités. Les restrictions de cette nature n'atteignent pas le niveau du droit international général auquel les articles sont censés êtres portés par voie de codification ou de développement progressif des règles générales de la responsabilité des États.

[312] Voir, par exemple, Hutchinson, *loc. cit.*, p. 214; et Sachariew, *loc. cit.*, p. 282 à 285.

[313] Charney, « Third State remedies in international law », *loc. cit.*, p. 88 à 90.

[314] Sachariew, *loc. cit.*, p. 282 à 285.

[315] L'absurdité d'une pareille conséquence est soulignée par Hutchinson, *loc. cit.*, p. 214 et 215; Charney, « Third State remedies in international law », *loc. cit.*, p. 92; et Spinedi, *loc. cit.*, p. 121 à 124.

[316] Tous les auteurs qui distinguent entre les États « directement » et « indirectement » lésés sont d'accord sur ce point. Voir *supra* notes 293 et 294.

[317] L'hypothèse selon laquelle les États « indirectement lésés » pourraient, du moins dans certains cas, avoir le droit d'exiger une réparation par équivalent n'est pas exclue par Lattanzi, *op. cit.*, p. 169 et suiv., et Spinedi, *loc. cit.*, p. 106 et suiv. Dans le cadre de la CDI, l'inadmissibilité de « dommages-intérêts » en faveur des États en question a été affirmée par Riphagen dans son rapport préliminaire [*Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 130], par. 40], et Sinclair (*Annuaire... 1984*, vol. I, 1865e séance, par. 3). Cette position a été partagée par le représentant de la République fédérale d'Allemagne à la Sixième Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Sixième Commission*, 36e séance, par. 13 à 17).

[318] Les États « indirectement lésés » n'ont pas droit à la *restitutio* selon Picone, *loc. cit.*, p. 84 à 86, et Sachariew, *loc. cit.*, p. 282. Le point de vue opposé est soutenu par Ramcharan, *loc. cit.*, p. 28, et Spinedi, *loc. cit.*, p. 100 et 101.

être vrai, dans certains cas, pour un État lésé par la violation d'une obligation *erga omnes*, mais ce n'est pas la conséquence du caractère soi-disant « indirect » du préjudice; cela tient simplement à la nature du préjudice. Si, par exemple, dans le cadre d'un accord relatif aux droits de l'homme, un État viole les droits de ses propres ressortissants en opérant des arrestations arbitraires et si chacun des autres États a seulement le droit de réclamer la cessation d'un tel comportement ainsi que des garanties adéquates de non-répétition, ce n'est certainement pas la conséquence du caractère « indirect » du préjudice: c'est simplement dû au fait que les mesures réclamées sont suffisantes pour restaurer le droit subjectif de l'État qui les réclame et des autres États. L'objet de ce droit subjectif est de garantir qu'aucun des États liés par la règle ne viole les droits des êtres humains en tant que tels, quelle que soit leur nationalité. S'il n'y a pas de droit à indemnisation, ce n'est pas dû, encore une fois, au fait qu'il s'agit d'un préjudice « indirect », mais au fait que la violation n'a pas causé de dommage matériel. Cette situation n'est pas différente de celle d'un État lésé par une violation d'une obligation découlant d'un traité bilatéral qui ne cause aucun dommage matériel[319].

145. Le même raisonnement pourrait s'appliquer — dans le même cas — à la restitution en nature. Chacun des États en cause aura le droit de réclamer une *naturalis restitutio* dans la mesure où la restauration de son droit l'exige. Dans l'hypothèse envisagée *supra* au paragraphe 144, une demande de restitution en nature ne se justifierait probablement pas dans la mesure où la libération des personnes arrêtées (c'est-à-dire la cessation du fait illicite) suffirait, avec des garanties appropriées pour l'avenir, à restaurer l'intérêt juridique lésé. Mais ce ne serait pas nécessairement le cas si, par exemple, certaines des personnes détenues avaient subi un préjudice physique ou moral. Chacun des États fondés à réclamer le respect de la règle violée, bien qu'« indirectement » lésé (selon l'expression incorrecte actuellement utilisée), aurait alors le droit de réclamer une restitution en nature[320]. Des considérations analogues s'appliqueraient, *mutatis mutandis*, en cas de pollution illicite de la haute mer par les hydrocarbures. À supposer qu'il y ait violation d'une obligation *erga omnes*, les États lésés auraient-ils le droit de réclamer individuellement une restitution en nature sous forme de restauration de l'écosystème affecté ? La réponse devrait être, à notre avis, affirmative parce que chacune des parties à la relation juridique établie par la règle *erga omnes* a subi une violation de son droit et qu'elle est, par conséquent, fondée à réclamer la « restauration » (en nature) de la partie commune et protégée de l'environnement.

146. En ce qui concerne les conséquences instrumentales[321], il est facile de voir que les restrictions apportées à la faculté individuelle de recourir à des contre-mesures de la part des États lésés par la violation d'une obligation *erga omnes* ne découlent en aucune façon du caractère indirect que peut avoir le préjudice. Elles sont simplement la conséquence de l'application, dans chaque situation hypothétique ou réelle, des règles ou principes généraux régissant les contre-mesures, tels que l'obligation de demander d'abord la cessation ou la réparation ou d'épuiser d'abord les procédures de règlement des différends, et, bien entendu, la règle de la proportionnalité.

147. L'exécution desdites obligations explique, par exemple, la doctrine selon laquelle les États « indirectement » lésés n'auraient le droit de recourir à des contre-mesures qu'en l'absence de toute décision collective d'un organe représentatif sur les mesures à adopter[322] et,

[319] C'est ce que Riphagen lui-même a admis lorsqu'il a dit que les États lésés en question ne pouvaient « pas réclamer des dommages-intérêts *ex tunc* puisque, par définition, [leur] *intérêt matériel** n'a pas été lésé » [*Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 130], par. 40]. Lattanzi, par contre, estime que la somme par laquelle l'État auteur d'une violation des droits de l'homme peut indemniser la victime ou les victimes de la violation est conforme à l'obligation de réparation par équivalent en tant que forme de responsabilité à l'égard de tous les États visés par la norme qui protège le droit violé. (Voir par exemple la pratique suivie en vertu de l'article 50 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de l'article 63 de la Convention américaine des droits de l'homme.) Ces États auraient donc droit également à cette forme de réparation (Lattanzi, *op. cit.*, p. 234 à 239). Pour un exemple du droit qu'aurait tout État lésé de réclamer une réparation pécuniaire pour la violation d'obligations *erga omnes* concernant la protection de l'environnement, voir Spinedi, *loc. cit.*, p. 106 à 111. Enfin, on ne devrait pas oublier que la violation d'une obligation *erga omnes*, outre le « préjudice juridique » qu'elle cause à tous les États visés par la norme, peut aussi « affecter matériellement » un ou plusieurs de ces États à des degrés divers. C'est ce qui peut se produire dans l'exemple déjà cité de la violation de la règle du passage inoffensif dans les détroits internationaux. En pareil cas, chaque État lésé aura évidemment droit à une réparation par équivalent dans la mesure où il aura subi un dommage (pouvant être évalué en termes économiques).

[320] C'est ce qui pourrait se produire dans le cas d'une violation de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Un État qui porterait plainte pour la violation dudit article auprès de l'organe compétent aurait aussi le droit, en vertu de l'article 50 de la Convention, de demander que la victime de la violation obtienne la réparation requise ou, du moins, la somme d'argent nécessaire pour obtenir des soins médicaux. Dans la mesure où l'on peut considérer que l'interdiction de la torture fait l'objet d'une obligation *erga omnes* non écrite (voir sur ce point Marchese, *op. cit.*, chap. IV), cette demande pourrait être également présentée en vertu des normes générales relatives à la responsabilité des États.

[321] Comme rappelé *supra* au paragraphe 139, le problème du recours à des contre-mesures de la part des États qui ne sont qu'« indirectement affectés » a été examiné presque exclusivement dans le contexte des conséquences des crimes internationaux et en fonction de la pratique de certains États occidentaux qui a consisté, depuis la fin des années 70 jusqu'au milieu des années 80, à réagir à des crimes particulièrement graves (proclamation de l'état de siège en Pologne, intervention soviétique en Afghanistan, occupation de la mission des États-Unis à Téhéran, crise des Falkland/Malvinas et incident de l'avion coréen). Étant donné toutefois que, pour le moment, la discussion porte sur les « délits », référence est faite ici à la structure *erga omnes* du lien de responsabilité et non au degré de gravité de la violation.

[322] C'est la position adoptée par Charney, « Third State remedies in international law », *loc. cit.*, p. 91, 97 et 98; par Cardona Llorens, « Deberes jurídicos... », *loc. cit.*; et, parmi les membres de la CDI, par Lacleta Muñoz, pour qui

> « Quand le fait internationalement illicite affecte les intérêts collectifs de tous les États parties, la réaction devrait être collective. » (*Annuaire... 1984*, vol. I, 1867e séance, par. 17.)

Certains auteurs citent à l'appui de ce raisonnement l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel c'est seulement par accord entre eux que les États parties qui ne sont pas « spécialement atteints » par la violation d'un traité peuvent suspendre l'application de ce traité ou y mettre fin au détriment de l'État qui a commis le fait internationalement illicite (voir, par exemple, Sachariew, *loc. cit.*, p. 284). Il ne semble pas toutefois qu'une référence à l'article 60 présente un grand intérêt. En effet, cet article énonce simplement les conditions dans lesquelles un État partie au traité violé peut recourir à la suspension ou à l'extinction de ce traité à titre de contre-mesure. Par contre, *rien n'est dit*, à dessein, des conditions dans lesquelles les États lésés par la violation d'un traité — qu'ils soient ou non « spécialement atteints » —

de toute façon, qu'en dernier ressort, en l'absence d'autres remèdes[323]. Comme expliqué *supra* au chapitre Ier (voir notamment par. 13 à 23), la faculté pour tout État lésé de recourir à des représailles ne découle pas automatiquement de la violation; elle n'en découle que lorsqu'il y a eu au préalable une mise en demeure ou une sommation infructueuse et lorsque les moyens de règlement des différends ont été épuisés (voir *supra* chap. II, notamment par. 41 à 51). Dans certains cas, les règles générales qui créent des relations juridiques « intégrales » sont énoncées dans des instruments qui envisagent des procédures spéciales à appliquer en prévision ou à la suite de violations éventuelles[324]. Dans des cas de ce genre, c'est seulement si l'auteur de la violation ne s'acquitte pas de ses obligations telles qu'elles sont déterminées au moyen des procédures applicables que l'un quelconque des États lésés aura le droit de recourir « individuellement » à des mesures unilatérales pour protéger son droit (individuel) au respect de l'intérêt commun et juridiquement protégé (voir *supra* chap. VII, notamment par. 114 et 115). Plus précisément, la restriction « spéciale » qui caractériserait l'admissibilité du recours à des mesures unilatérales de la part des États « indirectement » lésés semble, par conséquent, résulter de la simple application à ce genre de situation des conditions généralement requises pour le recours licite à des contre-mesures dans n'importe quel cas concret.

148. C'est par un principe général analogue que s'explique une autre restriction « spéciale » qui caractériserait la situation des États « indirectement » lésés. Il s'agit des deux conditions selon lesquelles il faut, d'une part, que les mesures « individuelles » soient conformes à la recherche de l'intérêt collectif[325] et, d'autre part, qu'un autre État lésé n'ait pas déjà pris de mesures adéquates[326]. Ces deux conditions découlent du principe général qui est inhérent à la fonction même de la responsabilité internationale et qui consiste à assurer le respect des obligations internationales. Comme indiqué dans des rapports précédents, la cessation du fait internationalement illicite, la *restitutio*, l'indemnisation, la satisfaction et les garanties de non-répétition font l'objet de règles destinées à assurer l'exercice des droits créés par les règles auxquelles la violation a porté atteinte. Les contre-mesures sont un moyen d'obtenir la cessation ou la *restitutio* et les autres formes de réparation — et, en fin de compte, le respect de l'obligation dite « primaire ». Une fois cet objectif atteint, les règles relatives à la responsabilité cessent, pour ainsi dire, de jouer. Elles font place au jeu normal des règles dites primaires à l'égard desquelles elles ont rempli leur fonction d'appui (voir *supra* chap. Ier, notamment par. 3 et 4). C'est là précisément le mécanisme qui entre en action quand une obligation *erga omnes* a été violée et qu'il y a plusieurs États lésés.

peuvent recourir à des contre-mesures. Quand Riphagen, pour sa part, a déclaré, dans son quatrième rapport, que

> « l'intérêt commun ou collectif créé par le groupe d'États parties à un régime objectif exclut bien l'admissibilité de représailles consistant à ne pas exécuter une obligation prévue dans le régime, si ce n'est à la suite d'une décision collective prise à cet effet par ce groupe d'États » [voir *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie) [*supra* note 51], par. 97]

il ne cherchait pas à déterminer quels étaient les États autorisés à réagir, mais quelles étaient les obligations qui ne pouvaient pas être violées au moyen de contre-mesures. Riphagen n'a donc pas voulu dire que *toute réaction possible* à la violation d'obligations *erga omnes* devait être assujettie à la décision collective des États qui partagent l'intérêt collectif auquel la violation a porté atteinte; il a simplement exclu l'admissibilité, en dehors d'une décision collective, de mesures unilatérales qui violeraient l'intérêt en question.

[323] Charney, « Third State remedies in international law », *loc. cit.*, p. 95, et « Third State remedies for environmental damage... », *loc. cit.*, p. 161.

L'admissibilité du recours à une mesure quelconque par les États en question *est complètement exclue* en termes sommaires par Ramcharan, *loc. cit.*, p. 40 et 41. En ce qui concerne les conséquences des *délits*, une position analogue a été adoptée dans le cadre de la CDI par Tomuschat, selon qui seuls les États « directement affectés » auraient le droit d'adopter des contre-mesures (*Annuaire... 1985*, vol. I, 1896[e] séance, par. 38). Le représentant de la République fédérale d'Allemagne a exprimé une position similaire à la Sixième Commission (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Sixième Commission*, 24e séance, par. 10). À l'appui de l'opinion selon laquelle les États en question n'auraient pas le droit de recourir à des contre-mesures, on cite quelquefois la décision de la CIJ dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* note 147); voir, par exemple, Hutchinson, *loc. cit.*, p. 194; Charney, « Third State remedies in international law », *loc. cit.*, p. 57; et Sicilianos, *op. cit.*, p. 153 et 154. Une partie de la décision citée se lit comme suit :

> « Les faits reprochés au Nicaragua... n'auraient pu justifier des contre-mesures proportionnées que de la part de l'État qui en aurait été victime, c'est-à-dire El Salvador, le Honduras ou le Costa Rica. Ils ne sauraient justifier des contre-mesures prises par un État tiers, les États-Unis, et en particulier une intervention impliquant l'usage de la force » [*C.I.J. Recueil 1986* (voir *supra* note 147), par. 249].

Toutefois, on ne peut s'appuyer sur cette décision pour déclarer inadmissibles, de manière générale, les mesures prises par des États qui ne sont pas « spécialement affectés » par la violation d'une obligation *erga omnes*, parce que, en premier lieu, le principal but de la Cour était de condamner les mesures « impliquant l'emploi de la force » prises par les États-Unis, *mesures qui sont toujours interdites* — à l'exception de la légitime défense — indépendamment de la question de savoir si l'État qui y recourt est « plus ou moins directement lésé », et parce qu'il importe avant tout de souligner que le fait illicite commis par le Nicaragua consistait essentiellement dans la violation d'une obligation de non-intervention (ainsi que dans des violations « mineures » de l'interdiction du recours à la force). Par conséquent, la Cour a simplement considéré — et à juste titre — que l'obligation en question, en vertu du droit international général ainsi que de la Charte des Nations Unies, avait la structure d'une obligation bilatérale et non d'une obligation *erga omnes* — en d'autres termes, qu'il n'y avait pas un droit de *tous* les États au respect du principe de la non-intervention, mais qu'il y avait seulement un droit de chaque État à ne pas faire l'objet d'une intervention en violation de sa propre souveraineté. Comme la violation de ladite obligation porte simplement atteinte à une relation bilatérale, il est évident qu'un État « tiers » ne jouira pas de droits secondaires en ce qui concerne cette relation juridique — et qu'il jouira encore moins du droit de recourir à des contre-mesures contre l'auteur du fait illicite.

[324] Voir, par exemple, dans le domaine des droits de l'homme, le système des Pactes internationaux (art. 16 à 23 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; art. 28 à 45 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et Protocole facultatif se rapportant à ce pacte) ou les systèmes plus « juridictionnels » de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la Convention américaine des droits de l'homme. Pour les systèmes existant dans le domaine de la protection de l'environnement et dans des domaines qui ne relèvent de la juridiction d'aucun État, voir Charney, « Third State remedies for environmental damage... », *loc. cit.*, p. 166 à 174.

[325] Voir, par exemple, Sachariew, *loc. cit.*, p. 285.

[326] Charney, « Third State remedies in international law », *loc. cit.*, p. 95 et 96, et — du moins en ce qui concerne les réactions qualifiées de « réactions de solidarité *stricto sensu* » — Hutchinson, *loc. cit.*, p. 163 et 164. Dans le cadre de la CDI, McCaffrey a exprimé l'avis que les États « indirectement lésés » occupent une position subsidiaire par rapport à la principale victime du fait internationalement illicite (voir *Annuaire... 1985*, vol. I, 1892[e] séance, par. 7 à 11). Le représentant des États-Unis d'Amérique à la Sixième Commission a exprimé des doutes analogues sur la question de savoir si un État « indirectement » lésé peut recourir à des contre-mesures lorsqu'il existe un État « directement » lésé (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Sixième Commission*, 42e séance, par. 9).

149. En fait, les conséquences de la violation d'une obligation *erga omnes* se caractérisent par deux particularités : la première est que, comme l'intérêt collectif protégé par la règle est identique, le résultat à atteindre au moyen des mesures unilatérales est le même pour toutes les parties lésées; la seconde est que ce résultat peut être poursuivi séparément par plusieurs parties. La première particularité explique pourquoi l'adoption par un seul État de contre-mesures unilatérales ne se justifie que dans la mesure où ces mesures sont conformes à l'intérêt commun. Comme la règle violée protège un intérêt collectif, les réactions à la violation, même si elles sont nombreuses et unilatérales, ne sont licites que dans la mesure où elles ont pour fonction de garantir le maintien de la situation juridique (primaire) représentée par l'intérêt juridique commun. Toutes les réactions qui ne seraient pas conformes à une telle fonction (parce qu'elles viseraient, par exemple, les objectifs individuels d'un État donné ou d'autres objectifs qui ne sont pas protégés par la règle violée) sortiraient du domaine des conséquences (substantielles ou instrumentales) de la violation de l'obligation *erga omnes* et, dans la mesure où elles seraient contraires à des obligations internationales, seraient à leur tour illicites. Ces deux caractéristiques expliquent la raison pour laquelle, si des mesures unilatérales adéquates ont été prises à un moment donné — collectivement ou individuellement —, aucune autre réaction de la part d'un des autres États lésés ne sera licite. Une fois que, grâce à l'action d'une ou de plusieurs des parties lésées, une réparation a été obtenue pour toutes les parties (sous une ou plusieurs des formes prévues), toute autre mesure n'aurait pas d'objet légitime et serait, par conséquent, illicite.

150. Si, au contraire, les mesures déjà employées n'ont pas atteint le résultat voulu, la question de l'admissibilité de nouvelles mesures ne peut pas être réglée positivement ou négativement à priori. Elle ne peut être abordée que sous l'angle de la proportionnalité. C'est là un principe général et souple qui garantit que la mise en œuvre de la responsabilité internationale n'aboutira pas à des résultats inéquitables (voir *supra* chap. IV, notamment par. 54 à 56). Lorsque des mesures sont prises par plusieurs États à la suite d'une même violation, le respect du principe de la proportionnalité doit empêcher que l'effet cumulatif des mesures unilatérales n'entraîne une disproportion entre la réaction et la violation ou ses effets.

151. En conclusion, les problèmes particuliers posés par la violation des obligations *erga omnes* — présentés à tort comme liés à l'existence d'une pluralité d'États « indirectement » ou « directement » lésés — n'exigent ni que l'on modifie les projets d'articles adoptés ou proposés jusqu'ici, ni que l'on ajoute de nouveaux projets d'articles traitant spécifiquement de ces problèmes. Lesdits problèmes, qu'il serait plus juste de présenter sous l'angle d'une pluralité d'États également ou inégalement lésés, exigent simplement que les règles générales adoptées ou proposées jusqu'ici soient comprises et appliquées correctement. La seule disposition ad hoc utile — et même probablement indispensable — serait un nouveau projet d'article qui suivrait l'article 5 adopté en première lecture définissant l'État lésé. Ce nouveau projet d'article prévoirait simplement que, lorsqu'un fait internationalement illicite affecte plusieurs États, chacun de ces États peut exercer les droits et facultés stipulés dans les articles pertinents, dans la mesure, évidemment, où ces droits ou facultés lui appartiennent au titre du droit auquel le fait illicite a porté atteinte et du préjudice subi.

CHAPITRE IX

Projet d'article proposé

152. Le Rapporteur spécial propose à titre provisoire un projet d'article 5 *bis* ainsi libellé :

Article 5 bis

Lorsqu'il y a plusieurs États lésés, chacun d'eux est fondé à exercer les droits qui lui sont reconnus par les règles énoncées dans les articles suivants.

PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/442

Dixième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial

[Original : français]
[20 mars 1992]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	Pages
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport		54
INTRODUCTION	1-4	54
PREMIÈRE PARTIE. — EXAMEN DE CERTAINES OBJECTIONS FORMULÉES CONTRE LA CRÉATION ÉVENTUELLE D'UNE JURIDICTION PÉNALE INTERNATIONALE	5-14	54
DEUXIÈME PARTIE. — PROJET DE DISPOSITIONS ÉVENTUELLES	15-64	55
A. Le droit applicable	15-35	55
1. Projet de disposition éventuelle (variantes A et B)	15	55
Variante A	15	55
Variante B	15	55
2. Commentaire	16-35	55
B. Compétence *ratione materiae* de la cour	36-42	57
1. Projet de disposition éventuelle	36	57
2. Commentaire	37-42	57
Paragraphe 1	38-39	57
Paragraphe 2	40-41	58
Paragraphe 3	42	58
C. Plainte devant la cour	43-49	58
1. Projet de disposition éventuelle	43	58
2. Commentaire	44-49	58
D. L'action en réparation	50-55	59
1. Projet de disposition éventuelle	50	59
2. Commentaire	51-55	59
Paragraphe 1	51-54	59
Paragraphe 2	55	59
E. La remise à la cour d'une personne faisant l'objet d'une poursuite pénale	56-61	59
1. Projet de disposition éventuelle (variantes A et B)	56	59
Variante A	56	59
Variante B	56	59
2. Commentaire	57-61	59
F. La cour et le principe du double degré de juridiction	62-64	60
1. Projet de disposition éventuelle	62	60
2. Commentaire	63-64	60
Paragraphe 1	63	60
Paragraphe 2	64	60

Instruments multilatéraux mentionnés dans le présent rapport

	Sources
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, p. 277.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, p. 171.
Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973)	Ibid., vol. 1015, p. 243.

Introduction

1. Le présent rapport porte sur la question relative à la création éventuelle d'une juridiction pénale internationale. La première partie du rapport sera consacrée à l'examen de certaines objections formulées contre la création éventuelle d'une juridiction pénale internationale et la deuxième partie traitera de l'élaboration de quelques projets de dispositions éventuelles. Il convient de rappeler, à ce sujet, que l'Assemblée générale, par sa résolution 46/54, a invité la Commission du droit international

> [...] à examiner plus avant et analyser les questions soulevées dans son rapport sur les travaux de sa quarante-deuxième session au sujet de la question d'une juridiction pénale internationale, y compris la possibilité de créer une cour pénale internationale ou un autre mécanisme juridictionnel de caractère international, afin de permettre à l'Assemblée générale de fournir des directives dans ce domaine.

2. Fort opportunément, cette démarche est celle que le Rapporteur spécial avait déjà adoptée dans son neuvième rapport présenté lors de la quarante-troisième session de la CDI[1], en tentant d'approfondir deux questions importantes que pose la création d'une cour pénale internationale : la compétence de la cour et l'action pénale. Cette démarche a consisté à proposer des dispositions éventuelles afin de mieux susciter et orienter le débat de la Commission sur ces questions.

3. Dans le même but, le présent rapport essaie de revenir sur ces deux questions importantes en leur consacrant deux projets de disposition éventuelle, élaborés à la lumière des débats ayant eu lieu sur le sujet à la quarante-troisième session de la Commission[2] et à la quarante-sixième session de l'Assemblée générale[3].

4. En outre, de nouveaux projets de disposition éventuelle sont soumis à la Commission. Ils portent sur le droit applicable par la cour, sur l'action en réparation du préjudice subi, sur la remise d'une personne présumée coupable à la cour et sur le principe du double degré de juridiction.

[1] Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie), p. 39, doc. A/CN.4/435 et Add.1.

[2] Pour un résumé des débats, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2e partie), par. 67 à 165.

[3] Pour un résumé des débats, voir « Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante-sixième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.469), par. 217 à 255.

Première partie. — Examen de certaines objections formulées contre l'établissement possible d'une juridiction pénale internationale

5. Avant de traiter en détail de quelques-unes des questions concernant la création d'une cour pénale internationale, il est peut-être souhaitable d'examiner, d'un point de vue critique, certaines réserves ou objections que quelques États, soit au sein des organes de l'Organisation des Nations Unies, soit au sein de leurs institutions internes, ont formulées au sujet de la création d'une telle cour. Certaines de ces objections ont trait à la question de savoir si une telle création serait ou non souhaitable, compte tenu de la situation internationale actuelle; d'autres objections portent sur la compatibilité d'une telle cour avec des dispositions du droit interne de ces États.

6. L'une des objections de la première catégorie soutient que le système actuel de poursuite internationale basé sur la règle de la compétence universelle a donné des résultats assez satisfaisants et que la création d'une cour pourrait amoindrir la portée de cette règle et gêner son application.

7. Cette objection ne tient pas compte du fait que le principe de la compétence universelle présente d'im-

portants inconvénients. Souvent les États font l'objet de très fortes pressions, voire de chantage, ou sont victimes de violence criminelle de la part de groupes terroristes ou d'autres groupes criminels, soit pour faire obstacle au jugement d'un délinquant par l'État concerné, soit pour faire obstacle à son extradition. À cause de ces pressions, l'État concerné n'extrade pas, et, s'il décide de juger lui-même les crimes, le résultat du procès peut ne pas être équitable, soit parce que l'accusé est acquitté, soit parce qu'il est condamné à une peine tout à fait dérisoire, une peine de complaisance, en disproportion avec la gravité des crimes commis. En raison du principe *non bis in idem*, l'accusé ne peut être poursuivi à nouveau.

8. On a soutenu aussi qu'un État qui a des réticences pour extrader un accusé à la demande d'un autre État aura les mêmes réticences à l'égard d'une cour pénale internationale. Cependant, une cour internationale paraît offrir plus de garantie d'objectivité et d'indépendance qu'un État tiers plus exposé aux pressions de toutes sortes et plus sensible aux interventions politiques.

9. On a également fait valoir qu'une cour pénale internationale peut devenir un organe politisé et, ainsi, manquer souvent d'objectivité. La réalité internationale montre que ce risque peut s'avérer bien plus vraisemblable dans les cas où les poursuites sont exercées par des États faibles dénués d'une structure gouvernementale suffisamment forte pour faire face aux entreprises des organisations criminelles. D'ailleurs, l'évolution récente de la situation internationale rend beaucoup plus improbable la possibilité qu'une cour criminelle internationale devienne politisée.

10. Une autre objection contre la création éventuelle d'une cour criminelle internationale est fondée sur la complexité des problèmes que pose cette création. Certains émettent des doutes sur la possibilité d'obtenir un accord international sur des problèmes très compliqués et difficiles comme la renonciation par un État à sa faculté souveraine de juger ses nationaux, la compétence de la cour, les règles de procédure, les moyens de preuve, l'autorité chargée des poursuites et les peines applicables.

11. Mais, en réalité, la plupart de ces questions ne sont pas plus complexes que des questions similaires examinées et tranchées dans le passé lors de la création d'autres organes judiciaires internationaux, tels que la CIJ et la Cour européenne des droits de l'homme. Plutôt qu'un écueil de caractère technique, ces objections semblent refléter un manque de volonté politique.

12. Quant à l'incompatibilité d'une cour pénale internationale avec les dispositions du droit interne de certains États, l'aspect le plus souvent cité comme le plus important est peut-être celui qui a trait à la protection des droits fondamentaux de l'homme. Selon cette objection, une cour internationale serait moins en mesure d'assurer la protection de ces droits qu'un tribunal interne, qui serait lié par les dispositions constitutionnelles du droit interne relatives aux droits de l'homme.

13. Mais un examen sommaire de la réalité internationale en cette matière semble indiquer justement des conclusions contraires. Très souvent, quand un pays essaie de réprimer lui-même des crimes qui sont le produit d'une criminalité organisée, tels que le terrorisme ou le trafic de stupéfiants, il se trouve exposé à des difficultés auxquelles il ne peut répondre qu'en faisant usage de méthodes de répression quelquefois peu compatibles avec le respect des droits fondamentaux de l'homme. En revanche, une cour internationale permettrait d'établir une certaine distance entre l'auteur présumé du crime et l'État qui en a été la victime, rendant ainsi possibles toutes les garanties judiciaires internationalement requises.

14. En réalité, plusieurs objections semblent méconnaître l'existence d'un éventail très large de solutions possibles, solutions qui pourraient apaiser les inquiétudes soulevées, pour peu qu'on ait la volonté de les rechercher. C'est ce à quoi s'attachent les projets de dispositions éventuelles ci-dessous.

Deuxième partie. — Projet de dispositions éventuelles

A. — Le droit applicable

1. Projet de disposition éventuelle (variantes A et B)

15. En matière de droit applicable et aux fins signalées aux paragraphes 2 et 3 ci-dessus, le Rapporteur spécial présente les deux variantes ci-après d'un projet de disposition éventuelle :

Variante A

La cour applique le droit international pénal et, le cas échéant, le droit interne.

Variante B

La cour applique :

***a*) Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, ayant trait à la poursuite et à la répression des crimes de droit international;**

***b*) La coutume internationale en tant que preuve d'une pratique acceptée comme étant le droit;**

***c*) Les principes généraux de droit pénal reconnus par l'Organisation des Nations Unies;**

***d*) Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes hautement qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit;**

***e*) Le cas échéant, le droit interne.**

2. Commentaire

16. La variante A est synthétique et globale, tandis que la variante B est analytique et énumérative. Mais il n'y a entre les deux aucune différence quant au fond.

17. Le « droit international pénal » que vise globalement la variante A est constitué par les conventions internationales, la coutume internationale, les principes généraux de droit pénal, la jurisprudence et la doctrine internationale, toutes choses énumérées dans la variante B. La variante A s'inspire de la méthode du projet rédigé par le Comité de 1953 pour une juridiction criminelle internationale[4]. Selon l'article 2 de ce projet,

> La cour applique le droit international, y compris le droit pénal international, et, le cas échéant, le droit interne[5].

18. Le présent Rapporteur spécial a préféré l'expression « droit international pénal » à l'expression « droit pénal international ». Il y a une différence de contenu et d'objet entre ces deux notions, du moins en droit français. Le droit pénal international est une discipline qui étudie les conflits de lois pénales internes, et les solutions que les États, soit unilatéralement, soit par accord ou convention, apportent à ces conflits. En ce sens, le droit pénal international serait plutôt une branche du droit interne, car ce sont les États qui édictent souverainement les règles applicables à ces conflits de lois ou qui concluent les accords y relatifs.

19. Le droit international pénal explore un tout autre domaine. Il ne s'intéresse pas aux conflits de lois internes. Son domaine est celui des crimes du droit des gens *(jus gentium)*, c'est-à-dire des crimes qui, par leur extrême gravité ou leur caractère particulièrement odieux ou monstrueux, affectent le genre humain. C'est pourquoi on considère, généralement, que la définition de telles infractions et leur qualification relèvent du droit international. On comprend dès lors que la communauté internationale recherche un système international de répression de ces crimes.

20. Déjà, deux conventions internationales attribuent expressément compétence (compétence facultative, il est vrai) à une juridiction internationale pour connaître de ces infractions. Il s'agit de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. VI) et de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (art. V).

21. Antérieurement à ces conventions, le statut annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe[6] et celui annexé à la proclamation spéciale du Commandant en chef suprême pour les puissances alliées, faite à Tokyo le 19 janvier 1946[7], avaient fourni la base juridique pour la création des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, respectivement, dans le but de punir les grands « criminels de guerre ». À son tour, la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié[8] instituait des tribunaux internationaux dans les zones d'occupation pour punir les autres criminels de guerre qui occupaient un rang moins élevé dans la hiérarchie militaire, administrative ou civile.

22. Il est vrai que la création de ces juridictions a été critiquée au motif qu'elles étaient des tribunaux ad hoc, créés pour les besoins de la cause, en violation de la règle *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Il n'en demeure pas moins que cette création répondait à l'idée selon laquelle la gravité et le caractère odieux et monstrueux de certains crimes justifiaient la compétence d'une juridiction pénale internationale.

23. Dans le cadre limité d'un commentaire, on ne peut énumérer toutes les conventions se rapportant à des faits illicites internationaux que l'on peut qualifier aujourd'hui de crimes internationaux. On pourra se reporter au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qui, s'il était adopté, constituerait la base conventionnelle la plus large, puisqu'il énumère les actes criminels qui, à ce jour, préoccupent le plus la communauté internationale. Cependant, les conventions ne constituent pas le seul droit applicable, malgré tout l'effort de codification entrepris. La coutume occupe également une place qui ne saurait être négligée.

24. Déjà, le projet de convention portant création d'une Cour criminelle internationale, adopté par l'Assemblée internationale de Londres en 1943[9], plaçait la coutume en tête des règles de droit applicable par une juridiction pénale internationale en attendant l'adoption d'une convention qui fixe les grands principes du droit pénal international, qui définisse les crimes et qui édicte les sanctions (art. 27).

25. Plus tard, le projet de statut d'une cour internationale criminelle, établi par l'Association de droit international en 1926[10] devait prévoir « la coutume internationale comme preuve d'une coutume générale acceptée ayant la force d'une loi » (art. 23, par. 2).

26. Cependant, l'application de la coutume en droit international pénal est très malaisée en raison du caractère strict de ce droit, dans lequel prévaut généralement la règle écrite.

27. Si l'application de la coutume est difficile, celle des principes généraux du droit ne l'est pas moins. Elle suscite aussi un vaste débat. Les tenants d'une certaine école formaliste ont prétendu que certains principes, comme le principe *nullum crimen sine lege*, ne peuvent être reconnus en droit pénal international que s'ils sont consacrés par des conventions.

28. Aujourd'hui, cette controverse s'est apaisée depuis que ce principe est consacré dans des instruments internationaux avec l'adoption de la Déclaration universelle

---

[4] Voir « Rapport du Comité de 1953 pour une juridiction criminelle internationale, 27 juillet-20 août 1953 » [*Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 12* (A/2645)], annexe.

[5] Ibid., p. 24.

[6] Statut de Nuremberg (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279).

[7] Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (Tribunal de Tokyo), Tokyo, 19 janvier 1946, *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII, p. 354 et suiv.

[8] Loi relative au châtiment des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité, édictée à Berlin le 20 décembre 1945 (*Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, n° 3, 31 janvier 1946).

[9] Pour le texte du projet, voir Nations Unies, *Historique...*, p. 105, annexe 9, sect. B.

[10] Voir ILA, *Report of the Thirty-fourth Conference, Vienna, 5-11 August 1926*, Londres, 1927, p. 130 à 142. Reproduit dans Nations Unies, *Historique...*, p. 66, annexe 4.

des droits de l'homme[11] (art. 11, par. 2) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 15, par. 1). Mais la difficulté demeure pour le principe *non bis in idem* qui n'a reçu qu'une acceptation timide par la CDI dans l'article 9 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté en première lecture[12]. D'une manière générale, cependant, il ne fait aucun doute que les principes relatifs aux droits fondamentaux de l'homme sont applicables en droit international pénal.

29. Il est peut-être utile de signaler que l'ILA, dans son projet de statut d'une juridiction pénale internationale, adopté en 1984[13], a inclus le libellé suivant à l'article 22 :

1. La cour appliquera la définition d'une infraction particulière telle qu'elle est prévue par la convention en vigueur dans les États contractants impliqués. La Cour appliquera le droit international, y compris les principes généraux du droit reconnus par les nations.

Il ne fait pas de doute non plus que la jurisprudence et la doctrine sont applicables en droit pénal international lorsqu'elles reflètent une pratique généralement acceptée.

30. Enfin, parmi les éléments qui constituent le droit applicable, doit aussi figurer le droit interne. On ne saurait perdre de vue que la cour peut être amenée à appliquer le droit interne d'un État qui lui a attribué compétence, notamment pour la détermination de la peine. Bien entendu, dans cette hypothèse, le droit interne de l'État considéré ne doit pas être incompatible avec les principes généraux du droit pénal.

31. L'hypothèse, prévue ci-dessus, a été envisagée dans le projet de 1943 de l'Assemblée internationale de Londres où il est dit que :

Si la Cour est appelée à considérer la loi d'un État qui ne compte pas de ressortissant parmi les juges siégeant dans l'affaire, elle pourra inviter à siéger à ses côtés, avec voix consultative et pour les points de droit seulement, un jurisconsulte ayant une compétence reconnue en la matière[14]. (Art. 27, par. 4.)

32. Voilà donc ce que recouvre l'expression « droit international pénal ».

33. La variante A, qui a un caractère synthétique, n'est pas si innovatrice qu'elle le paraît. Elle s'inspire de la démarche du projet du Comité de 1953 pour une juridiction criminelle internationale[15], réserve faite de la différence de terminologie qui a été signalée au début de ce commentaire.

34. La variante B, quant à elle, reflète la tendance la plus courante. Tous les projets de statut d'une cour pénale internationale élaborés jusqu'à ce jour, à l'exception du projet mentionné *supra* aux paragraphes 17 et 33, ont utilisé cette méthode énumérative. Il en est ainsi du projet de convention élaboré par l'Assemblée internationale de Londres en 1943[16] (art. 27), du projet de statut élaboré par l'ILA en 1926[17] et, dans un autre domaine, de l'Article 38 du Statut de la CIJ.

35. Pour résumer, les deux variantes ne présentent aucune différence de fond; il appartiendra à la Commission de choisir.

B. — Compétence *ratione materiae* de la cour

1. Projet de disposition éventuelle

36. En matière de compétence *ratione materiae* de la cour, et aux fins signalées *supra* aux paragraphes 2 et 3, le Rapporteur spécial propose le projet de disposition éventuelle suivant :

1. Tout État partie au présent statut reconnaît la compétence exclusive et obligatoire de la cour pour les crimes suivants :

— Le génocide;

— Les violations systématiques ou massives des droits de l'homme;

— L'apartheid;

— Le trafic international illicite de stupéfiants;

— La capture d'aéronefs et l'enlèvement de diplomates ou de personnes jouissant d'une protection internationale.

2. Pour tout crime, autre que ceux énumérés ci-dessus, la cour ne peut être saisie que si compétence a été attribuée par l'État ou les États sur le territoire desquels le crime est présumé avoir été commis, et par l'État victime ou dont les ressortissants ont été les victimes.

3. La cour n'est pas une juridiction d'appel des décisions rendues par les juridictions nationales.

2. Commentaire

37. La disposition ci-dessus prévoit un double régime de compétence : la compétence exclusive et la compétence facultative.

Paragraphe 1

38. Le paragraphe 1 est consacré à la compétence exclusive de la cour. Tout État qui adhère au statut de la cour reconnaît cette compétence exclusive. Certains crimes, en raison de leur particulière gravité, de leur caractère odieux et du préjudice considérable qu'ils causent au genre humain, doivent relever d'une cour pénale internationale.

39. La liste proposée est limitative. Cependant, la Commission pourra l'étendre ou, au contraire, la réduire. La démarche s'inspirera d'une prudence nécessaire. La cour devra faire preuve de sagesse et de modération pour inspirer confiance et vaincre les réticences. De cette manière, le domaine de la compétence exclusive pourra s'élargir progressivement.

---

[11] Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale.

[12] Pour le texte du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté en première lecture, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2e partie), p. 98 à 102.

[13] ILA, *Report of the Sixty-first Conference, Paris, 26 August-1 September 1984*, Londres, 1985, p. 257, appendice A1.

[14] Voir *supra* note 9.

[15] Voir *supra* note 4.

[16] Voir *supra* note 9.

[17] Voir *supra* note 10.

Paragraphe 2

40. Au sein de la Commission, une tendance assez forte s'est dégagée contre la règle de la compétence exclusive. Les adversaires de cette règle ont considéré que la cour ne pouvait être saisie que si compétence lui était attribuée par les États directement concernés par le crime, soit que celui-ci ait été commis sur leur territoire, soit que ces États ou leurs ressortissants en aient été les victimes. C'est pourquoi le paragraphe 2 consacre également la compétence facultative. Ce double régime de compétence réduit ainsi le champ de la règle d'attribution de compétence qui n'est plus aussi systématique et absolue que dans le projet du Comité de 1953 pour une juridiction criminelle internationale[18] (art. 27). Cette méthode permet ainsi de faire une distinction entre les crimes les plus graves, comme le génocide ou l'apartheid, qui portent atteinte de façon massive ou systématique à des valeurs universelles, et les autres crimes, et de limiter la règle de la compétence exclusive aux crimes de la première catégorie.

41. Le présent projet de disposition éventuelle est donc une solution moyenne, entre les partisans de la compétence exclusive et les partisans d'une application systématique et générale de la règle d'attribution de compétence.

Paragraphe 3

42. Le paragraphe 3 vient clore un débat qui a été également soulevé au sein de la Commission et qui a porté sur la question de savoir si la cour pouvait avoir compétence pour examiner en appel les décisions rendues par les juridictions les plus élevées de l'ordre interne. De nombreux membres de la Sixième Commission de l'Assemblée générale ont déclaré devant ladite Commission qu'un tel appel était incompatible avec la souveraineté des États[19].

C. — Plainte devant la cour

1. Projet de disposition éventuelle

43. En matière de plainte devant la cour, et aux fins signalées *supra* aux paragraphes 2 et 3, le Rapporteur spécial propose le projet de disposition éventuelle suivant qui concerne la saisine de la cour :

1. Seuls les États ou les organisations internationales ont le droit de saisir la cour d'une plainte.

2. Il est indifférent que l'individu contre lequel une plainte est dirigée ait agi en tant que particulier ou en tant que personne investie d'un pouvoir officiel.

2. Commentaire

44. En ce qui concerne un projet de disposition éventuelle que le Rapporteur spécial avait proposé dans son neuvième rapport[20], un débat intéressant s'était instauré au sein de la CDI quant aux conditions d'exercice de l'action publique[21]. Un aspect de ce débat touchait le point de savoir si l'action publique pouvait être exercée par les États. Il s'agissait, en vérité, d'un faux débat. Il est évident qu'aucun État, pris en particulier, n'a le pouvoir d'exercer directement un pouvoir qui n'appartient qu'à la cour ou à une autorité chargée de l'action publique internationale. Mais il est évident également que tout État lésé par une infraction internationale a le pouvoir de saisir la cour d'une plainte. Cette plainte doit entraîner, si elle est justifiée, le déclenchement de l'action publique internationale.

45. Le projet de statut pour la création d'une chambre criminelle au sein de la Cour internationale de Justice, adopté par l'Association internationale de droit pénal à Paris, le 16 janvier 1928, et révisé en 1946[22], disposait au second paragraphe de l'article 20 que l'action pénale internationale « peut également être exercée par un État déterminé » [chap. III, sect. 1 (De l'action pénale internationale)].

46. Pour mettre un terme à tout débat sur ce point, le Rapporteur spécial préfère employer l'expression « plainte devant la cour ».

47. Le paragraphe 2 apporte une précision nécessaire. On pourrait être tenté de considérer que seuls les particuliers peuvent être l'objet d'une plainte. Ce serait une grave erreur. La plupart des crimes relevant de la compétence exclusive de la cour (génocide, apartheid et autres crimes semblables) ne peuvent être que le fait de personnes investies d'un pouvoir de commandement. Ces crimes s'analysent aussi en des abus d'autorité ou en des détournements de pouvoir. Les auteurs de ces crimes jouiraient d'une véritable impunité si leur qualité officielle leur faisait bénéficier d'une sorte d'impunité.

48. Du reste, aussi bien le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954[23] (art. 3), que les principes de Nuremberg, adoptés par la Commission[24] (principe III) disposent que le fait que l'auteur d'un acte a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement ne dégage pas sa responsabilité en droit international. De même, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité, adopté en première lecture[25], dispose :

Article 13. — Qualité officielle et responsabilité

La qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité [...] ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale.

49. Le projet de disposition proposé *supra* au paragraphe 43 limite le droit de porter plainte aux États et aux organisations internationales. On pourrait se demander si des personnes morales de droit interne, comme les associations de lutte contre le racisme ou pour la protection des droits de l'homme, ne pourraient pas saisir la cour d'une plainte. Bien que ces associations soient des asso-

[18] Voir *supra* note 4.

[19] Pour un résumé des débats, voir « Résumé thématique... » (*supra* note 3), par. 233.

[20] Voir *supra* note 1.

[21] Voir le neuvième rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 1), par. 56 à 59 et *Annuaire... 1991*, vol. II (2e partie), par. 146 à 152.

[22] Reproduit dans Nations Unies, *Historique...*, p. 80, annexe 7.

[23] Adopté par la CDI à sa sixième session; texte reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), par. 18.

[24] Principes du droit international consacrés dans le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal; texte reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), par. 45.

[25] Voir *supra* note 12.

ciations de droit interne, le caractère universel de leur but ne peut-il pas être pris en considération ? Le présent rapport n'adopte pas une position bien précise, mais la question mérite certainement un débat devant la Commission.

D. — L'action en réparation

1. Projet de disposition éventuelle

50. En matière d'action en réparation, et aux fins signalées *supra* aux paragraphes 2 et 3, le Rapporteur spécial propose le projet de disposition éventuelle suivant :

1. Tout État ou toute organisation internationale peut se constituer partie civile pour obtenir réparation du préjudice subi du fait d'un crime dont la cour est saisie.

2. Un État peut également se constituer partie civile pour le compte de ses ressortissants.

2. Commentaire

Paragraphe 1

51. Le paragraphe 1 pose le principe général du droit à réparation. L'action en réparation d'un préjudice subi du fait d'un acte criminel peut donner lieu à une action séparée ou à une action conjointe.

52. En droit interne, l'action en réparation peut être conjointe avec l'action pénale et, dans ce cas, le juge pénal est appelé à se prononcer en même temps sur l'action pénale et sur l'action civile. Il arrive également que la victime d'un délit ne saisisse pas le tribunal pénal, mais préfère plutôt demander la réparation de son préjudice à un tribunal civil.

53. On peut imaginer une situation similaire en droit international. Rien n'interdirait à la victime d'un acte illicite international, constituant un crime, de saisir la CIJ sur la base de l'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'Article 36, uniquement pour obtenir réparation du préjudice qu'elle a subi, même dans le cas où une cour pénale internationale existerait. La question est de savoir si, dans cette hypothèse, la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'État pourrait être invoquée. La CIJ devrait-elle suspendre l'examen de la requête en réparation, en attendant que la cour pénale internationale se prononce sur la culpabilité ?

54. On anticipe ainsi sur l'applicabilité, en droit international, de règles de droit interne, et il vaut mieux, peut-être, rester prudent à ce stade du développement du droit pénal international.

Paragraphe 2

55. Le paragraphe 2 réserve le droit d'introduire l'action en réparation aux États et aux organisations internationales, les États pouvant agir soit pour leur propre compte, soit pour le compte de leurs ressortissants. Cependant, on peut se demander si les associations ou organisations internes poursuivant un but humanitaire ne devraient pas être autorisées à agir en réparation devant la cour pénale internationale. C'est une question de choix sur laquelle le débat au sein de la Commission pourra fournir un éclairage utile.

E. — La remise à la cour d'une personne faisant l'objet d'une poursuite pénale

1. Projet de disposition éventuelle (variantes A et B)

56. En matière de remise à la cour d'une personne faisant l'objet d'une poursuite pénale, et aux fins signalées *supra* aux paragraphes 2 et 3, le Rapporteur spécial propose les deux variantes ci-après d'un projet de disposition éventuelle :

Variante A

La remise de l'auteur présumé d'un crime au parquet de la cour n'est pas un acte d'extradition. Aux fins d'application du présent statut, la Cour criminelle internationale est réputée être une juridiction commune à tous les États parties au statut, et la justice rendue par elle n'est pas considérée comme émanant d'une juridiction étrangère.

Variante B

Tout État partie au présent statut est tenu de remettre au parquet de la cour, sur la demande de celle-ci, tout auteur présumé d'un crime relevant de sa compétence.

2. Commentaire

57. Le mot « remise » figurant dans le titre de ce projet de disposition est employé à dessein pour bien montrer qu'il ne s'agit pas d'une extradition. L'extradition intervient dans un système de compétence universelle, tel que celui prévu par l'article 6 (ancien article 4) du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en première lecture[26]. Elle peut également intervenir entre la cour et un État non partie au statut de celle-ci.

58. Par contre, lorsqu'il s'agit d'un État partie au statut de la cour, il semble qu'il ne puisse pas s'agir d'une extradition, mais d'une remise à la cour. En introduisant cette disposition dans le statut de la cour, on règle le problème une fois pour toutes. Tout État partie, sachant qu'il est lié au statut, saura qu'il est également lié à cette obligation qui y est stipulée.

59. La variante A, plus longue et plus explicative, montre bien pourquoi il n'est pas question d'une extradition mais d'une simple remise, lorsqu'il s'agit d'un État partie au statut de la cour. L'extradition ne doit intervenir que lorsqu'il s'agit d'un État non partie au statut de la cour.

60. La variante A s'inspire de l'article 5 du projet de convention portant création d'une Cour criminelle internationale, de 1943, qui se lit :

[26] Ibid.

Article 5. — Nature juridique de la remise des accusés à la Cour criminelle internationale

La remise d'un accusé au parquet de la Cour criminelle internationale n'est pas une extradition. Aux fins d'application de la présente Convention, la Cour criminelle internationale est réputée être une juridiction pénale commune à toutes les nations, et la justice rendue par elle n'est pas considérée comme une justice étrangère[27].

61. La variante B, plus courte, se borne à énoncer la règle sans l'expliquer. Il n'y a aucune différence de substance entre les deux variantes.

F. — La cour et le principe du double degré de juridiction

1. Projet de disposition éventuelle

62. En matière de principe du double degré de juridiction, et aux fins signalées *supra* aux paragraphes 2 et 3, le Rapporteur spécial propose le projet de disposition éventuelle suivant :

1. La cour connaît en premier et dernier ressort des affaires criminelles relevant de sa propre compétence.

2. Toutefois, pour garantir le double degré de juridiction, une chambre spéciale, composée de juges à l'exclusion de ceux qui ont participé à une décision, pourra examiner un appel introduit contre cette décision.

2. Commentaire

Paragraphe 1

63. Le paragraphe 1 s'inspire de certains systèmes juridiques, selon lesquels les décisions rendues par les cours d'assises, qui sont les plus hautes juridictions nationales en matière criminelle, ne sont pas susceptibles d'appel. Tel est le cas du système judiciaire français et des systèmes apparentés. Le seul recours possible contre les arrêts des cours d'assises est le pourvoi en cassation, pourvoi limité seulement à l'examen de la conformité de la décision avec le droit, mais où les faits ne peuvent être remis en cause.

Paragraphe 2

64. Le paragraphe 2 tient plutôt compte de l'opinion exprimée au sein de la Commission, selon laquelle l'appel est un droit qui fait partie des garanties fondamentales de la personne humaine. Comme il est impossible de créer une juridiction d'appel qui serait hiérarchiquement supérieure à la cour pénale internationale, il a été imaginé un système de recours interne donnant à des juges n'ayant pas participé à une décision le pouvoir de la réexaminer en appel.

[27] Voir *supra* note 9.

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIABLES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

[Point 5 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/443*

Huitième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Julio Barboza, rapporteur spécial

[Original : anglais/espagnol]
[15 avril 1992]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	Pages
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport		62
INTRODUCTION	1-8	63
A. Les articles proposés à ce jour	1-2	63
B. Les dix premiers articles	3-6	63
1. Observations de caractère général	3-4	63
2. L'article 2	5-6	63
C. La seconde série d'articles	7-8	64
1. Le principe de la non-discrimination (art. 10)	7	64
2. Les autres articles	8	64
Chapitres		
I. DÉVELOPPEMENT DU PRINCIPE DE PRÉVENTION	9-30	64
A. Les obligations de prévention	9-12	64
B. Autre solution	13	66
C. Traitement conjoint des mesures unilatérales de prévention	14-17	66
D. La nécessité de consulter. — Différences selon l'activité	18-28	67
E. Notification, information et envoi d'un avertissement par l'État affecté	29-30	69
II. DISPOSITIONS CONTENANT DES RECOMMANDATIONS EN MATIÈRE DE PRÉVENTION (ART. I À IX DE L'ANNEXE)	31	70
Annexe	31	70
Article I. — Mesures de prévention	31	70
Article II. — Notification et information	31	70
Article III. — Sécurité nationale et secrets industriels	31	71
Article IV. — Activités à effets nocifs : consultation préalable	31	71
Article V. — Solutions de rechange pour les activités à effets nocifs	31	71
Article VI. — Activités à risque : consultations en vue de déterminer un régime	31	71
Article VII. — Initiative des États affectés	31	71
Article VIII. — Règlement des différends	31	72
Article IX. — Facteurs de l'équilibre des intérêts	31	72
Appendice. — Développement de certaines notions contenues dans l'article 2 du projet d'articles présenté dans les précédents rapports	1-20	72
A. — Observations d'ordre général	1	72
B. — La notion de risque	2-9	73
C. — La notion de dommage	10-20	74

* Incorporant les documents A/CN.4/443/Corr.1 et A/CN.4/443/Corr.3.

Instruments multilatéraux mentionnés dans le présent rapport

	Sources
Convention relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers (Rome, 7 octobre 1952)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 310, p. 181.
Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Paris, 29 juillet 1960) et Protocole additionnel (Paris, 28 janvier 1964)	Ibid., vol. 956, p. 251 et 325.
Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires (Bruxelles, 25 mai 1962)	AIEA, *Conventions internationales relatives à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, Collection juridique n° 4, éd. rév., Vienne, 1976, p. 93.
Convention complémentaire à la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Bruxelles, 31 janvier 1963)	Ibid., p. 102.
Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (Vienne, 21 mai 1963)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1063, p. 265.
Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau (Moscou, 5 août 1963)	Ibid., vol. 480, p. 43.
Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Bruxelles, 29 novembre 1969)	Ibid., vol. 973, p. 3.
Traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol (Londres, Moscou et Washington, 11 février 1971)	Ibid., vol. 955, p. 115.
Convention relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitats de la sauvagine (Ramsar, 21 février 1971)	Ibid., vol. 996, p. 245.
Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (Londres, Moscou et Washington, 29 mars 1972)	Ibid., vol. 961, p. 187.
Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (New York, 10 décembre 1976)	Ibid., vol. 1108, p. 151.
Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin (Londres, 17 décembre 1976)	PNUE, *Recueil des traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Série références 3, Nairobi, 1982, p. 49.
Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979)	CEE, *Conventions sur l'environnement*, p. 7.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	*Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XVII (numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122.
Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique (Wellington, 2 juin 1988)	*Revue générale de droit international public* (Paris), 1989, t. 93, p. 102.
Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD) [Genève, 10 octobre 1989]	*Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD)* [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.90.II.E.39].
Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, 25 février 1991)	CEE, *Conventions sur l'environnement*, p. 109.

Introduction

A. — Les articles proposés à ce jour

1. En cette première année du mandat quinquennal de la CDI et compte tenu de la présence de nombreux membres nouveaux, il convient de faire le point sur l'état du sujet. À cet effet, on ne peut que recommander la lecture du septième rapport du Rapporteur spécial[1], qui donne une vue d'ensemble des articles proposés à ce jour et des réactions enregistrées tant à la CDI qu'à la Sixième Commission de l'Assemblée générale; le lecteur pourra également y prendre connaissance de certaines des orientations suggérées pour le développement ultérieur des aspects les plus importants du projet.

2. Cela étant, il est bon de rappeler que la page des débats généraux est à présent tournée et que, en conséquence, il faudrait limiter la discussion, dans toute la mesure du possible, au contenu du présent rapport.

B. — Les dix premiers articles

1. Observations de caractère général

3. La CDI a examiné deux séries de textes. La première série est constituée des dix premiers articles, présentés dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial[2] et transmis pour examen au Comité de rédaction[3]. Lors du débat qui a précédé cette transmission, d'importantes modifications ont été proposées, qui ont porté tant sur le fond que sur la forme. L'examen du rapport par la Sixième Commission a donné lieu à d'autres observations[4] dont le Rapporteur spécial a cru devoir tenir compte également. Toutes ces observations ont servi de base à neuf articles présentés dans le cinquième rapport[5] qui ont été discutés par la CDI et transmis comme éléments d'appréciation au Comité de rédaction. Il n'est resté que neuf articles sur les dix proposés, car un consensus s'est dégagé en faveur de la suppression de l'article 8 (La participation)[6]. On trouvera dans le sixième rapport des notes à certains de ces articles[7], qui présentent des propositions de forme quelque peu différentes, destinées au Comité de rédaction et, bien entendu, à la CDI, qui les examinera le moment venu.

4. Le Comité de rédaction aura donc à sa disposition la version des dix premiers articles qui lui avaient été envoyés initialement, ainsi que les éléments d'appréciation qu'offrent les neuf articles du cinquième rapport, et les propositions énoncées dans les notes relatives à certains des articles de l'annexe au sixième rapport.

2. L'article 2

5. Compte tenu de la nature très particulière du sujet et du fait qu'il n'existe pas encore d'instruments de type général comme celui que la CDI pourrait éventuellement proposer, à partir du sixième rapport, la plupart des articles ont un caractère tout à fait expérimental, l'objectif visé étant essentiellement de recueillir les réactions des membres de la CDI et de la Sixième Commission et de donner une vue d'ensemble du projet d'articles. Pour tenter de donner satisfaction à une minorité qui préconisait, avec beaucoup d'insistance, l'établissement d'une liste d'activités dangereuses afin de mieux cerner le sujet, on a repris à titre expérimental l'idée des « substances dangereuses » et autres substances analogues figurant dans l'important projet de convention sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement, du Conseil de l'Europe[8]. De ce fait, il a fallu amender le texte original de l'article 2 (Expressions employées) et d'autres articles, pour tenir compte de la nouvelle idée des substances dangereuses. La CDI et la Sixième Commission ne se sont pas montrées favorables à cette idée ni, de ce fait, aux modifications apportées en conséquence. Le Comité de rédaction n'ignore donc pas que les alinéas *a* à *d* de l'article 2 proposés dans le sixième rapport[9] ne sont pas acceptables et qu'il devrait, en principe, reprendre comme texte de base la rédaction proposée dans le cinquième rapport, en y apportant les modifications dont il sera rendu compte.

6. L'article 2 possède une caractéristique bien particulière. On a dit, à l'époque[10], qu'il devait rester ouvert pour permettre, le cas échéant, d'y introduire des termes nouveaux ou de modifier certaines des notions qui y figuraient, compte tenu du développement ultérieur du projet. Il s'agit donc d'un article flexible. Le sixième rapport comporte une section qui traite des autres modifications à apporter à l'article 2 et aux autres dispositions générales[11] dont le Comité de rédaction aura à tenir compte, car elle ne se rapporte pas à la notion de « substances dangereuses », mais à d'autres notions qu'il a paru nécessaire de définir après l'envoi de l'article 2 au Comité de rédaction, comme faisant partie des dix premiers articles.

---

[1] Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie), p. 73, doc. A/CN.4/437.

[2] Voir *Annuaire... 1988*, vol. II (1re partie), p. 253, doc. A/CN.4/413.

[3] *Annuaire... 1988*, vol. II (2e partie), par. 101.

[4] Voir « Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa quarante-troisième session, établi par le Secrétariat » (A/CN.4/L.431), sect. B.

[5] Voir *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie), p. 145, doc. A/CN.4/423.

[6] Pour le texte proposé, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2e partie), par. 22.

[7] *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), p. 111, doc. A/CN.4/428 et Add. 1, annexe, notes a à j.

[8] Le texte sur lequel est basé le débat dans le présent rapport est le projet qui figure dans le document DIR/JUR (92) 1 du Conseil de l'Europe, en date du 27 janvier 1992, ultérieurement adopté en tant que document DIR/JUR (92) 3 du 31 juillet 1992. Pour les débats qui ont porté sur un projet antérieur, voir le sixième rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie) [*supra* note 7]), p. 92 et 93, par. 15 à 17.

[9] Ibid., annexe.

[10] Ibid., p. 93, par. 19.

[11] Ibid., p. 94 à 96, par. 22 à 25.

C. — La seconde série d'articles

1. Le principe de la non-discrimination (art. 10)

7. Le sixième rapport contient un nouvel article 10 (La non-discrimination)[12] qui a reçu un appui général. Il devrait donc être transmis au cours de la présente session au Comité de rédaction pour permettre à ce dernier de terminer l'examen des principes régissant le sujet qui ont été proposés jusqu'ici pour être inclus dans le chapitre II du projet.

2. Les autres articles

8. On trouve ensuite une série d'articles (art. 11 à 33[13]) regroupés dans plusieurs chapitres : le chapitre III traite du principe de la prévention; le chapitre IV, de la responsabilité de l'État; et le chapitre V, de la responsabilité civile. Comme on l'a dit plus haut, ces chapitres ont un caractère purement exploratoire et la CDI, telle qu'elle est nouvellement constituée, ne devrait pas en tenir compte pour le moment. À mesure que l'on progressera dans l'examen du sujet, on proposera ces articles ou d'autres, mieux arrêtés, compte tenu des débats qu'ils auront suscités à la CDI et à l'Assemblée générale. Ainsi, compte tenu des conclusions des derniers débats qui paraissent avoir été décisifs, le présent rapport contient des articles déjà plus concrets relatifs à la prévention (voir *infra* chap. II). En outre, quelques-unes des définitions figurant à l'article 2 sont placées dans un appendice au présent rapport pour souligner que l'article 2 a déjà été transmis au Comité de rédaction et que le débat n'est que le prolongement de travaux antérieurs.

[12] Ibid., annexe. Voir également p. 96, par. 29.

[13] Ibid., annexe.

Chapitre premier

Développement du principe de prévention

A. — Les obligations de prévention

9. Dans les débats relatifs aux obligations de prévention, la Commission s'est posé deux questions fondamentales : *a)* doit-on prévoir pour les activités visées à l'article premier des obligations de prévention en sus des obligations de réparation? *b)* Faut-il alors traiter ensemble ou séparément les activités à risque et les activités à effets nocifs? Pour ce qui est de la première question, un courant d'opinion important s'est dégagé en faveur d'un instrument distinct revêtant le caractère de recommandation pour les obligations de prévention de nature simplement procédurale comme celles prévues aux articles 11 à 15 de la version du projet figurant dans le sixième rapport. À ce courant d'opinion, il faut ajouter ceux qui voudraient supprimer purement et simplement les obligations de procédure. Ceci permet de conclure qu'une nette majorité est contre le maintien d'obligations de procédure. C'est pourquoi le Rapporteur spécial propose maintenant de traiter de ces obligations dans une annexe ayant simplement force de recommandation.

10. Selon un autre courant d'opinion, en revanche, les mesures unilatérales de prévention, telles que celles envisagées à l'article 16 de la version figurant dans le sixième rapport[14], devraient avoir un caractère obligatoire pour les États[15]. À cet égard, il convient de faire une petite mise au point : on a pu entendre à plusieurs reprises tant à la CDI qu'à la Sixième Commission des commentaires qui associaient le risque à la prévention et le dommage à la réparation. Dans cette optique, la prévention ne concernerait que les activités dites « à risque », c'est-à-dire celles qui comportent la possibilité d'un dommage transfrontière important. Il est néanmoins un point qui porte à réfléchir sur cette tendance à considérer qu'il « vaut mieux prévenir que guérir » et qui conduit à l'un des problèmes les plus épineux que présente le projet : les instruments internationaux régissant des activités « à risque » spécifiques ne comportent aucune disposition sur la prévention, si l'on entend par prévention les mesures à prendre pour éviter les accidents. Ces instruments consacrent la responsabilité civile de certaines personnes privées pour les dommages causés par des activités considérées comme dangereuses, comme les activités faisant intervenir l'énergie nucléaire, le transport des hydrocarbures par mer, l'aviation et d'autres activités semblables[16]. Dans les conventions qui ne prévoient pas la responsabilité de l'État ou dans lesquelles celle-ci est simplement une responsabilité subsidiaire par rapport à la responsabilité civile, comme dans la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et la Convention de Vienne relative à la responsa-

[14] Ibid. Ces obligations, du type des obligations de diligence due, seraient à la charge de l'État d'origine; elles se traduiraient par une action législative, administrative et d'application du droit pour faire en sorte que les particuliers qui mènent l'activité en question prennent les mesures de fond. Des suggestions ont été faites en vue d'améliorer le libellé de l'article 16. On a fait valoir, par exemple, que la question des assurances relevait plus de la responsabilité que de la prévention, et que la dernière phrase qui s'adressait au traitement d'un danger imminent et grave serait peut-être mieux à sa place dans des articles consacrés à une procédure d'urgence.

[15] Dans des rapports antérieurs, on a qualifié de « dures » les obligations de ce type. À l'avenir, on parlera simplement d'« obligations », car il n'existe pas vraiment d'obligations « douces » *(soft obligations)*. Dans le cas de *soft obligations*, le terme « recommandations » sera utilisé.

[16] L'unique convention qui consacre la responsabilité de l'État est la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux mais elle ne prévoit pas non plus d'obligations de prévention. C'est le cas également, dans une certaine mesure, de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, mais pour fait illicite.

bilité civile en matière de dommages nucléaires, il est impossible de faire supporter *par la même personne* (l'exploitant responsable) et *pour un même fait* la responsabilité découlant de la violation d'obligations de prévention — qui est une responsabilité pour fait illicite — et la responsabilité causale (*sine delicto*). Dans le cas de la responsabilité pour fait illicite, il n'y a plus illicéité si le sujet de l'obligation fait preuve de la diligence voulue alors que, dans le cas de la responsabilité causale, le sujet est de toute façon tenu à indemnisation, quelles que soient les mesures qu'il a prises pour essayer d'éviter l'incident. On peut se reporter, à ce sujet, aux articles 21 et 23 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États[17]. En outre, la responsabilité causale suffit en général pour inciter les responsables à prendre les mesures de prévention voulues puisqu'ils sont toujours tenus à indemnisation en cas d'accident. L'unique façon d'inclure les deux formes de responsabilité dans le même instrument juridique serait de les prévoir pour des faits différents ou pour des personnes différentes (par exemple, la responsabilité de l'État pour la prévention et la responsabilité civile pour la réparation).

11. Dans de telles conditions, il serait peut-être plus pratique de renvoyer toutes les obligations de prévention (tant les obligations de procédure que celles appelées obligations « unilatérales » ou de diligence due) dans une annexe dont les dispositions auraient simplement valeur de recommandations et qui servirait de guide aux États pour assurer une meilleure application des articles du texte principal. Diverses raisons militent en faveur d'une telle solution :

a) Comme on l'a déjà vu, les conventions sur la responsabilité actuellement en vigueur ne traitent pas de la prévention[18] au sens précisé plus haut;

b) Il s'agirait d'obligations à la charge de l'État[19] dont la violation engagerait la responsabilité de l'État. S'il est vrai qu'il y a là deux sujets différents (l'État et les exploitants privés responsables), un même fait (c'est-à-dire un même dommage transfrontière) peut donner lieu à une responsabilité pour fait illicite à la charge de l'État et à une responsabilité causale ou responsabilité pour risque à la charge des exploitants privés. Même si les conventions relatives aux dommages nucléaires (voir *supra* par. 10) prévoient une certaine responsabilité de l'État, il ne s'agit pas d'une responsabilité pour fait illicite, mais simplement d'une responsabilité subsidiaire par rapport à la responsabilité causale des personnes privées, destinée à couvrir les dommages pour lesquels ces dernières ne peuvent fournir une indemnisation. On n'est donc pas en présence de deux options — une qui mènerait à la responsabilité de l'État et l'autre à la responsabilité civile —, lesquelles seraient difficilement compatibles, sans mentionner le fait que les États se sont montrés extrêmement réticents à assumer des responsabilités dans les conventions ou projets de convention actuels concernant certaines activités à risque[20]. De même, l'unique projet qui traite *en général* des activités dangereuses pour l'environnement, c'est-à-dire le projet de convention sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement[21], du Conseil de l'Europe, ne comporte aucune disposition sur la responsabilité de l'État;

c) Comme cela a été dit à maintes reprises, l'imposition d'obligations primaires de prévention ferait de la violation desdites obligations un fait illicite et, par conséquent, interdit, ce qui risque de susciter l'objection

[17] Pour le texte, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 31. C'est pour la même raison que la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux ne contient pas non plus de dispositions sur la prévention : toutes les obligations sont à la charge de l'État et, comme la responsabilité de ce dernier est absolue, il est inutile de lui demander de prendre certaines mesures de prévention. C'est un peu comme si on voulait punir la tentative de suicide par la peine de mort.

[18] Dans ces conventions, comme on le verra plus loin, la seule prévention envisagée est celle destinée à limiter ou réduire les effets nocifs d'un incident qui s'est *déjà produit*, c'est-à-dire à *empêcher* que ces effets ne réalisent tout leur potentiel de causer un dommage transfrontière. Les mesures de prévention de ce type sont généralement considérées, qu'elles soient prises par l'État affecté ou par des particuliers, comme devant donner lieu à indemnisation par l'État d'origine. Il s'agit d'une composante du dommage.

[19] Comme on le verra *infra* dans le texte, à caractère de recommandation, il appartiendra à l'État de prendre les mesures législatives, administratives et de mise en œuvre nécessaires pour que les responsables des activités visées dans le projet d'articles prennent à leur tour les mesures de prévention *de fond*.

[20] Voir G. Doeker et T. Gehring, « Private or international liability for transnational environmental damage. The precedent of conventional liability regimes », *Journal of Environmental Law* (Oxford), vol. 2, n° 1, 1990. D'après les auteurs, qui examinent divers régimes conventionnels de responsabilité, jusqu'à présent, seule la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux prévoit la responsabilité causale de l'État; tous les autres régimes s'en remettent à la responsabilité civile.

> « En ce qui concerne les activités spatiales, les éléments militaires et civils étaient au moment de la création du régime, et sont toujours aujourd'hui, étroitement liés. Les considérations militaires et de politique globale ont toujours intéressé les gouvernements. Lors des négociations sur la responsabilité du fait des activités spatiales, cet intérêt a de toute évidence prévalu. » (Ibid., p. 14 et 15.)

Les auteurs distinguent ce cas de ceux de l'utilisation de l'énergie nucléaire à des fins *civiles* et du transport de substances dangereuses, dans lesquels l'activité est purement économique. En outre, s'agissant des solutions à retenir pour les activités nucléaires civiles, d'une part, et pour le transport de substances dangereuses, d'autre part, ils font valoir que l'État intervient dans le premier cas à titre subsidiaire mais non pas dans le second cas. Ils citent le représentant des États-Unis d'Amérique à la Conférence de Bruxelles de 1969 qui avait déclaré que la participation de l'État

> « [...] ne devrait être envisagée que s'il était établi que le coût total de l'assurance résultant d'une solution de droit maritime d'un type traditionnel, bien que prévoyant un plafond élevé, était si exorbitant que les armateurs n'auraient plus intérêt à poursuivre leur activité. En d'autres termes, *les États n'étaient pas disposés à assumer une responsabilité subsidiaire tant que la branche d'activités concernée était elle-même en mesure de supporter la charge d'une responsabilité accrue*.* » (Ibid., p. 15.)

Si le raisonnement ci-dessus est correct, il le sera d'autant plus s'agissant d'une responsabilité de l'État pour fait illicite dans un projet d'articles destiné à être adopté sous forme de convention-cadre applicable à toute activité causant, ou risquant de causer, un dommage transfrontière important. Dans le même sens, A. Rest déclare :

> « Somme toute, le Code penche pour la *responsabilité civile* et ne fait pas apparaître les possibilités d'un régime de responsabilité de l'État qui devrait être combiné avec un régime de responsabilité civile. Il convient de mentionner que, par exemple, dans le précédent projet de code de février 1988, établi par le secrétariat de la CEE, « le développement du droit international en ce qui concerne la responsabilité internationale et l'indemnisation » était encore expressément mentionné. La suppression de ce membre de phrase montre une fois de plus de façon éclatante que les États se refusent ou répugnent à se lier par des dispositions contraignantes prévoyant leur responsabilité. » (« New tendencies in environmental responsibility/liability law — The work of the UN/ECE Task Force on Responsibility and Liability regarding Transboundary Water Pollution », *Environmental Policy and Law*, vol. 21, nos 3/4, juillet 1991, p. 136.)

[21] Voir *supra* note 8.

classique selon laquelle la CDI traiterait dans ce cas d'actes interdits alors que l'Assemblée générale lui a donné pour mandat d'étudier la responsabilité pour les activités *non interdites* par le droit international. Bien que, selon le Rapporteur spécial, cette objection ne soit pas une objection fondamentale — opinion que partage une bonne partie des membres de la CDI[22] —, il est toujours bon de ne pas compromettre l'intégrité méthodologique : établir la relation entre la responsabilité de l'État pour fait illicite et la responsabilité *sine delicto* des exploitants privés n'est pas chose facile, et encore moins quand il s'agit d'un sujet aussi complexe; et

d) Si on inclut un élément de prévention aussi important que celui prévu à cet article, il faudrait faire de même au moins pour une obligation de procédure à la charge de l'État d'origine, à savoir l'obligation de consulter les États susceptibles d'être affectés avant d'autoriser une activité à effets nocifs, comme on le verra un peu plus loin, ce qui irait à l'encontre du désir quasi unanime de ne pas traiter des obligations de procédure dans le corps même de l'instrument. Or, il faudrait inclure une telle obligation puisque, comme on le verra, pour ce qui est des activités à effets nocifs, la consultation sur un régime qui les rende légales est pratiquement l'unique aspect utile de tout projet.

12. L'annexe devrait être surmontée d'un chapeau qui préciserait que ses dispositions ont uniquement valeur de recommandations et doivent servir à assurer une meilleure application des principes et une meilleure réalisation des objectifs des articles de l'instrument principal et que les responsabilités qui pourraient naître du non-respect de l'une quelconque desdites dispositions, si celui-ci impliquait également la violation d'une obligation internationale, relèveraient du droit international. En d'autres termes, en conférant à certaines dispositions du projet le caractère de recommandation, l'objectif serait d'en faciliter l'application; la violation desdites dispositions n'aurait pas de conséquences *dans le cadre du régime prévu par le projet d'articles*, ce qui ne signifie pas qu'elle ne puisse pas avoir des conséquences au regard du droit international général ou d'autres conventions. Il est bon de voir, à cet égard, les articles 4 (Relations entre les présents articles et d'autres accords internationaux) et 5 (Absence d'effets sur les autres règles du droit international)[23].

B. — Autre solution

13. Selon l'opinion qui prévaut, les articles sur la procédure doivent être placés dans une annexe, mais les obligations unilatérales de prévention doivent être maintenues, même si cela complique la partie relative à la responsabilité. Si l'on se heurte au refus des États d'assumer des obligations de prévention, on pourrait placer l'article I de l'annexe[24] dans le texte principal. Dans un tel cas, il faudrait prévoir également dans ce texte au moins une obligation de consultation pour les activités à effets nocifs.

C. — Traitement conjoint des mesures unilatérales de prévention

14. Il y a lieu, à présent, de se demander si un article de cette nature, où qu'il soit placé, s'appliquerait aux deux types d'activités visées à l'article I — les activités à risque et les activités à effets nocifs — et il convient de s'interroger à cette fin sur le rôle préventif qui incombe à l'État en ce qui concerne les unes et les autres. On a déjà vu que les mesures préventives à la charge de l'État seraient très différentes de celles qui incomberaient aux exploitants privés : l'État devrait adopter une législation (lois et dispositions administratives) prudente et complète en matière de prévention et veiller à ce qu'elle soit respectée à l'aide des moyens juridiques dont il dispose. Les exploitants privés devraient prendre les mesures, concrètes ou de fond, que l'État leur imposerait.

15. C'est dans les mesures concrètes ou de fond que le rôle de la prévention varie selon qu'il s'agit d'activités à risque ou d'activités à effets nocifs. Dans le cas des activités à risque, la prévention est aléatoire puisque, par définition, des incidents peuvent se produire nonobstant les précautions prises. Dans le cas des activités à effets nocifs, ou bien la prévention est totalement efficace et empêche que des effets préjudiciables ne se produisent (ou n'atteigne le niveau d'un dommage important), ou bien elle est totalement ou partiellement inefficace et n'empêche pas qu'un dommage important ait lieu[25].

16. Mais en ce qui concerne l'État, son rôle est le même, quelle que soit l'activité réglementée, à savoir : prendre les mesures législatives et administratives et les mesures d'application voulues pour, dans un cas, réduire le risque d'accident et, dans l'autre, empêcher que le dommage transfrontière ne dépasse le seuil tolérable et ne devienne *important*. Il s'agira toujours de mesures législatives et administratives et de mesures d'application, c'est-à-dire de mesures de nature identique, relevant du domaine de la « diligence due ». En matière préventive, l'État aurait à légiférer et à surveiller.

17. Pour pouvoir adopter de telles mesures, l'État devra soumettre à un régime spécial toutes les activités re-

[22] Cette question a été abondamment discutée lors de débats antérieurs, et il a été suggéré de remplacer dans le titre le terme « actes » par « activités » [voir, notamment, *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), par. 216]. Ceci s'inscrirait dans le cadre du mandat de la CDI consistant à réglementer tout ce qui a trait auxdites activités, notamment la responsabilité (prise dans le sens d'un ensemble d'obligations primaires) pour les faits *illicites* commis au cours de ces activités.

Il faudrait, en conséquence, modifier le titre anglais afin qu'il reflète le fait que les articles traitent de *responsibility and liability for injurious consequences of activities not prohibited by international law*. Voir le septième rapport qui cite M. Quentin-Baxter et se réfère au « Texte de négociation composite officieux/Révision 2 » de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer qui traite de l'emploi des termes anglais *responsibility* et *liability* [*Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [*supra* note 1], par. 6, note 5].

[23] Pour le texte, voir *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie) [*supra* note 7], annexe.

[24] Les chiffres romains ont été utilisés pour distinguer les articles proposés par le Rapporteur spécial pour être inclus dans une annexe de ceux qui forment l'ensemble principal de l'instrument.

[25] Si l'activité doit inévitablement causer un dommage important, il y aurait lieu d'envisager sérieusement la possibilité que, avant de l'autoriser, l'État d'origine exige de l'exploitant qu'il trouve d'autres solutions dont ne résulte pas de dommage, comme on le verra plus loin.

levant de sa juridiction ou de son contrôle qui peuvent, *prima facie*, causer ou risquer de causer des dommages transfrontières. Ceci est supposé être ce que font déjà la plupart des pays dans le souci de protéger leur propre population. Quels critères les gouvernements doivent-ils appliquer pour reconnaître ces activités ? Le premier critère est la définition générale qui en est donnée à l'article 2. Ensuite, comme on l'a suggéré précédemment, cet article devrait être accompagné d'une annexe donnant une liste indicative de substances dangereuses, et peut-être aussi d'activités dangereuses, puisqu'une telle liste, étant seulement indicative, n'aurait pas les inconvénients maintes fois signalés que présentent les listes exhaustives et obligatoires. Avec de telles règles de prévention, il ne devrait pas y avoir de problèmes graves puisque les activités qui comportent des risques, comme celles qui sont mentionnées dans l'article 2, seraient déjà soumises à autorisation préalable dans la plupart des pays. Pour ce qui est du projet d'articles, les gouvernements devront tenir compte, lorsqu'ils évalueront l'incidence de l'activité en question sur l'environnement, de la santé et des biens de leur propre population, mais aussi des effets transfrontières éventuels. Les gouvernements se décharger ont certainement de cette tâche sur les exploitants privés relevant de leur juridiction ou de leur contrôle, en exigeant d'eux qu'ils apportent, à leurs frais, les éléments de jugement indispensables aux évaluations correspondantes.

D. — La nécessité de consulter. — Différences selon l'activité

18. En ce qui concerne la nécessité de consulter avant d'entreprendre l'activité, la situation est différente selon qu'il s'agit des activités à risque ou des activités à effets nocifs; les premières créent un risque de dommage transfrontière alors que les secondes causent directement un dommage, puisqu'elles sont de celles qui, par définition, l'engendrent au cours de leur déroulement normal. Il ressort très nettement de la doctrine et de la pratique internationales que, lorsqu'il est important, le dommage transfrontière que causent ces activités est, en principe, interdit par le droit international général. Par conséquent, il ne saurait y avoir de telles activités que s'il existe une forme quelconque de consentement préalable des États affectés. La rigueur de ce principe est quelque peu atténuée par l'existence de certaines activités productrices d'effets transfrontières nocifs qui ont insensiblement dépassé le seuil de tolérance et ont atteint le niveau du « dommage important ». La pollution de l'air que produit la pluie acide, tant en Europe qu'en Amérique du Nord, en est un exemple. Mais, s'il a été impossible d'interdire les activités génératrices de tels effets, elles ont suscité un mouvement de coopération internationale en vue d'essayer de les priver de leurs aspects les plus préjudiciables. La Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance en est un exemple, bien qu'elle ne comporte pas de clauses de responsabilité. Par cette coopération, les États admettent qu'il s'agit d'une situation tolérable temporairement, pour des raisons importantes, mais à laquelle il devra être mis fin. De même, vu la difficulté de prouver le lien de causalité entre les différentes sources et le dommage, tout ce qui a trait à la réparation passe, naturellement, au second plan. Il ressort de tout ceci qu'en pratique la meilleure, sinon l'unique, parade à ce genre d'activités est la prévention et la consultation en vue de trouver un régime acceptable pour que l'activité commence à se dérouler, ou, si elle est déjà en cours — comme c'est le cas de la pollution à distance qui résulte de l'utilisation de combustibles fossiles —, d'un régime qui la rende tolérable et, en fin de compte, offre une solution de remplacement au dommage transfrontière important.

19. Dans son ouvrage intitulé « Elements for a draft convention on environmental protection and sustainable development », le Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement propose de traiter le sujet de la licité ou de l'illicité du risque et du dommage à l'aide d'un principe et de deux exceptions. L'article 10 de son projet de convention énonce un principe qui prévoit l'interdiction générale de causer un dommage ou de créer un risque de dommage transfrontière dans les termes suivants :

> Sans préjudice des principes énoncés aux articles 11 et 12, les États préviennent ou atténuent toute perturbation ou tout risque important de perturbation de l'environnement transfrontière qui cause un dommage considérable — c'est-à-dire un dommage qui n'est ni mineur ni insignifiant[26].

Dans le commentaire relatif à cet article, il est indiqué que

> [...] l'article 10 *énonce le principe fondamental bien établi régissant les perturbations de l'environnement transfrontière**, à savoir que les États préviennent ou atténuent toute intrusion de cette nature qui cause ou comporte un risque important de causer un dommage considérable dans une zone relevant de la juridiction nationale d'un autre État ou dans une zone située au-delà des limites de la juridiction nationale[27].

---

[26] *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations* (adopté par le Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement), Londres/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1987, p. 75.

[27] Ibid. À l'appui de cette position, le Groupe cite la déclaration désormais classique de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)* [*États-Unis* c. *Canada*], qui se lit comme suit :

> « [...] selon les principes du droit international et du droit des États-Unis, aucun État n'a le droit d'utiliser son territoire ni de permettre que son territoire soit utilisé d'une façon telle que des fumées puissent causer des dommages sur le territoire ou au territoire d'un autre État ou aux biens ou aux personnes qui s'y trouvent quant il s'agit d'un cas grave et que l'existence des dommages a été établie de façon claire et convaincante. » [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1965.]

Il ressort aussi de cette déclaration que seul le dommage qui n'est pas mineur ou insignifiant relève du droit international.

Dans le même ordre d'idées, le Groupe cite aussi le paragraphe 2 de l'article 192 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui a été repris, implicitement ou explicitement, dans de nombreux instruments internationaux, notamment dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm [voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), première partie, chap. Ier]; les résolutions de l'Assemblée générale 2995 (XVII), sur la coopération entre les États dans le domaine de l'environnement (par. 1), 3129 (XXVIII), sur la coopération dans le domaine de l'environnement en matière de ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États, et 3281 (XXIX), par laquelle a été adoptée la Charte des droits et devoirs économiques des États (art. 2 et 30). Le Groupe fait observer que le jugement rendu par le tribunal de district de Rotterdam, le 16 décembre 1983, dans l'affaire des *Mines doma-*

(Suite de la note page suivante.)

Ce principe équivaudrait à une interdiction générale de causer un dommage transfrontière « considérable » — selon les termes de ce projet — intangibilité qui serait justifiée par le principe de la souveraineté territoriale de l'État affecté. P. Reuter se posait la question suivante :

Les règles de la souveraineté territoriale ne postulent-elles pas le principe suivant lequel est interdite toute action physique se faisant sentir sur le territoire d'un État à partir d'une source située sur le territoire d'un autre État (immixtion physique)[28]?

Dans le même ordre d'idées, il y a lieu de noter l'opinion exprimée par le Groupe d'étude ONU/CEE[29] au sujet de la pollution transfrontière des eaux.

20. La première exception, qui concerne les activités à risque, est énoncée au paragraphe 1 de l'article 11 proposé par le Groupe d'experts; elle fait appel à la notion d'équilibre entre les intérêts :

1. Si une ou plusieurs activités créent un risque important de dommage considérable résultant d'une atteinte transfrontière à l'environnement *et si le coût socio-économique et technique global ou la perte d'avantages qui résulterait de la prévention ou de la réduction de ce risque est, à long terme, de loin supérieur aux avantages que procurerait cette prévention ou cette réduction**, l'État qui a mené ou autorisé les activités veillera à ce qu'une indemnisation soit accordée si un dommage substantiel se produit dans une zone relevant de la juridiction nationale d'un autre État ou dans une zone située au-delà des limites de la juridiction nationale[30].

21. Il y a lieu de souligner aussi que les experts de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement n'envisagent pas la possibilité de subordonner l'activité en question à une autorisation ou à une consultation préalable sur le plan international, dès l'instant que l'équilibre des intérêts énoncé *supra* dans la citation est atteint. Par conséquent, si les intérêts opposés se présentent dans les proportions indiquées, il y a là un principe de droit qui autorise soit à continuer, soit à entreprendre l'activité en question sans qu'il soit nécessaire de procéder à des consultations ou d'obtenir une autorisation au préalable sur le plan international.

22. C'est ce que semble confirmer la pratique contemporaine. Des activités dangereuses ont été entreprises et ont causé, ou menacent de causer, des dommages à des États tiers. Les États en sont venus à chercher à leur appliquer des régimes juridiques qui consacrent le principe de l'équilibre des intérêts et le font généralement en transférant la responsabilité sur les exploitants privés. Tel a été le cas en ce qui concerne, par exemple, l'activité nucléaire dans les diverses conventions dont elle a fait l'objet, le transport d'hydrocarbures par mer et la pollution transfrontière accidentelle et non accidentelle des eaux intérieures[31]. Lorsqu'il n'a pas été possible d'équilibrer la balance, l'activité a été interdite par un traité, par exemple le Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles et le Traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol.

23. Si l'on admet l'hypothèse de l'interdiction, en principe, de tous dommages transfrontières importants, toute activité relevant de la juridiction ou du contrôle d'un État qui causerait inévitablement un tel dommage — par exemple des activités ayant des effets nocifs — serait, en principe, internationalement illicite. Mais, là encore, l'équilibre entre les intérêts peut jouer un rôle important. Dans le texte adopté sur la question par le Groupe d'experts de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement, l'article 12 prévoit ce qui suit :

1. Si un État prévoit de mener ou d'autoriser une activité de nature à provoquer une atteinte transfrontière à l'environnement causant un dommage *qui, bien qu'important, n'en est pas moins inférieur au coût socio-économique et technique global ou à la perte d'avantages qui résulteraient de la prévention ou de la réduction de cette atteinte**, ledit État engage avec l'État affecté des négociations sur les condi-

(Suite de la note 26.)

niales de potasse d'Alsace (voir *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XV, 1984, décision judiciaire n° 9.924), énonce également le même principe, qui concorde avec ce qui précède [*Environmental Protection...* (voir *supra* note 26), p. 77 et 78].

De plus, ont été citées à maintes reprises à titre de comparaison au cours des débats de la CDI des affaires déjà classiques comme celles du *Détroit de Corfou* (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 4), du *Lac Lanoux* [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281] du *Gut Dam* [*International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 8, 1969, p. 118] et d'autres affaires qui font la lumière sur le fondement de la responsabilité dans le cas d'un dommage transfrontière de la nature, par exemple, de celui qui avait été causé dans l'affaire de l'*Île de Palmas* [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 829; texte français dans *Revue générale de droit international public*, Paris, vol. 42, 1935, p. 156]. Toute cette jurisprudence a été examinée à diverses reprises et il n'est pas nécessaire d'y revenir ici.

[28] « Principes de droit international public », *Recueil des cours... 1961-II*, Leyde, Sijthoff, 1962, vol. 103, cités dans le deuxième rapport de M. Quentin-Baxter [*Annuaire... 1981*, vol. II (1re partie), p. 121, doc. A/CN.4/346 et Add.1 et 2, note 95].

[29] Voir *supra* note 20.

[30] *Environmental Protection...* (voir *supra* note 26), p. 80.

[31] Dans l'ouvrage cité (ibid., p. 82), il est fait référence à la Convention relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers (art. 1), à la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, modifiée par le protocole additionnel de 1964 et par la Convention de Bruxelles de 1963 complémentaire à la Convention de Paris de 1960, à la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires et à la Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires, à la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures ainsi qu'à la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin. Est citée aussi la conclusion 35 de l'étude faite en 1981 par le PNUE sur les aspects juridiques de la protection de l'environnement dans le cadre des activités d'exploitation minière et de forage effectuées en mer dans les limites de la juridiction nationale des États [PNUE, *Environmental Law, Guidelines and Principles (No. 4), Offshore Mining and Drilling* (UNEP [092]/E5), p. 10].

Il y est fait référence aussi à l'adoption du principe de la responsabilité objective par le droit interne de nombreux pays importants : Allemagne, Égypte, États-Unis d'Amérique, Éthiopie, France, Inde, Iraq, Jamahiriya arabe libyenne, Japon, Jordanie, Koweït, Liban, Madagascar, Mexique, République arabe syrienne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Thaïlande, Turquie, ancienne Union soviétique et Venezuela. Au vu d'une reconnaissance aussi large, les auteurs concluent que :

« La reconnaissance de la responsabilité objective pour les activités comportant des risques exceptionnels par un nombre croissant de pays témoignent de l'apparition d'un principe de droit (national) reconnu par les nations civilisées. Or, conformément à l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, un tel principe peut aussi régir les relations entre États souverains lorsqu'aucun traité ou aucune règle du droit international coutumier n'exige l'application d'un principe différent ou d'une règle différente. » [*Environmental Protection...* (voir *supra* note 26), p. 84.]

tions équitables, tant techniques que financières, dans lesquelles l'activité pourrait être menée.

2. Si une solution n'intervient pas sur la base de principes d'équité dans un délai de dix-huit mois à compter du début des négociations ou dans tout autre délai convenu par les États intéressés, le différend est, à la demande de l'un quelconque des États intéressés et dans les conditions définies aux paragraphes 3 et 4 de l'article 22, soumis à une procédure de conciliation ou par la suite à une procédure d'arbitrage ou de règlement judiciaire en vue de parvenir à une solution fondée sur des principes d'équité[32].

24. Les deux types d'activité ont un dénominateur commun : le dommage transfrontière causé doit être, à long terme, moindre que le coût (général, socio-économique et technique ou correspondant au manque à gagner) des mesures qu'il y aurait lieu de prendre pour prévenir ou réduire ce dommage, ou le risque qu'il se produise. S'il n'en était pas ainsi, si le coût de la prévention du dommage ou du risque de dommage était à la longue très inférieur au dommage causé, l'activité serait clairement illicite, la différence de coût donnant la mesure de la négligence de l'État d'origine.

25. Par contre, si la balance qui mesure l'équilibre entre les intérêts penche du côté qu'indiquent les textes cités, deux conséquences distinctes sont à considérer selon le type d'activités dont il s'agit : *a*) les activités à risque seraient licites dès lors que l'État d'origine assume la responsabilité objective des dommages causés — dans ce cas, le paiement des dédommagements correspondants et le coût des mesures de prévention équilibrent la balance[33]; et *b*) les activités à effet nocif *ne pourraient être considérées ni vraiment licites ni vraiment illicites** (par conséquent, non interdites) tant que l'obligation de négocier n'a pas été remplie ou, le cas échéant, le différend n'a pas été réglé[34].

26. Bien que l'on ne se propose pas de suivre à la lettre la proposition du Groupe d'experts, l'analyse juridique à laquelle les experts se sont livrés paraît fondamentalement exacte, en ce sens que les activités à risque peuvent être entreprises par les États d'origine dès lors qu'ils veillent à ce qu'il y ait dédommagement au cas où le dommage transfrontière se produirait effectivement. Il ne serait pas commode d'exiger, comme condition préalable à l'activité, la preuve qu'à long terme le coût (général, socio-économique et technique ou correspondant au manque à gagner) est supérieur au dommage, ou vice versa. Par contre, une activité à risque peut être entreprise sans autre condition que celle qui a été exposée. L'État d'origine devra néanmoins consulter les États qui pourraient être affectés pour voir si les mesures de prévention imposées aux exploitants privés sont acceptables, compte tenu des facteurs énoncés dans l'ancien article 17, devenu l'article IX de l'annexe.

27. En ce qui concerne les activités à effets nocifs qui, par définition, produisent des dommages au cours de leur opération normale, il serait recommandé de les soumettre à des consultations préalables avec les États affectés en vue de parvenir à un accord sur les conditions dans lesquelles elles seraient autorisées à avoir lieu. Il faudrait, en outre, prévoir un mode de règlement des différends. Ceci, naturellement, sans préjudice du recours qui peut être ouvert aux victimes, conformément au droit international, pour les dommages déjà causés et compte tenu des obligations découlant de la responsabilité pour faits illicites (diligence due) à la charge de l'État ou, éventuellement, de la responsabilité objective des exploitants privés.

28. S'il ressort des consultations visées *supra* au paragraphe 27 qu'il n'y a pas de moyen efficace de prévenir le dommage transfrontière important ou si l'État affecté prouve qu'il n'y a pas de moyen satisfaisant d'indemniser les victimes, l'État d'origine n'autorisera pas l'activité, à moins que l'exploitant ne propose d'autres solutions dont les conséquences n'atteignent pas les proportions d'un dommage « important ».

E. — Notification, information et envoi d'un avertissement par l'État affecté

29. Il conviendrait de se reporter ici au cinquième et au sixième rapports du Rapporteur spécial. Le cinquième rapport[35] fait apparaître que la consultation est si intimement liée à la *notification* de la situation qui la motive et à *l'information* sur les caractéristiques de cette situation (par. 74), que si on ne les mentionnait pas, notification et information seraient implicites. On lit aussi dans ce rapport (par. 76 et 77) que l'un des fondements du devoir de notifier les États affectés est l'obligation générale de coopérer (par. 76), « parce qu'il est parfois nécessaire de prévoir une action conjointe des deux États, l'État d'origine et l'État affecté, pour que la prévention soit plus efficace » (par. 77), l'autre fondement étant l'obligation de ne pas utiliser délibérément son propre territoire de façon dommageable. Les paragraphes 79 à 95 présentent une analyse de la pratique internationale en cette matière.

30. La procédure proposée dans le cinquième rapport a été simplifiée et quelque peu modifiée dans le sixième rapport[36]; elle est ici simplifiée encore. On a supprimé l'article 12 (Participation de l'organisation internationale) parce qu'il est en réalité toujours possible pour les États intéressés de prévoir cette participation à titre volontaire, en fonction de la capacité que ses statuts donnent à l'organisation considérée d'accepter la participation qui lui est ainsi proposée. En revanche, on a maintenu la recommandation tendant à ce qu'on fasse appel à une instance de ce genre pour déterminer quels États peuvent se trouver affectés par une activité exer-

[32] Ibid., p. 85 et 86.

[33] « Prévention » s'entend ici des mesures prises après l'incident pour limiter ou réduire le dommage. La responsabilité objective, avec les dédommagements qu'elle comporte, est peut-être un bon moyen d'encourager l'adoption des mesures de prévention raisonnables voulues afin d'éviter qu'un incident ne se produise, de sorte que l'activité est menée avec toutes les précautions appropriées.

[34] Voir *Environmental Protection...* (*supra* note 26), p. 87.

[35] *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 5], p. 156 et suiv., par. 72 et suiv.

[36] *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 7], p. 97 à 99, par. 31 à 42.

çant des effets très amples ou les exerçant à distance, étant donné que certains de ces organismes disposent des moyens ou des relations qui leur permettent d'évaluer l'impact de certains phénomènes ou de certaines activités. Le PNUE, par exemple, a mis en place à partir des réseaux nationaux le Système mondial de surveillance continue de l'environnement, qui offre un bon exemple de l'aide que peut apporter un organisme international.

CHAPITRE II

Dispositions contenant des recommandations en matière de prévention (art. I à IX)

31. Conformément au projet d'articles sur la prévention et aux commentaires et observations faits pendant les débats sur la question, le Rapporteur spécial propose d'inclure dans une annexe les articles ci-dessous; ces articles sont assortis de commentaires sur leur formulation[37].

ANNEXE

En ce qui concerne les activités visées à l'article 1er du projet et afin de mieux réaliser les objectifs et les principes de celui-ci, les dispositions qui suivent ont le caractère de recommandations, sans préjudice des responsabilités que le droit international peut prévoir en la matière.

Article I. — Mesures de prévention

Les activités visées à l'article 1er du dispositif principal sont soumises à l'autorisation préalable de l'État sous la juridiction ou le contrôle duquel elles doivent être exercées. Avant d'autoriser ou d'entreprendre une telle activité, l'État devrait disposer d'une évaluation du dommage transfrontière qu'elle est susceptible de causer et s'assurer, par des mesures législatives et administratives ou des mesures d'application, que les responsables de l'activité appliqueront les meilleures techniques disponibles pour éviter tout dommage transfrontière appréciable ou réduire au minimum le risque d'un tel dommage, selon le cas.

Commentaire

1) Cet article porte sur ce que l'ancien article 16 appelait les « mesures unilatérales de prévention », c'est-à-dire les mesures qu'un État adopte pour lui-même, sans consulter aucun autre État au préalable, et à titre de premières précautions. On a choisi de modifier l'ordre figurant dans le sixième rapport et de placer cette disposition au début pour faire ressortir la nécessité de l'autorisation préalable de l'État d'origine et la subordonner à l'évaluation des effets transfrontières de l'activité. Ce qui est fixé ici, c'est la première tâche du gouvernement à l'égard des activités qui semblent relever de l'article 1er. L'évaluation des effets transfrontières éventuels figurait à l'article 11 (Évaluation, notification, information)[38] tel que proposé dans le sixième rapport. Si un État constate qu'une activité qui semble relever de l'article 1er est exécutée sans son autorisation, il est certain qu'il examinera cette activité et qu'il exigera éventuellement l'autorisation préalable. Celle-ci est demandée pour les deux types d'activités visés à l'article 1er; mais, dans le cas des activités à risque, l'autorisation de l'État n'est soumise à aucun processus international préalable : la consultation recommandée dans le cas de ces activités — si, par son caractère, l'activité considérée la réclame — tend seulement à ce que l'on procède aux adaptations nécessaires du régime auquel l'État d'origine soumet sa réalisation, par exemple que l'on s'entende sur des mesures de précaution coordonnées, comme les plans d'intervention d'urgence, avec cette réserve que le régime des réparations est celui que fixe le dispositif principal, c'est-à-dire, en principe, celui de la responsabilité causale.

2) D'autre part, s'il existe en la matière des normes internationales, les articles proposés n'affecteront en rien ni leur validité ni leur statut : si elles sont obligatoires en vertu d'une convention ou de la coutume mondiale ou régionale, le fait que les moyens soient ici laissés au choix de l'État d'origine n'enlève rien au caractère contraignant de cet instrument ou de cette coutume. L'expression « meilleures techniques disponibles » est tirée du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières[39].

Article II. — Notification et information

Si l'évaluation prévue à l'article précédent fait apparaître la certitude ou l'éventualité d'un dommage transfrontière appréciable, l'État d'origine en in-

[37] Ces commentaires ne portent que sur des aspects circonstanciels, par exemple les raisons pour lesquelles certaines modifications de forme ont été faites plutôt que celles proposées dans le sixième rapport, ou sur d'autres considérations du même ordre.

[38] Pour le texte, voir *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), [*supra* note 7], annexe.

[39] CEE, *Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.90.II.E.28), sect. II, art. 1.

forme les États susceptibles d'être affectés en leur fournissant les informations techniques dont il dispose pour étayer son évaluation. Si l'effet transfrontière est susceptible de s'étendre à plusieurs États, ou si l'État d'origine ne peut déterminer avec précision les États qui seront affectés, l'État d'origine se fera aider par une organisation internationale compétente en la matière pour déterminer les États affectés.

Commentaire

Comme il a été dit, l'information est intimement liée à la notification et à la consultation; d'où la nécessité de faire connaître les résultats de l'évaluation des effets transfrontières. L'information n'exige aucun travail de recherche en sus de ce qui est déjà acquis, et on a employé la tournure « dont il dispose » pour rendre cette idée : l'État d'origine fournit ce qu'il a et il n'est pas obligé d'entreprendre de nouvelles recherches ni d'élargir celles auxquelles il a déjà procédé. S'il est difficile d'évaluer l'amplitude des effets probables de l'activité, l'État d'origine recherchera l'aide d'un organisme international compétent en la matière.

Article III. — Sécurité nationale et secrets industriels

Les données et informations qui sont vitales pour la sécurité nationale de l'État d'origine ou pour assurer la protection de ses secrets industriels pourront ne pas être transmises, encore que l'État d'origine coopère de bonne foi avec les autres États intéressés pour fournir autant de renseignements qu'il le peut selon les circonstances.

Commentaire

Cette disposition simplifie et incorpore certains passages des anciens articles 11 (Évaluation, notification, information) et 15 (Protection de la sécurité nationale ou de secrets industriels) tels qu'ils sont proposés dans le sixième rapport[40]. Contrairement à l'article 11, l'article III ne prévoit pas la possibilité de joindre une explication sur les mesures de précaution que l'État entend adopter, parce qu'en réalité cette explication fera normalement partie de l'information qu'il devra transmettre à l'État ou aux États affectés, étant donné la nature des consultations, qui, à n'en pas douter, tourneront autour du régime applicable.

Article IV. — Activités à effets nocifs : consultation préalable

Avant d'entreprendre ou d'autoriser une activité à effets nocifs, l'État d'origine consulte les États affectés afin d'établir pour cette activité un régime juridique acceptable pour tous les intéressés.

Commentaire

Cet article consacre une norme qui ne figurait pas dans le sixième rapport, et renvoie à l'idée que, dans la mesure où une activité produit au cours de son déroulement normal des dommages transfrontières, elle doit faire l'objet d'une présomption d'illicéité, puisque ou bien les dommages sont évitables, et l'État d'origine est tenu d'exiger de celui qui demande l'autorisation qu'il prenne les mesures de prévention nécessaires, ou bien les dommages sont inévitables, et il est impossible de procéder sans consulter, sous une forme ou sous une autre, les États affectés, ce qui leur donne l'occasion de faire d'éventuelles contre-propositions pour l'exercice de l'activité.

Article V. — Solutions de rechange pour les activités à effets nocifs

S'il ressort des consultations que le dommage transfrontière ne peut être évité dans les conditions envisagées pour l'activité, ou convenablement indemnisé, l'État affecté peut requérir l'État d'origine d'exiger de celui qui demande l'autorisation des solutions de rechange susceptibles de rendre l'activité acceptable.

Commentaire

Ce libellé est à rapprocher de celui de l'article 20 (Interdiction de l'activité) tel qu'il a été proposé dans le sixième rapport[41].

Article VI. — Activités à risque : consultations en vue de déterminer un régime

Pour les activités à risque, les États intéressés se consultent, au besoin, pour déterminer le risque et l'importance de l'éventuel dommage transfrontière, en vue de procéder aux adaptations et modifications de l'activité envisagée et d'arrêter les mesures préventives et les plans d'intervention d'urgence donnant satisfaction aux États affectés, étant entendu que la responsabilité des dommages causés reste régie par les dispositions des articles pertinents du dispositif principal[42].

Commentaire

Les justifications de cette disposition, qui n'existait pas dans le sixième rapport, ont été expliquées plus haut. Il convient d'indiquer que le fait qu'il n'existe pas pour l'État d'obligation de diligence due n'enlève rien à la validité des critères internationaux qui pourraient s'appliquer en la matière.

Article VII. — Initiative des États affectés

Si un État a des raisons de croire qu'une activité sous la juridiction ou le contrôle d'un autre État lui cause un dommage appréciable, ou crée un risque appréciable de lui causer un tel dommage, il peut demander à cet État d'appliquer les dispositions de l'article II de la présente annexe. Sa demande est accompagnée d'un exposé technique des raisons sur lesquelles se fonde son opinion. S'il apparaît que l'activité en question est effectivement une de celles

[40] Voir *supra* note 38.

[41] Ibid.

[42] Le texte de cet article est basé sur l'article 7 de la section VII du Code de conduite de la CEE (voir *supra* note 39).

que vise l'article 1er du dispositif principal, l'État d'origine prend à sa charge le coût de l'étude.

Commentaire

Ce libellé est repris de l'article 13 (Initiative de l'État présumé affecté) tel qu'il est proposé dans le sixième rapport[43].

Article VIII. — Règlement des différends

Si les consultations tenues en application des articles IV et VI qui précèdent n'aboutissent pas à un accord, les parties soumettent leur différend aux procédures de règlement des différends de l'annexe [...].

Commentaire

Il est évident qu'il faut prévoir une procédure de règlement rapide des différends pour résoudre ceux qui pourraient surgir, soit quant à la nécessité de tel ou tel régime pour les activités à risque, soit quant à l'autorisation d'exercer une activité à effet nocif; on pourrait, sinon, aboutir à des cas où les intéressés pourraient disposer d'un véritable droit de veto.

Article IX. — Facteurs de l'équilibre des intérêts

Au cours des consultations préalables et pour parvenir à un juste équilibre des intérêts des États concernés pour ce qui est de l'activité visée, ces États peuvent tenir compte des facteurs suivants :

***a*) Le degré de probabilité d'un dommage transfrontière, sa gravité et son étendue possibles ainsi que l'incidence probable de l'accumulation des effets de l'activité dans les États affectés;**

***b*) L'existence de moyens d'éviter lesdits dommages, compte tenu de l'état le plus avancé des techniques dont on dispose pour gérer l'activité;**

***c*) La possibilité de mener l'activité en d'autres lieux ou avec d'autres moyens, ou l'existence d'activités de remplacement;**

***d*) L'importance de l'activité pour l'État d'origine, compte tenu à cet égard d'éléments tels que les facteurs économiques et sociaux, la sécurité, les conditions sanitaires et autres facteurs analogues;**

***e*) La viabilité économique de l'activité eu égard aux moyens de prévention possibles;**

***f*) La capacité physique et technique de l'État d'origine de prendre des mesures préventives, de rétablir les conditions écologiques antérieures, d'indemniser le dommage causé, ou d'entreprendre les activités de remplacement qui s'offrent à lui;**

***g*) Les normes de protection appliquées à la même activité ou à des activités comparables par l'État affecté et celles appliquées dans la pratique régionale ou internationale;**

***h*) Les avantages que l'État d'origine ou l'État affecté tirent de l'activité;**

***i*) La mesure dans laquelle les effets nocifs trouvent leur origine dans une ressource naturelle ou affectent l'utilisation d'une ressource partagée;**

***j*) La mesure dans laquelle l'État affecté est disposé à contribuer aux dépenses afférentes à la prévention ou à la réparation des dommages;**

***k*) La mesure dans laquelle les intérêts des États d'origine et des États affectés sont compatibles avec les intérêts généraux de la communauté dans son ensemble;**

***l*) La mesure dans laquelle des organisations internationales sont à même de prêter assistance à l'État d'origine;**

***m*) L'applicabilité des principes et des règles pertinentes du droit international.**

Commentaire

Dans le sixième rapport du Rapporteur spécial, il était indiqué que les notions contenues dans ce qui était alors l'article 17 (Équilibre des intérêts) « n'étaient guère plus que des recommandations ou des règles de conduite et non de véritables normes juridiques »[44]. Ceux qui souhaiteraient développer quelque peu les motifs pour lesquels ces recommandations sont incluses dans l'Annexe peuvent se référer à l'argumentation figurant dans le sixième rapport[45]. Cependant, on trouvera suffisamment d'indications dans cette argumentation pour faire comprendre pourquoi l'emplacement correct de cet article est justement dans l'Annexe des dispositions non obligatoires, et précisément dans la partie relative aux consultations : c'est à ce moment-là en effet que peuvent intervenir utilement les facteurs énumérés, c'est-à-dire au moment où l'on compare les intérêts d'une partie à ceux de l'autre pour voir si l'on peut tolérer une activité qui comporte soit un risque soit un effet nocif quelconque.

[43] Voir *supra* note 38.

[44] *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie) [*supra* note 7], par. 39.

[45] Ibid.

APPENDICE

Développement de certaines notions contenues dans l'article 2 du projet d'articles présenté dans les précédents rapports

A. — *Observations d'ordre général*

1. Comme on l'a déjà dit (voir *supra* par. 6), l'article 2 possède une caractéristique bien particulière : il est « ouvert » et certaines des définitions qu'il contient paraissent devoir faire l'objet de réflexions plus approfondies. Cela, ajouté à la publication récente de projets et de travaux consacrés au sujet de la responsabilité pour les activités non interdites par le droit international, appelle l'attention de la CDI sur les notions ci-après dans l'espoir que le débat qui s'ensuivra servira de guide au Comité de rédaction qui est déjà saisi de cet article.

B. — *La notion de risque*

2. Le terme « risque » a été défini dans le quatrième rapport comme celui

[...] résultant de l'utilisation de choses qui, de par leurs propriétés physiques, qu'elles soient considérées en elles-mêmes ou du fait du lieu, du milieu ou de leur mode d'utilisation, sont hautement susceptibles de causer un dommage transfrontière pendant leur utilisation [...] (art. 2, al. *a*, i)

et l'expression « risque appréciable » désignant un risque

[...] pouvant être décelé par un simple examen de l'activité et des choses utilisées aux fins de cette activité [...] (art. 2, al. *a*, ii)[a].

Autrement dit, on a essayé de définir l'activité à risque par rapport aux choses utilisées et le « risque appréciable » par la possibilité qu'il y avait de déceler ce risque : il devait donc s'agir d'un risque décelable et non d'un risque caché que seul un examen poussé pouvait faire apparaître. En outre, le risque devait être d'une ampleur non négligeable. Le qualificatif « appréciable » avait donc un sens double.

3. En revanche, dans le sixième rapport, les activités à risque sont définies comme étant celles qui concernent la manipulation de substances, de techniques, d'organismes résultant d'une manipulation génétique et de micro-organismes qui revêtent tous un caractère dangereux (art. 2, al. *a*)[b]. Les activités visées par le projet d'articles étant ainsi identifiées, il n'était pas nécessaire de donner une définition générale du risque. La notion de risque, appréciable ou important, quel que soit le qualificatif que la CDI voudrait lui donner, n'en présentait pas moins un intérêt puisqu'elle apparaîtrait dans le projet et que cette définition avait été insérée dans l'alinéa *e* de l'article 2 du sixième rapport[c].

4. La notion de substances dangereuses ayant été laissée de côté en raison de la préférence exprimée tant à la CDI qu'à l'Assemblée générale[d], il y a lieu de réexaminer la définition du risque. Cela est important pour définir clairement le champ d'application du projet d'articles, de sorte que les gouvernements puissent savoir pour quelles activités ils auraient à adapter leur législation interne en vue d'engager la responsabilité de ceux qu'ils considèrent comme devant être tenus au versement des indemnisations correspondantes et d'instituer des recours à cette fin. Les modèles ne sont pas nombreux en ce domaine car les conventions consacrées à telle ou telle activité n'ont pas besoin de recourir à la notion de risque pour délimiter leur champ d'application; les activités qui font l'objet de ces conventions comportent, par définition, un risque appréciable et/ou important. L'unique projet qui traite *en général* des activités dangereuses pour l'environnement est le projet de convention sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement, du Conseil de l'Europe, mentionné *supra* (voir par. 5 et 11). Comme indiqué *supra* (par. 5), son approche n'a pas été jugée satisfaisante par un grand nombre de membres de la CDI et de représentants à la Sixième Commission.

5. Le risque peut être défini par rapport à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières. Le Code de conduite de la CEE relatif à ce sujet définit, notamment, trois notions très voisines :

[...]

f) « Risque » signifie l'effet combiné de la probabilité d'un événement non souhaité et de son ampleur;

g) « Activité dangereuse » signifie toute activité qui par sa nature comporte un risque significatif de pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières; et

h) « Matière dangereuse » signifie toute matière ou forme d'énergie comportant un risque significatif de pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, y compris les matières toxiques, persistantes et susceptibles de s'accumuler dans des organismes vivants et les micro-organismes nuisibles;

[...][e].

La Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD), loin de définir le risque, se borne à définir la marchandise dangereuse (art. 1, par. 9), en se référant simplement à certaines listes figurant dans un accord européen. Le projet d'accord-cadre sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière[f] établit la nécessité d'une telle évaluation touchant certaines activités, mais le fait aussi par référence à des listes. L'alinéa v de l'article 1 définit l'expression « activité proposée », qui doit être évaluée par l'impact sur l'environnement transfrontière, comme

[...] toute activité ou tout projet visant à modifier sensiblement une activité, dont l'exécution doit faire l'objet d'une décision d'une autorité compétente suivant toute procédure nationale applicable; [...]

L'appendice I cite comme activités à impact transfrontière probable les ouvrages tels que les raffineries de pétrole et les installations pour la gazéification ou la liquéfaction du charbon, les centrales thermiques et autres installations de combustion, les installations nucléaires et d'autres ouvrages. L'appendice III indique les critères généraux visant à aider à déterminer l'impact sur l'environnement d'activités qui ne sont pas inscrites sur la liste figurant à l'appendice I, encore que leur application à tel ou tel cas dépende du consentement des États concernés (art. 2, par. 5). Ces critères sont les suivants :

1. [...]

a) *Ampleur* : activités qui, vu leur nature, sont de grande ampleur;

b) *Site* : activités qu'il est proposé d'entreprendre dans une zone ou à proximité d'une zone particulièrement sensible ou importante du point de vue écologique (comme les zones humides visées par la Convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitats de la sauvagine, les parcs nationaux, les réserves naturelles, les sites présentant un intérêt scientifique particulier ou les sites importants du point de vue archéologique, culturel ou historique) et activités qu'il est proposé d'entreprendre dans des sites où les caractéristiques du projet envisagé sont susceptibles d'avoir des effets importants sur la population;

c) *Effets* : activités proposées dont les effets sont particulièrement complexes et peuvent être préjudiciables, y compris les activités qui ont de graves effets sur l'homme ou sur les espèces ou organismes auxquels on attache une valeur particulière, les activités qui compro-

[a] *Annuaire... 1988*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 2], p. 255 et 256, par. 17.

[b] *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 6], p. 111.

[c] Ibid.

[d] Voir le septième rapport (*Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [*supra* note 1]), par. 25 à 29.

[e] Voir *supra* note 39, sect. I.

[f] Devenu par la suite la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, adopté à Espoo (Finlande) le 25 février 1991. Dans le présent rapport, toute référence est faite au texte final de la Convention.

mettent la poursuite de l'utilisation ou l'utilisation potentielle d'une zone touchée et les activités imposant une charge supplémentaire que le milieu n'a pas la capacité de supporter.

2. Les parties concernées procèdent ainsi pour les activités proposées dont le site se trouve à proximité d'une frontière internationale et pour les activités proposées dont le site est plus éloigné et qui pourraient avoir des effets transfrontières importants à grande distance.

6. En résumé, il ressort de l'examen qui précède que le risque est lié à divers éléments : *a*) les activités proprement dites, de par leur ampleur et leurs effets prévisibles vraisemblablement transfrontières; *b*) le site de l'activité par rapport à la frontière internationale ou par rapport à des zones sensibles d'États voisins susceptibles d'être particulièrement affectés; *c*) les objets manipulés ou traités à l'occasion de l'activité considérée, ces objets désignant des choses aussi diverses que des techniques, des substances, certains organismes résultant d'une manipulation génétique ou certains micro-organismes dangereux. Au reste, la définition faisant référence à l'effet combiné de la probabilité d'un accident et de son ampleur semble pouvoir servir à définir le risque *appréciable*, *important* ou *substantiel*, suivant le niveau minimal ou le seuil choisi.

7. Comme cela a déjà été dit (*supra* par. 2), l'essai de définition proposé dans le quatrième rapport ne visait que les activités concernant la manipulation de choses dangereuses, mais appliquées aux activités proprement dites et non aux choses manipulées; certaines des notions retenues dans cette définition ont été reprises dans l'examen qui précède. Les caractéristiques des choses dangereuses étaient appréciées soit en elles-mêmes soit par rapport au lieu, au milieu ou à leur mode d'utilisation. Par exemple, les explosifs et les matériaux radioactifs, toxiques ou inflammables sont en eux-mêmes dangereux. Les activités qui utilisent des substances dangereuses et qui se déroulent à proximité d'une frontière internationale ou d'une zone particulièrement sensible sur le plan écologique et où les vents en transportent les effets au-delà des frontières sont dangereuses quant à leur emplacement. Lorsque les substances en question ont un effet particulier sur l'eau et l'air, elles sont dangereuses par rapport au milieu. Les substances utilisées dans l'activité spatiale ou aéronautique ou dans tout autre domaine où leur maintien n'est pas garanti ou encore les substances accumulées en grande quantité comme le pétrole qui, inoffensif en quantité réduite, est dangereux lorsqu'on en transporte 200 000 tonnes par navire, deviennent dangereuses selon l'utilisation qui en est faite. De même, la construction d'un barrage qui retient dans son bassin une quantité d'eau pouvant provoquer divers types de dommages (dégâts écologiques ou, par suite d'un accident, inondations dans les pays voisins ou changement du régime de leurs fleuves, etc.) peut devenir dangereuse quant à son emplacement ou à son environnement.

8. Tout essai de définition devrait commencer par les activités proprement dites en s'appuyant par exemple sur les critères retenus par le projet d'accord-cadre de la CEE, à savoir ampleur, emplacement et effets. La disposition en question pourrait être libellée comme suit :

« On entend par « risque » l'effet combiné de la probabilité d'un accident et de l'ampleur des dommages redoutés. Aux termes des présents articles, l'expression « activité à risque » s'entend de toute activité à l'occasion de laquelle le résultat de cet effet combiné est important. Il peut en être ainsi lorsque les effets de l'activité sont menaçants, comme lorsqu'on utilise des techniques, des substances, des organismes résultant d'une manipulation génétique ou des micro-organismes dangereux, ou lorsqu'on entreprend de grands ouvrages, ou lorsque les effets de l'activité considérée se trouvent aggravés par l'emplacement des sites où elle se déroule, ou par les conditions dans lesquelles elle a lieu, ou encore par les méthodes ou les moyens auxquels elle fait appel. »

9. Le texte qui précède peut être scindé en deux, de manière que les deux premières phrases forment un alinéa de l'article 2 et que le reste du texte apparaisse dans le commentaire sur l'article. En outre, on pourrait reproduire dans une annexe à caractère purement indicatif les listes de substances dangereuses et même donner des exemples d'activité à risque sur le modèle de l'appendice I du projet d'accord-cadre de la CEE. Bien entendu, cette définition générale ou toute autre qui serait proposée, en y incluant des annexes à titre d'exemple, ne garantira pas que toutes les activités à risque seront à priori visées dans le projet d'articles. Néanmoins, une formule de ce type pourrait donner aux gouvernements une idée de la manière dont les articles joueraient.

C. — *La notion de dommage*

10. Les principes directeurs établis par l'Équipe spéciale de la CEE sur la responsabilité et l'obligation de réparer en cas de pollution des eaux transfrontières[g] définissent ce que Rest décrit comme étant le facteur fondamental permettant de mesurer le montant de la réparation ou de la compensation exigible en cas de responsabilité[h], et qui se lit comme suit :

m) On entend par « dommage » :

— Toute perte de vies humaines, atteinte à la santé ou lésion corporelle;

— Toute perte de biens ou tout dommage causé à ces biens, ou tout manque à gagner

— Les détériorations des écosystèmes, y compris :

i) l'équivalent du coût des mesures raisonnables de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui doivent l'être ; et

ii) les autres dommages venant s'ajouter à ceux visés sous le point i tels que l'équivalent du coût des mesures prises pour remplacer les habitats dont la conservation présente un intérêt particulier;

— Le coût des mesures de sauvegarde et toute autre perte causée par lesdites mesures,

découlant de la pollution des eaux transfrontières. [...]

Rest qualifie de progressiste et novatrice la troisième disposition, en ce sens qu'elle ouvre la voie à la réparation du dommage écologique, et ajoute que

La réglementation *du contenu et du montant de la compensation* est une nouveauté. Les coûts afférents aux mesures préventives raisonnables ou aux mesures de remise en état effectivement prises ne sont pas les seuls à être pris en charge. Même lorsque les circonstances ne permettent pas de prendre une mesure de remise en état et que, en conséquence, il n'est pas engagé de coût, le pollueur est maintenant tenu d'accorder une compensation non sous la forme d'un paiement monétaire, mais en réaménageant *les habitats dont la conservation présente un intérêt particulier*. [...] les principes directeurs reprennent la for-

[g] Voir doc. ENVWA/R.45, annexe.

[h] *Loc. cit.* (*supra* note 20), p. 137.

mule nouvelle dite d'annulation de créance en échange d'un engagement à préserver l'environnement. Force est cependant de reconnaître que l'expression « mesure raisonnable » peut toujours entraver l'application de cette formule. L'Équipe spéciale a eu un débat très controversé sur l'insertion de cette expression, qui, en définitive, a été retenue pour des raisons d'opportunité politique. On peut illustrer la situation insatisfaisante qui continue d'exister en se référant à l'« affaire de l'Exxon-Valdez ». Comme en l'espèce il était impossible de nettoyer les fonds marins pollués du golfe de l'Alaska en raison de la situation sur le terrain, la firme Exxon a fait l'économie des dépenses de nettoyage, ce qui paraît injuste. D'après les principes directeurs, le pollueur pourrait sans doute être contraint d'accorder une *compensation par équivalent*, par exemple en reconstituant les ressources en poisson ou en aménageant un parc naturel. Assurément, le problème très complexe posé par l'évaluation et le calcul du coût des dégâts écologiques continue de soulever des questions. Mais, d'une manière générale, l'idée d'une « définition du dommage » est bienvenue et doit être appuyée[i].

L'article poursuit et indique la définition que donne le Conseil de l'Europe des *mesures de remise en état* (voir *infra* par. 11).

11. Le projet de convention sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement, du Conseil de l'Europe[j], au paragraphe 8 de son article 2 (à l'exception des alinéas *a* et *b* qui sont sensiblement identiques à ceux des principes directeurs[k]), précise :

a) [...]

b) [...]

c) Toute perte ou dommage résultant de l'altération de l'environnement, qui n'est pas considéré comme constituant un dommage au sens des alinéas *a* ou *b* pourvu que les indemnités versées au titre de l'altération de l'environnement [...] soient limitées au coût des mesures de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront;

d) Le coût des mesures de sauvegarde et toute perte ou tout dommage causés par lesdites mesures; [...]

Aux termes du paragraphe 9, on entend par « mesures de remise en état » :

Toutes mesures raisonnables visant à réhabiliter ou restaurer les composantes endommagées ou détruites de l'environnement ou à introduire, s'il est raisonnable, l'équivalent de ces composantes dans l'environnement.

12. Aux termes de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, l'opérateur est objectivement responsable

[...] des dommages à l'environnement de l'Antarctique ou aux écosystèmes dépendants ou associés résultant de ses activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, l'opérateur étant passible d'une indemnité au cas où il n'y a eu de rétablissement au *statu quo ante*

et aux termes de l'alinéa *d* du même paragraphe

[...] du remboursement des coûts raisonnables exposés par quiconque relatifs aux mesures de réaction nécessaires, y compris les mesures de prévention, de limitation, de nettoyage et d'enlèvement, et aux mesures prises en vue de rétablir le *statu quo ante* [...]

13. Aux termes du paragraphe 10 de l'article premier de la CRTD « dommage » signifie :

a) tout décès ou toutes lésions corporelles [...]

b) toute perte ou tout dommage subis [...]

c) toute perte ou tout dommage par contamination à l'environnement causés par les marchandises dangereuses, pourvu que les indemnités versées au titre de l'altération de l'environnement autres que pour le manque à gagner dû à cette altération soient limitées au coût des mesures raisonnables de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront;

d) le coût des mesures de sauvegarde et toute perte ou tout dommage causés par lesdites mesures.

14. Les alinéas *a* et *b* ne posent pas de problèmes dans la mesure où on les retrouve dans toute définition du dommage. La notion de *dommage à l'environnement* qui a été bien accueillie à la CDI et à l'Assemblée générale, lorsqu'ils ont été proposés dans le cinquième rapport[l] n'a cessé d'évoluer. Le sixième rapport a introduit un article 24 (Dommages causés à l'environnement et consécutivement à des personnes ou à des biens). Aux termes du paragraphe 1 de cet article le dommage causé à l'environnement comprenait

[...] les frais de toute opération raisonnable ayant pour objet de remettre, autant que possible, les choses en l'état où elles étaient avant que le dommage ne survienne. Si une remise en l'état intégrale [était] impossible, les États intéressés [pouvaient] se mettre d'accord sur la prestation pécuniaire ou autre incombant à l'État d'origine pour réparer les dégâts[m].

15. On a fait observer, lors du débat sur le projet d'article 24, que les conventions ou projets consacrés au sujet n'avaient pas retenu l'idée d'une indemnité qui irait au-delà du coût des opérations raisonnables visant à rétablir les conditions qui existaient avant la survenance du dommage[n] et que, par la suite, il fallait s'efforcer de suivre cette tendance. Les principes directeurs établis par l'Équipe spéciale de la CEE et le projet du Conseil de l'Europe, cités *supra* respectivement aux paragraphes 10 et 11, sont favorables à une formule semblable à celle préconisée dans le sixième rapport, encore que plus pratique et moins ambitieuse peut-être, car il semble qu'elle n'envisage pas la réparation pécuniaire, qui est plus difficile à déterminer.

16. Il semblerait, à première vue, qu'il convienne de traiter de la notion de dommage aux personnes, aux choses ou à l'environnement dans une disposition unique comportant des alinéas distincts dans le cadre de l'article 2 qui, à l'exemple de la quasi-totalité des instruments étudiés, traite des expressions employées. De même, la définition doit englober non seulement la notion de dommage, mais aussi celle de *dommage transfrontière*, car seul ce type de dommage donne naissance à la responsabilité *internationale*. Le premier paragraphe se lirait donc comme suit :

« On entend par « dommage » :

« *a*) tout décès ou toute lésion corporelle ou toute atteinte à la santé des personnes;

« *b*) le dommage aux biens patrimoniaux;

« *c*) l'altération de l'environnement, étant entendu que, outre le manque à gagner, l'indemnité correspondante comprendra le coût des mesures raisonnables de remise en état ou de restauration qui ont été effectivement prises ou qui le seront;

« *d*) le coût des mesures de sauvegarde, ainsi que les nouveaux dommages causés par lesdites mesures. »

---

[i] Ibid.

[j] Voir *supra* note 8.

[k] Voir *supra* note g.

[l] Pour un résumé des débats, voir *Annuaire... 1989*, vol. II (2e partie), par. 335 à 350, et « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.431), sect. B.

[m] Voir *supra* note 7.

[n] Voir, par exemple, Graefrath (*Annuaire... 1990*, vol. I, 2183e séance, par. 51).

17. L'alinéa *l* de l'article 2, tel que proposé dans le sixième rapport[o], serait modifié pour se lire :

« On entend par « mesures de remise en état » les mesures raisonnables destinées à rétablir ou à remettre en état les composantes endommagées ou détruites de l'environnement, ou à introduire, s'il est raisonnable, l'équivalent de ces composantes dans l'environnement. »

18. L'alinéa *m*[p] se lirait comme suit :

« On entend par « mesures préventives » les mesures raisonnables prises par quiconque à la suite d'un incident en vue de prévenir ou de réduire au minimum les dommages visés à l'alinéa... du présent article. »

À cet égard, on retiendra que ces mesures sont entendues dans leur double sens : *a*) les mesures visant à prévenir la survenance d'un incident (et du dommage qu'il entraîne), et *b*) les mesures visant à limiter ou à réduire au minimum les effets nocifs d'un incident qui a déjà eu lieu. En réalité, les conventions ou projets relatifs à la *responsabilité* n'envisagent que cette dernière catégorie de mesures et généralement en tant que *frais supplémentaires* aux autres indemnités à la charge de l'auteur de l'incident. Ces mesures préventives sont souvent prises par l'État affecté ou par des particuliers dans celui-ci, en vue d'éviter que le dommage ne s'étende et ne se développe dans toute son ampleur. En outre, ces mesures constitueraient une obligation à la charge de l'État d'origine si elles étaient prises dans le cadre de sa juridiction ou de son contrôle.

19. La notion de « dommage transfrontière » doit être définie dans un alinéa distinct comme « le dommage causé sur le territoire d'un État ou en des zones placées sous sa juridiction ou sous son contrôle, qui est la conséquence physique d'une des activités visées à l'article premier et qui est menée sous la juridiction ou sous le contrôle d'un autre État ».

20. La question de savoir s'il faut choisir l'adjectif « appréciable » ou l'adjectif « important » pour qualifier le dommage appelle deux observations. Premièrement, l'opinion générale incline en faveur de l'adjectif « important » qui paraît requérir un niveau de dommage quelque peu supérieur à celui que donne à entendre l'adjectif « appréciable » et, surtout, parce que celui-ci n'est pas ambigu, comme cela a déjà été indiqué. Deuxièmement, jusqu'ici, l'essai de définition du seuil du dommage proposé dans le sixième rapport (art. 2, al. *h*)[q] n'a pas fait école. En conséquence, l'une des possibilités qui s'offrent est de renoncer à cette tentative et de laisser à la pratique le soin de déterminer à quel moment un dommage devient « important ». Enfin, les principes directeurs établis par l'Équipe spéciale de la CEE donnent une définition qui pourrait avoir un sort meilleur que l'essai de définition proposé antérieurement. Elle se lit comme suit :

Le seuil du dommage (par opposition à la simple atteinte) est celui reconnu par tous les États ou par les États concernés. Si ce seuil n'a pas fait l'objet d'un accord, il y a dommage lorsqu'un État affecté doit, par suite de l'activité exercée sur le territoire de l'État d'origine, prendre des mesures pour protéger son environnement ou sa population, ou encore des mesures de remise en état[r].

Il est certain qu'un élément de subjectivité est toujours présent, car il se pourrait que l'État qui prend les mesures pour protéger son environnement ou sa population ait un sens plus aigu de la nécessité de protéger l'environnement et la santé publique que l'État d'origine, auquel cas ce dernier trouverait injuste d'être tenu de prendre à sa charge des dépenses afférentes aux mesures qu'il considère comme excessives[s]. Mais cette formule est à tout le moins plus objective que les formules du genre « dommages qui ne sont pas insignifiants ou négligeables ou la simple incommodité » auxquelles on a essayé de faire appel pour définir le seuil insaisissable car, lorsqu'un État prend des mesures ou expose des frais et autres dépenses, il y a lieu de penser qu'il ne cherche pas simplement à gaspiller son argent. On peut également parler de niveaux reconnus dans telle ou telle région, etc. En tout état de cause, si la définition proposée recueille une certaine adhésion, on pourrait l'insérer dans le texte et indiquer dans le commentaire les critères évoqués en vue de faciliter la quantification d'une grandeur que seule une longue pratique internationale peut permettre d'opérer, surtout dans des articles qui envisagent toute activité qui cause ou est susceptible de causer un dommage transfrontière.

---

[o] Voir *supra* note 7.

[p] Ibid.

[q] Ibid.

[r] Par. 16.2 (voir *supra* note g).

[s] Il en fut ainsi, par exemple, de certaines mesures d'intervention prises par des gouvernements d'Europe occidentale lors de l'accident de Tchernobyl, qui ont été considérées comme exagérées par les experts d'autres pays (destruction de productions agricoles qui auraient été exposées à la radioactivité, sacrifice de bétail, etc.).

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA QUARANTE-QUATRIÈME SESSION

Cotes	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/441	Ordre du jour provisoire	Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), chap. Ier, par. 9.
A/CN.4/442	Dixième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial	Reproduit dans le présent volume (p. 53).
A/CN.4/443 [et Corr.1 et 3]	Huitième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Julio Barboza, rapporteur spécial	*Idem* (p. 61).
A/CN.4/444 et Add.1 [et Corr.1] et Add.2 et 3	Quatrième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial	*Idem* (p. 1).
A/CN.4/L.469	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante-sixième session de l'Assemblée générale	Reprographié.
A/CN.4/L.470	Rapport du Groupe de travail de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international	*Idem.*
A/CN.4/L.471	Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. — Rapport du Groupe de travail sur la question de la création d'une juridiction pénale internationale	Texte reproduit dans *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), annexe.
A/CN.4/L.472	Projet d'articles sur la responsabilité des États. — Titre et texte des articles adoptés par le Comité de rédaction : deuxième partie	Textes reproduits dans *Annuaire... 1992*, vol. I, compte rendu analytique de la 2288e séance (par. 5).
A/CN.4/L.473 et Rev.1	Rapport du Groupe de planification. — Programme, procédures, méthodes et documentation de la Commission	Reprographié.
A/CN.4/L.474 et Add.1	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-quatrième session : chapitre Ier (Organisation des travaux de la session)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 10* (A/47/10). Pour le texte définitif, voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie).
A/CN.4/L.475 et Rev.1	*Idem* : chapitre II (Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité)	*Idem.*
A/CN.4/L.476	*Idem* : chapitre IV (Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international)	*Idem.*
A/CN.4/L.477 [et Corr.1]	*Idem* : chapitre V (Autres décisions et conclusions de la Commission)	*Idem.*
A/CN.4/L.478 [et Corr.1] et Add.1 à 3	*Idem* : chapitre III (Responsabilité des États)	*Idem.*
A/CN.4/SR.2253-A/CN.4/SR.2294	Comptes rendus analytiques provisoires des 2253e à 2294e séances	Reprographié. Le texte définitif figure dans *Annuaire... 1992*, vol. I.

كيفية الحصول على منشورات الامم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الامم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع انحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب الى : الامم المتحدة ،قسم البيع في نيويورك او في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Printed at United Nations, Geneva
GE.95-63613
November 1995–980

Complete set of two volumes: ISBN 92-1-233263-3

United Nations publication
Sales No. F.94.V.4 (Part I)
ISBN 92-1-233261-7

ISSN 0497-9877