



Assemblée générale

Distr. générale
2 avril 2001
Français
Original: anglais

Commission du droit international

Cinquante-troisième session

Genève, 23 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2001

Quatrième rapport sur la responsabilité des États

présenté par M. James Crawford, Rapporteur spécial

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1–4	2
II. Questions générales en suspens	5–26	3
A. Règlement des différends relatifs à la responsabilité des États	7–20	4
B. La forme du projet d'articles	21–26	8
III. L'invocation de la responsabilité : « dommage », « préjudice » et « l'État lésé »	27–42	10
IV. Violations graves d'obligations essentielles envers la communauté internationale dans son ensemble : chapitre III de la deuxième partie	43–53	18
V. Chapitre II de la deuxième partie <i>bis</i>	54–76	22
Annexe		
Amendements aux projets d'articles proposés à la lumière des commentaires reçus (voir A/CN.4/517/Add.1)		

I. Introduction¹

1. À la cinquante-deuxième session de la Commission, en 2000, le Comité de rédaction a adopté provisoirement en deuxième lecture un projet complet d'articles de fond². Les articles n'ont pas encore été examinés en plénière mais ils ont été publiés, en tant que texte provisoire, dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session³ pour donner aux États une nouvelle occasion de les commenter. Le texte adopté par le Comité de rédaction a été longuement examiné à la Sixième Commission⁴ et a fait l'objet de nouvelles observations écrites d'un certain nombre de gouvernements⁵ ainsi que d'un groupe d'étude de l'Association du droit international⁶.

2. Les commentaires faits jusqu'ici par les gouvernements sur le texte provisoire donnent à penser que dans l'ensemble son économie générale et la plupart de ses dispositions sont jugées acceptables. Le projet comprend nombre des articles proposés et adoptés pour la première fois en 2000. Par exemple, la distinction entre les obligations secondaires de l'État responsable (deuxième partie) et le droit d'autres États d'invoquer la responsabilité (deuxième partie *bis*) a été largement approuvée. De même, la distinction de principe entre les « États lésés » (art. 43) et les autres États ayant un intérêt juridique dans l'exécution de l'obligation violée (art. 49) a recueilli un appui général, même si le libellé de l'article exige d'être réexaminé. On peut dire de même de certains articles qui figuraient dans le texte adopté en première lecture et ont été omis⁷ : leur réinsertion dans le texte, même s'agissant de l'article [19], n'a guère été demandée⁸. D'une manière générale, le débat a porté sur quelques questions en suspens, en particulier les chapitres traitant des « violations graves » (deuxième partie, chap. III) et des contre-mesures (deuxième partie *bis*, chap. II).

¹ Le Rapporteur spécial souhaite remercier de nouveau M. Pierre Bodeau, chargé de recherche au Research Centre for International Laws, Mme Jacqueline Peel, Lecturer in Law, Université de technologie de Queensland, M. Christian Tams, Collège Gonville et Caius, Cambridge, et le Leverhulme Trust, pour son généreux appui financier.

² Voir A/CN.4/L.600 et, pour la déclaration du Président du Comité de rédaction, M. Giorgio Gaja, voir A/CN.4/SR.2662. Dans le présent rapport, les projets d'articles sont désignés par le numéro des articles adoptés provisoirement en 2000. Le numéro correspondant des articles adoptés en première lecture figure entre crochets.

³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément No 10* (A/55/10), chap. IV, appendice.

⁴ Voir le résumé thématique du débat tenu à la Sixième Commission durant la cinquante-quatrième session de l'Assemblée générale (A/CN.4/513, sect. A).

⁵ Voir « La responsabilité des États : commentaires et observations des gouvernements » (A/CN.4/515 et Add.1). Les renvois dans le présent rapport aux « Commentaires et observations... » visent les extraits des commentaires écrits des gouvernements concernant l'article pertinent.

⁶ Le premier rapport du Groupe d'étude a été présenté le 8 juin 2000; pour le texte, voir <www.ila-hq-org>. Le Groupe d'étude est composé de Peter Malanczuk (Pays-Bas, Président et coordonnateur); Koorosh Ameli (République islamique d'Iran); David Caron (États-Unis); Pierre-Marie Dupuy (France); Malgosia Fitzmaurice (Royaume-Uni); Vera Gowlland-Debbas (Suisse); Werner Meng (Allemagne); Shinya Murase (Japon); Marina Spinedi (Italie); Guido Soares (Brésil); Zhaojie Li (Chine) et Tiyanjana Maluwa (Malawi).

⁷ Ont été omis complètement ou n'ont pas d'équivalent direct dans le texte adopté en deuxième lecture les articles adoptés en première lecture suivants : art. [2], [11], [13], [18 3-5], [19], [20], [21], [26] et [51].

⁸ Voir Résumé thématique... (A/CN.4/513), par. 89 à 91.

3. Pour l'essentiel, nombre des observations faites concernent des questions de forme. Ces questions pourront être examinées par le Comité de rédaction lorsqu'il révisera le texte dans son ensemble. On trouvera, dans une annexe au présent rapport, diverses propositions rédactionnelles qui ont été faites, accompagnées de brèves observations. Le rapport lui-même est axé uniquement sur les questions de fond encore en suspens. Il semble qu'il s'agisse des suivantes :

- La définition du « dommage » et du « préjudice », et son rôle dans les articles, relativement aux articles 43 et 49 qui définissent les États habilités à invoquer la responsabilité;
- Le maintien du chapitre III de la deuxième partie et les modifications qui pourraient y être apportées;
- La question de savoir s'il faut conserver un chapitre distinct sur les contre-mesures ou s'il suffit de développer les dispositions y relatives dans le cadre de l'article 23; si l'on conserve le chapitre II de la partie deux *bis*, quelles modifications faut-il apporter aux trois articles controversés (les articles 51, 53 et 54).

4. Comme on le verra à la lecture de l'annexe, un certain nombre d'observations concernent non les articles eux-mêmes mais la nécessité de les développer ou de les expliquer dans les commentaires. Les commentaires adoptés en première lecture ne sont en aucune manière homogènes dans leur style ou leur contenu. En ce qui concerne la première partie, ils sont longs. Ils donnent des justifications de fond détaillées et citent de nombreuses sources, judiciaires et autres, à l'appui des positions prises. Ceux de la deuxième partie sont plus brefs et sont davantage des commentaires à proprement parler sur le libellé adopté et l'intention qui sous-tend les dispositions. Le Rapporteur spécial a établi les commentaires qui représentent un peu un compromis entre ces deux styles : plus substantiels et détaillés que ceux de l'ancienne deuxième partie, moins excessivement argumentés et doctrinaux que ceux de l'ancienne première partie. Il appartiendra à la Commission de décider s'il est parvenu à un équilibre adéquat.

II. Questions générales en suspens

5. Il est nécessaire de commencer par deux questions générales. Il s'agit, premièrement, de la question du règlement des différends, qui fait l'objet de la troisième partie du projet d'articles adopté en première lecture et, deuxièmement, la question de la forme du projet d'articles⁹. Pour ce qui est de la première, la Commission s'est jusqu'ici abstenue de proposer des procédures de règlement des différends dans le texte final de ses projets d'articles¹⁰ mais elle s'est déjà écartée de cette pratique dans la troisième partie, qui a suscité un nombre substantiel de commentaires des gouvernements. Quant à la seconde question, la Commission a pour pratique de faire une recommandation à l'Assemblée générale sur les questions de forme, et elle a toutes raisons de le faire en l'occurrence.

⁹ Les raisons pour lesquelles ces questions ont jusqu'ici été laissées de côté sont expliquées dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/507, par. 6.

¹⁰ Par exemple, les articles sur le droit des traités ne prévoyaient aucun mécanisme obligatoire de règlement des différends par tierce partie en ce qui concerne l'article 53 (*jus cogens*); l'article 66 a été ajouté au texte durant la Conférence de Vienne.

6. Bien entendu, ces deux questions sont liées. Ce n'est que si le projet d'articles est envisagé comme une convention internationale qu'il échet de prévoir un mécanisme de règlement des différends par tierce partie. D'autre part, il est souhaitable d'examiner la question du règlement des différends en elle-même, avant de s'intéresser à la forme que devrait prendre le texte.

A. Règlement des différends relatifs à la responsabilité des États

Système prévu dans la troisième partie adoptée en première lecture

7. Tel qu'adopté en première lecture, le projet d'articles contenait des dispositions sur le règlement des différends assez étoffées.

8. S'agissant plus précisément des contre-mesures, le paragraphe 2 de l'article [48] liait le recours à des contre-mesures à des procédures obligatoires de règlement des différends. Si de telles procédures n'étaient pas par ailleurs en vigueur entre les parties, celles prévues dans la troisième partie s'appliquaient. L'effet de ce lien était qu'un État ayant recours à des contre-mesures pouvait être requis par l'État « cible » de les justifier devant un tribunal arbitral.

9. D'une manière plus générale, la troisième partie traitait du règlement des différends « relatifs à l'interprétation ou l'application des présents articles ». Les parties à un tel différend devaient d'abord, sur demande, essayer de le régler par la négociation (art. [54]). D'autres États parties pouvaient proposer leurs bons offices ou leur médiation (art. [55]). Si le différend n'était pas réglé dans les trois mois, toute partie à celui-ci pouvait le soumettre à la conciliation conformément à l'annexe I (art. [56]). La tâche de la Commission de conciliation n'était pas de juger mais « d'élucider les questions en litige ... par voie d'enquête ou autrement ... et de s'efforcer d'amener les parties au différend à un règlement » (art. [57], par. 1). Tout ce que pouvait faire la Commission de conciliation, si les parties ne parvenaient pas à un règlement, était de remettre un rapport final « contenant son appréciation du différend et ses recommandations en vue d'un règlement » (art. [57], par. 5). Le projet d'articles prévoyait également un arbitrage facultatif conformément à l'annexe II, soit à la place de la conciliation ou à la suite de celle-ci (art. [58], par. 1). En cas d'arbitrage en vertu de l'article [58], la Cour internationale de Justice avait compétence pour confirmer ou annuler la sentence arbitrale (art. [60]).

10. La seule forme de règlement des différends par tierce partie obligatoire dont le résultat lie les parties envisagées dans la troisième partie était néanmoins l'arbitrage à l'initiative de tout État faisant l'objet de contre-mesures (art. [58], par. 2). Cette disposition a été analysée par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport¹¹. L'essentiel est que cet article [58], paragraphe 2, aurait privilégié l'État ayant commis un fait internationalement illicite. Par définition, cet État, cible ou objet des contre-mesures, aurait commis un fait internationalement illicite : l'essence des contre-mesures est qu'elles sont prises en réaction à un tel fait. Ainsi, l'effet du paragraphe 2 de l'article [58] est de donner un droit unilatéral de soumettre le différend à l'arbitrage non à l'État lésé mais à l'État responsable. Une telle inégalité entre les deux États concernés ne peut se justifier dans son principe, et pourrait même donner à l'État lésé une raison de prendre des contre-mesures – contraindre l'État responsable à recourir à l'arbitrage. La Commission a d'une manière générale fait

¹¹ A/CN.4/498/Add.4, par. 384 à 387.

sienne cette critique, bien que nombre de ses membres continuent de souligner l'importance d'un mode pacifique de règlement des différends par tierce partie en lieu et place du recours à des contre-mesures¹². Le débat qu'a tenu la Commission en 1999 a abouti à deux conclusions : premièrement, la procédure unilatérale d'arbitrage proposée au paragraphe 2 de l'article [58] posait de sérieuses difficultés et, deuxièmement, la nécessité d'un mécanisme obligatoire de règlement des différends devait être envisagée aussi bien pour l'État lésé que pour l'État responsable.

11. Aussi bien avant 1999 que depuis, les commentaires des gouvernements sont en majorité contre tout lien entre les contre-mesures et le règlement obligatoire des différends¹³.

Le projet d'articles doit-il contenir des dispositions spéciales pour le règlement des différends?

12. Comme des dispositions prévoyant un mécanisme obligatoire de règlement des différends ne peuvent figurer que dans un traité, il est nécessaire de supposer, pour la discussion, que le projet d'articles prendra la forme d'un traité. De fait, la troisième partie le postule à l'évidence, en visant constamment les « États parties aux présents articles ». La question est de savoir si, dans cette hypothèse, il faut prévoir un mécanisme obligatoire de règlement des différends au profit aussi bien de l'État lésé ou des États lésés que de l'État dont la responsabilité est alléguée.

13. En posant la question de cette manière, le Rapporteur spécial écarte aussi bien l'arbitrage facultatif que les formes non obligatoires de règlement des différends. Il n'est pas nécessaire que le projet d'articles prévoie un mécanisme facultatif – un de plus – de règlement judiciaire des différends¹⁴. Quant aux formes non obligatoires de règlement des différends comme la conciliation, la médiation et l'enquête, elles ont assurément leur mérite, au moins dans des contextes spécialisés. Les États peuvent déjà y avoir recours en exécution de l'obligation générale de règlement des différends énoncée à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, et les deux Conventions de La Haye de 1899 et 1907, par exemple, contiennent des dispositions expresses à cet égard¹⁵. Il n'en reste pas moins que, hors du contexte des incidents maritimes, on a peu recouru à ces modes de règlement pour régler les différends relatifs à la responsabilité des États¹⁶. En outre, du fait que des traités normatifs majeurs comme la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et ses accords d'application, l'Accord de Marrakech de l'Organisation mondiale du commerce et le

¹² Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément No 10* (A/55/10), par. 438 à 449.

¹³ Voir, par exemple, les commentaires figurant dans le document A/CN.4/488, p. 142 à 146 (sur les projets d'articles adoptés en 1996) et les vues plus récentes reproduites dans le Résumé thématique... (A/CN.4/513), par. 19 à 21, et dans les Commentaires et observations... (A/CN.4/515).

¹⁴ Outre la clause facultative et les traités multilatéraux prévoyant un recours général au règlement judiciaire (par exemple le Traité américain sur le règlement pacifique des différends fait à Bogota le 30 avril 1948 ou la Convention européenne sur le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957), on pourra se référer aux Règlements facultatifs pour l'arbitrage des différends entre deux États de la Cour permanente d'arbitrage. Tous les États sans exception ont accès à un ou plusieurs modes facultatifs de règlement judiciaire des différends.

¹⁵ Voir art. 2 à 8 et 9 à 14 de la Convention de 1899 et les dispositions plus détaillées figurant dans les articles 2 à 8 et 9 à 36 de la Convention de 1907.

¹⁶ Au sujet de l'expérience des commissions d'enquête, voir J. G. Merrills, *International Dispute Settlement* (3e éd., Cambridge, 1998), chap. 3.

Protocole 11 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoient des mécanismes de règlement des différends par tierce partie généraux et/ou obligatoires, ne prévoir dans le projet d'articles qu'une forme « molle » de règlement des différends pourrait même constituer un pas en arrière.

14. Lorsque l'on envisage la question du règlement judiciaire obligatoire des différends dans le cadre du projet d'articles, la première question qui se pose est celle de la portée. La troisième partie utilise la formule standard, « un différend concernant l'interprétation ou l'application des présents articles ». Dans le cadre du texte considéré comme un tout – en particulier les articles 2 et 12 – cette formule couvre potentiellement tout différend concernant la responsabilité d'un État pour un comportement internationalement illicite à l'initiative de tout État visé à l'article 43 ou l'article 49, que le comportement viole un traité ou toute autre obligation internationale. En d'autres termes, la portée d'une telle disposition ne serait pas limitée aux différends concernant l'application spécifique de dispositions particulières du projet d'articles en elles-mêmes (par exemple celles concernant l'attribution ou les circonstances excluant l'illicéité). Elle s'étendrait à l'application et à l'interprétation des règles primaires, c'est-à-dire celles qui mettent à la charge des États des obligations dont la violation engage leur responsabilité. En bref, tout différend entre États quant à la responsabilité de l'un d'eux pour la violation d'une obligation internationale, quelle qu'en soit l'origine, impliquerait l'application sinon l'interprétation du projet d'articles¹⁷.

15. Même si l'on devait adopter une conception restrictive de la portée de l'expression « interprétation ou application », elle n'en couvrirait pas moins une énorme partie des différends sur la responsabilité des États, et notamment tous les différends concernant l'attribution d'un comportement à un État (première partie, chap. II), le point de savoir si une obligation est en vigueur pour un État (art. 13), l'existence d'une violation continue d'une obligation (art. 14), l'existence d'une circonstance excluant l'illicéité (première partie, chap. V) ou la nature et l'étendue des obligations de cessation et de réparation en cas de violation (deuxième partie, chap. I et II). En outre, même si le cœur d'un différend était l'interprétation ou l'application d'une règle ou d'une obligation primaire particulière et non celles des obligations secondaires en résultant visées par le projet d'articles, il serait facile de présenter un différend international de manière à mettre ces dernières en cause. D'une manière ou d'une autre, le règlement obligatoire des différends s'étendrait à toutes ou pratiquement toutes les questions de responsabilité des États. De fait, étant donné le lien étroit entre obligations primaires et obligations secondaires de responsabilité, il est naturel et inévitable qu'il en soit ainsi.

¹⁷ L'expression « différend concernant l'interprétation ou l'application » d'un traité a reçu une interprétation large. Voir, par exemple, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, CPJI., série A, No 2 (1924), p. 16 et 29; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Exceptions préliminaires)*, C.I.J. Recueil 1984, p. 427 et 428 (par. 81 et 83); *Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide. Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Exceptions préliminaires)*, C.I.J. Recueil 1996, p. 615 à 617 (par. 31 et 32); affaire concernant les *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *Exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil 1996, p. 820 (par. 51); *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahariya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, C.I.J. Recueil 1998, p. 17, (par. 24 et 25); *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahariya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1998, p. 123.

16. Une autre difficulté tient à ce qu'obligations primaires et obligations secondaires sont entremêlées et aux relations mutuelles entre les différents « compartiments » du droit international. Non seulement il est difficile d'isoler un domaine de l'application des obligations secondaires de la responsabilité des États, mais il est difficile d'isoler un domaine des obligations de la responsabilité des États en tant que tel, distinct des autres domaines. Par exemple, les questions qui concernent essentiellement l'étendue du territoire terrestre soulevées devant la Cour internationale de Justice peuvent comporter des allégations touchant la responsabilité d'un État pour l'occupation du territoire en litige ou des incursions dans ce territoire¹⁸, ou l'exercice de pouvoirs d'exécution dans des zones maritimes en litige peut soulever des questions de responsabilité des États¹⁹. La responsabilité des États est un aspect de la structure du droit international général dans son ensemble. Il serait non seulement très difficile d'isoler aux fins du règlement des différends les questions expressément envisagées dans le projet d'articles mais, même si cela était possible, on aboutirait à des résultats très artificiels.

17. Comme on l'a noté ci-dessus, le projet d'articles adopté en première lecture prévoit un arbitrage obligatoire uniquement pour les différends concernant les contre-mesures et, dans ce cas, seulement à l'initiative de l'État qui en est la cible. D'après leurs commentaires, peu de gouvernements semblent désireux d'aller plus loin, même s'ils soulignent l'importance du règlement pacifique des différends. La plupart d'entre eux estiment qu'il ne serait pas réaliste de faire figurer dans le projet d'articles des dispositions générales sur le règlement obligatoire des différends²⁰.

18. Le Rapporteur spécial en convient. Pour les raisons exposées ci-dessus, un système de règlement des différends facultatif associé aux articles ajouterait peu ou n'ajouterait rien du tout à ce qui existe déjà. Un système supplétif de règlement obligatoire des différends par tierce partie aurait pour effet, à toutes fins utiles, d'instituer un règlement des différends par tierce partie pour l'ensemble du droit international, qui concerne à de si nombreux égards l'exécution par l'État de ses obligations internationales. Rien n'indique que les États sont actuellement prêts à prendre un engagement aussi général. Des progrès ont été accomplis dans des domaines particuliers du droit international et dans certaines régions, et c'est sûrement là la voie à suivre.

19. En outre, même si les États étaient prêts à prendre des engagements supplémentaires de caractère général en matière de règlement des différends, il est peu probable qu'ils le feraient dans le cadre d'articles sur la responsabilité des États dont des aspects demeurent controversés. À supposer que ces articles soient adoptés par les États sous la forme d'une convention générale, on ne peut s'attendre à ce que cette convention contienne des dispositions prévoyant un mécanisme obligatoire et général de règlement des différends par arbitrage ou règlement judiciaire. Pour le Rapporteur spécial, la troisième partie et les deux annexes du projet devraient être supprimées. Les questions touchant le règlement des différends en matière de responsabilité des États devraient être résolues au moyen des dispositions et des procédures existantes.

¹⁸ Comme dans l'affaire concernant la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria); voir *C.I.J. Recueil 1998*, p. 317 à 319 (par. 95 à 102).

¹⁹ Voir, par exemple, l'affaire des *Pêcheries* (Royaume-Uni c. Norvège), *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116.

²⁰ Voir ci-dessus, par. 11.

20. Une autre proposition mérite d'être mentionnée. La Chine convient que les dispositions actuelles de la troisième partie sur le règlement des différends sont incompatibles avec le principe du libre choix des moyens de règlement énoncés à l'Article 33 de la Charte. Elle ajoute toutefois :

« [N]ous sommes contre la suppression pure et simple de tous les articles concernant le règlement des différends. La question de la responsabilité des États porte en effet sur les droits et les obligations entre États ainsi que sur leurs intérêts vitaux et constitue donc un domaine sensible du droit international facilement sujet aux controverses. Pour apporter la réponse qui convient à cette question, il faut prévoir des dispositions générales qui servent de principe en vue du règlement des différends soulevés par la responsabilité des États et en particulier du strict respect de l'obligation de régler les différends par des voies pacifiques que prévoient le paragraphe 3 de l'Article 2 et l'Article 33 de la Charte des Nations Unies²¹. »

La Chine propose donc que la quatrième partie contienne une disposition générale concernant le règlement pacifique des différends relatifs à la responsabilité des États. Une telle disposition, qui pourrait s'inspirer de l'Article 33 de la Charte, contribuerait en partie à dissiper une inquiétude qui s'est fait jour, à savoir que des États n'invoquent la responsabilité des États que pour prendre unilatéralement des mesures coercitives. La Commission pourra souhaiter étudier cette idée, même si, en l'absence de convention contraignante prévoyant un mécanisme de règlement obligatoire, aucune nouvelle obligation digne de ce nom peut être imposée dans ce domaine.

B. La forme du projet d'articles

21. Pour ce qui est de la forme que pourrait prendre le projet d'articles, toute une série d'opinions ont été exprimées par les gouvernements ainsi que par les membres de la Commission²². On peut les résumer comme suit.

Une convention sur la responsabilité des États?

22. Ceux qui sont favorables à cette option notent l'influence stabilisatrice qu'a eue la Convention de Vienne sur le droit des traités, et la forte influence qu'elle continue d'exercer sur le droit international coutumier, que tel ou tel État y soit ou non partie. Selon cette opinion, le travail long et minutieux accompli par la Commission sur la responsabilité des États mérite d'être consacré dans un texte normatif, et selon la tradition et la pratique établies, une telle consécration prend la forme d'un traité adopté soit par une conférence diplomatique, soit dans le cadre de la Sixième Commission²³.

²¹ Commentaires et observations... (A/CN.4/515).

²² Voir Résumé thématique... (A/CN.4/513), par. 22 à 24; Commentaires et observations... (A/CN.4/545).

²³ Cette opinion générale est exprimée, par exemple, par les pays nordiques, la Slovaquie et l'Espagne; voir Commentaires et observations... (A/CN.4/515).

Adoption par l'Assemblée générale sous une forme ou sous une autre?

23. D'autres gouvernements et commentateurs doutent qu'il soit judicieux de tenter de codifier sous forme conventionnelle les règles générales de la responsabilité des États. Ils notent qu'une certaine souplesse est nécessaire et qu'il faut laisser le droit continuer à se développer, tout en soulignant que certains aspects du texte sont assez provisoires et controversés. Ils doutent que les États considèrent de leur intérêt de ratifier un éventuel traité plutôt que de faire fond sur des aspects particuliers de celui-ci quand l'occasion se présente. Ils craignent l'effet déstabilisateur et même « décodificateur » que risquerait d'avoir une convention qui ne serait pas couronnée de succès. Selon eux, il est plus réaliste, et selon toute vraisemblance plus efficace, de s'en remettre aux cours et tribunaux internationaux, à la pratique des États et à la doctrine pour adopter et appliquer les règles énoncées dans le projet. Celles-ci auront plus d'influence sur le droit international si elles prennent la forme d'une déclaration ou d'un autre document approuvé que si elles figuraient dans un traité non ratifié et peut-être controversé. Ils notent que la Cour internationale de Justice a déjà appliqué des dispositions du projet d'articles en un certain nombre d'occasions²⁴, alors même que celles-ci n'ont été que provisoirement adoptées par la Commission. L'expérience montre que les articles peuvent avoir une influence à long terme, même s'ils ne prennent pas la forme d'une convention²⁵.

La manière de procéder

24. Un certain nombre de gouvernements se déclarent préoccupés par la manière de procéder. Selon eux, la question de savoir si les articles seront adoptés sous la forme d'une convention ou d'une déclaration est moins importante que celle de savoir si le texte doit être revu et examiné au fond et comment il doit l'être. Le système de la commission préparatoire, adopté par exemple pour le projet de statut de la Cour pénale internationale, est extrêmement long. Il est aussi beaucoup moins approprié pour un exposé de règles secondaires du droit international, isolé de tout domaine spécifique d'obligations juridiques primaires mais ayant de très vastes répercussions pour le droit international dans son ensemble. Comme l'a noté l'Autriche, une conférence diplomatique « selon toute vraisemblance impliquerait la reprise – pour ne pas dire la répétition – d'un débat très complexe, qui compromettrait l'équilibre du texte auquel est parvenue la CDI²⁶ ». Ceci serait également vrai d'une commission préparatoire qui devrait précéder toute conférence diplomatique mais participerait aussi vraisemblablement à l'établissement du texte devant être adopté par l'Assemblée générale sous la forme quasi législative d'une déclaration solennelle. Selon cette opinion, une approche moins divisive et plus subtile consisterait pour l'Assemblée générale à prendre simplement note du texte et à le recommander aux États et aux cours et tribunaux internationaux, son contenu n'étant examiné que dans le cadre des processus normaux d'application et de développement du droit international.

²⁴ Voir, par exemple, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, par. 47, 50 à 53, 58, 79 et 83; *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, C.I.J. Recueil 1999, par. 62.

²⁵ Cette opinion générale est exprimée, par exemple, par l'Autriche, la Chine, les États-Unis d'Amérique, le Japon, les Pays-Bas, le Royaume-Uni; Commentaires et observations... (A/CN.4/515). Pour les Pays-Bas, les résultats des travaux ne doivent pas prendre la forme d'un document de moindre force qu'une déclaration de l'Assemblée générale; *ibid.*

²⁶ *Ibid.*

Conclusion

25. De l'avis du Rapporteur spécial, à peu de choses près, les arguments se valent. D'une part, les textes élaborés par la Commission sont habituellement adoptés par une conférence diplomatique sous forme de convention. Dans bien des cas (dont, tout récemment, la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale), cette façon de procéder a permis aux États de contribuer pleinement à l'établissement du texte finalement adopté et a conféré à ce texte le poids et la durabilité qu'il n'aurait pas eus autrement. D'autre part, contrairement à d'autres textes qui doivent faire l'objet d'une convention pour produire des effets juridiques, il n'y a pas de raison, en principe, pour qu'une déclaration ou autre instrument similaire concernant la responsabilité des États ne puisse pas faire partie intégrante du droit acquis. Le droit relatif à la responsabilité des États produit ses effets au niveau international et n'a pas à être appliqué dans le droit interne. Les États, les tribunaux et les spécialistes se référeront au texte, quel qu'en soit le statut, parce qu'il fera autorité dans le domaine auquel il se rapporte. Le projet d'articles a déjà été fréquemment cité et a déjà beaucoup contribué à l'élaboration du droit, même sous une forme non définitive. Il y a tout lieu de penser que ce processus d'approbation et d'application de dispositions particulières se poursuivra et que l'adoption du texte par l'Assemblée générale le renforcera.

26. En fin de compte, c'est à la Commission de décider de la conduite à suivre. La recommandation qu'elle devrait faire à l'Assemblée générale dépend d'une série de facteurs, à savoir : ce qui sera finalement décidé au sujet du règlement des différends, l'assentiment général concernant l'équilibre du texte (équilibre qui ne serait pas encore atteint) et une évaluation de la nature et des résultats que pourraient avoir les travaux d'une commission préparatoire, qui déboucheraient soit sur une déclaration, soit sur une conférence diplomatique. Pour sa part, le Rapporteur spécial est enclin à penser qu'une résolution de l'Assemblée générale prenant acte du texte et le recommandant aux États est sans doute la solution la plus simple et la plus pratique, en particulier si elle permet à l'Assemblée de faire l'économie d'un long débat sur des articles particuliers sujets à controverses. Il suggère que la Commission revienne sur la question plus tard au cours de la session, lorsqu'elle sera parvenue à équilibrer le texte et, en particulier, lorsqu'elle aura pris une décision au sujet de l'actuelle troisième partie.

III. L'invocation de la responsabilité : « dommage », « préjudice » et « l'État lésé »

27. En ce qui concerne le fond du projet d'articles, la première question de caractère général concerne la série d'articles qui définissent ce qui constitue un « préjudice » et un « dommage » aux fins de la responsabilité d'un État (art. 31 et 37) ainsi que les dispositions s'y rapportant (art. 43 et 49), qui traitent de l'invocation de la responsabilité par l'État « lésé » et des États « autres » que l'État lésé. Ces derniers articles ont été introduits dans le projet à la dernière session de la Commission en remplacement de l'article [40] et dans un souci d'apporter des précisions aux articles 42 et 44²⁷.

²⁷ Voir troisième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/507, par. 66 à 118.

28. Les gouvernements ont accueilli avec satisfaction la distinction établie dans les articles 43 et 49 entre l'État « lésé » et les États « autres » que l'État lésé, tout en soulevant un certain nombre de questions au sujet du libellé de ces articles et de la définition du « dommage ». En ce qui concerne ce dernier point, il semble être généralement admis que le dommage n'est pas nécessairement un élément constitutif de chaque violation du droit international et ne devrait donc pas être expressément mentionné dans les articles premier et 2. Il appartiendra à la règle primaire en question de déterminer où commence une violation : dans certains cas, cela peut être le moment où se produit effectivement le dommage, dans d'autres, la menace de ce dommage, dans d'autres encore, le simple fait de ne pas tenir une promesse, indépendamment des conséquences du manquement au moment où il a lieu. De même, c'est aux règles primaires et à leur interprétation qu'il appartiendra de spécifier quelle est l'étendue des intérêts protégés par une obligation internationale, dont la violation donnera naissance à une obligation secondaire correspondante de réparation. Dans le cas de certaines obligations – celles qui ont une portée limitée ou ont pour objet de protéger un intérêt particulier – chacune des conséquences d'une violation peut ne pas ouvrir droit à compensation. Dans d'autres cas, la position peut être différente. Ces questions relèvent avant tout de l'interprétation et de l'application de la règle primaire en question. Elles ne sont pas définies a priori par les règles secondaires de la responsabilité²⁸. Tout ce que l'on peut demander est que les règles secondaires soient formulées de telle sorte qu'elles laissent la porte ouverte à l'ensemble des possibilités.

29. C'est là que des difficultés sont apparues, au moins en ce qui concerne la rédaction et le commentaire. Trois principaux points, distincts quoique apparentés, ont été soulevés : l'emploi des termes « préjudice » et « dommage » dans la deuxième partie et la deuxième partie *bis*, l'invocation de la responsabilité par un État lésé tel qu'il est défini à l'article 43, et le champ d'application de l'article 49, en particulier dans le contexte des obligations établies aux fins de la protection d'un intérêt collectif.

« Préjudice » et « dommage » dans le projet d'articles

30. Les termes « préjudice », « dommage », « perte », etc. ne sont pas toujours définis de la même manière en droit international et il n'existe pas d'équivalent exact ou convenu entre eux dans les langues officielles des Nations Unies. Tout examen d'un domaine donné montre qu'il existe une série de termes et de définitions propres au contexte. Par exemple, dans le domaine de la protection de l'environnement, le terme le plus couramment utilisé est « dommage ». Il est parfois utilisé sans qualificatif²⁹, parfois accompagné de qualificatif tel que « significatif³⁰ » ou même

²⁸ Voir J. Combacau et D. Alland, *Primary and Secondary Rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obligations*, (1985) 16 *Netherlands YBIL*, p. 108. Voir aussi le premier rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/490/Add.4, par. 112 à 121.

²⁹ Par exemple, dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm de 1972, repris en tant que principe 2 de la Déclaration de Rio de 1992, ainsi que dans de nombreux autres instruments.

³⁰ Par exemple, à l'article 7 (« dommages significatifs ») de la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Voir aussi la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels, art. 1, al. d) (« l'expression "effets transfrontières" désigne des effets graves... »), la Convention de 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, art. 2, par. 1 (« impact transfrontière préjudiciable important »), le Protocole additionnel I aux Conventions

« irréversible³¹ ». Les termes sont parfois utilisés sans préjudice des questions de responsabilité, mais de façon à indiquer que la survenance du dommage n'est pas une condition suffisante ni même nécessaire pour entraîner la responsabilité³². La portée du terme général « dommage » est parfois restreinte par l'exclusion de certains types de dommages récupérables³³. Dans son avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice n'utilise aucun terme restrictif et se borne à parler vaguement de respecter l'environnement³⁴. Dans le domaine du droit international commercial, différentes normes sont utilisées : par exemple, l'article 3 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends annexé à l'Accord de Marrakech de 1994 prévoit, dans son paragraphe 8, que :

« Dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annulée ou compromettre un avantage. En d'autres termes, il y a normalement présomption qu'une infraction aux règles a une incidence défavorable pour d'autres membres parties à l'accord visé, et il appartient alors aux membres mis en cause d'apporter la preuve du contraire. »

Ceci est conforme à la jurisprudence de longue date du GATT/OMC. Il ne semble pas y avoir eu jusqu'ici de cas dans lequel la présomption ait été renversée. Comme l'a déclaré le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis–Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*,

« Le fait d'établir qu'une mesure incompatible avec [une disposition d'un accord visé] n'a pas d'effet ou n'a que des effets négligeables ne suffirait pas ... à prouver que les avantages conférés par cette disposition n'ont pas été annulés ou compromis, même si une réfutation dans ce sens était en principe permise³⁵. »

31. Ce serait une erreur de croire que, dans le droit international actuellement en vigueur, il existe une définition précise des termes « préjudice » ou « dommage » qui soit généralement applicable. Les nombreux accords et déclarations qui énoncent les règles primaires de la responsabilité ne semblent pas déroger à une règle générale régissant le préjudice ou le dommage. Ils ne contiennent guère de dispositions spéciales auxquelles il soit donné effet au moyen du principe de la *lex specialis* (art. 56). Chaque disposition est conçue pour répondre aux besoins particuliers du contexte et à la nécessité d'équilibrer un règlement négocié donné. Là encore, le

de Genève de 1949, du 8 juin 1977, art. 35, par. 3 (« dommages étendus, durables et graves à l'environnement ») et art. 55, par. 1.

³¹ Charte mondiale de la nature, adoptée le 28 octobre 1982, par. 11 a).

³² Par exemple, dans la Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone, art. 1, par. 2 (les « effets néfastes » sont définis comme les modifications qui exercent des « effets nocifs significatifs » sur la santé humaine ou les écosystèmes).

³³ Par exemple, dans la Convention de 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, art. 1, par. 7 c), qui limite la réparation au coût des mesures de remise en état.

³⁴ *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226 à 242 (par. 29).

³⁵ I.B.D.D. *Supplément No 34*, p. 154 et suiv., par. 5.1.9 (1987); rapport approuvé et appliqué par l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Rapports relatifs au règlement des différends, 1997; II.

mieux que puisse faire le projet d'articles est d'utiliser des termes généraux dans un sens large et souple tout en conservant sa cohérence interne.

32. En ce qui concerne les articles se rapportant à ces questions, il y a lieu de noter tout d'abord qu'ils prévoient deux catégories de conséquences secondaires d'une violation : cessation et non-répétition (art. 30) et réparation (art. 31). La cessation est requise dans le cas d'une violation continue d'une obligation qui subsiste et s'il ne se pose pas par ailleurs de questions de dommage. Conformément à l'alinéa b) de l'article 30, les assurances et garanties de non-répétition sont des moyens exceptionnels, qui peuvent être requis dans certains cas s'il y a des raisons de craindre une nouvelle violation de l'obligation. Les États lésés, tels qu'ils sont définis à l'article 43, ne sont pas ou ne devraient pas être les seuls à pouvoir y recourir³⁶. Bien que le contenu et le libellé de l'alinéa b) de l'article 30 aient suscité des questions³⁷, cette interprétation des conséquences secondaires semble être acceptable et, en fait, a été généralement approuvée par les gouvernements dans leurs observations.

33. L'article 31 énonce l'obligation générale de réparer et les formes que doit prendre la réparation sont traitées plus en détail dans le chapitre II. Dans son paragraphe 1, l'article 31 prévoit que l'obligation consiste à « réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite ». Ce principe ne semble susciter aucune controverse³⁸. Le paragraphe 2 de l'article 31 prévoit que « le préjudice comprend tout dommage, matériel ou moral, subi en conséquence du fait internationalement illicite d'un État ». Cette disposition a été introduite par le Comité de rédaction en 2000 pour tenter d'apporter quelques précisions à la notion de « préjudice ». À la lumière des observations reçues, elle semble poser trois sortes de problèmes :

- Premièrement, en ce qui concerne le texte anglais, c'est certainement une erreur de dire que le « préjudice », c'est-à-dire le tort causé à autrui par la violation d'une obligation, « *consists* » en un dommage. Dans certains cas, le dommage peut être l'élément essentiel du préjudice, dans d'autres, non; dans d'autres encore, il peut y avoir perte sans illégalité (*damnum sine injuria*). Il serait donc plus exact de dire, en anglais, que le préjudice « *includes* » tout dommage...
- Deuxièmement, la notion de « préjudice moral » n'a pas la même connotation dans les différents systèmes juridiques. Dans certains de ces systèmes, elle comprend la perte affective ou autre perte non matérielle subie par les individus; dans d'autres, le « préjudice moral » peut englober diverses formes de tort – par exemple le tort causé à la réputation – ou l'affront associé au simple fait d'une violation. Il est difficile d'utiliser des termes tirés du droit interne qui n'ont sans doute pas acquis d'autonomie en droit international³⁹. Par contre,

³⁶ Voir art. 49, par. 2 a).

³⁷ On trouvera dans l'annexe au présent rapport les commentaires et observations s'y rapportant.

³⁸ En théorie, il pourrait y avoir une violation qui ne cause de préjudice ou de perte à personne et il y a certainement des violations en conséquence desquelles il n'y a pas d'État lésé au sens de l'article 43. Mais on peut compter que de tels cas seront exceptionnels et on créerait plus de difficultés qu'on en résoudrait si on remplaçait « le préjudice » par « tout préjudice » dans le paragraphe 1.

³⁹ Le Rapporteur spécial, M. Arangio-Ruiz, était d'avis que le « dommage moral » causé à l'État était juridiquement distinct du dommage moral causé à des personnes dans le cadre des droits de l'homme ou de la protection diplomatique. Voir son deuxième rapport dans *Annuaire de la*

les termes « dommage moral » sont utilisés dans la jurisprudence et tant que l'on n'insiste pas pour que les pertes de nature non matérielles qui peuvent être compensées soient incluses dans une conception unique du dommage moral, il semble approprié de s'y référer dans le paragraphe 2.

- Troisièmement, les termes « subi en conséquence du » figurant dans le paragraphe 2 semblent en opposition avec les termes « causé par » qui figurent dans le paragraphe 1. La Commission a été d'avis qu'il ne fallait pas introduire dans le texte de formule unique pour désigner le préjudice indirect, par exemple en utilisant des termes comme « direct » ou « prévisible » ou en se référant à la théorie du lien de causalité non interrompu⁴⁰. En droit international comme en droit national, il semble qu'il convienne d'appliquer des critères de causalité différents à des obligations différentes ou dans des contextes différents, en fonction des intérêts que la règle primaire cherche à protéger. C'est pourquoi il a été décidé d'utiliser simplement le terme « causé » et de s'en expliquer dans le commentaire⁴¹. Mais on crée la confusion en utilisant dans le même article une deuxième expression qui pourrait sous-entendre que les pertes découlant du fait illicite ouvrent toujours droit à réparation.

Tout bien considéré, le Rapporteur spécial est d'avis qu'il peut être utile de conserver le paragraphe 2 de l'article 31, mais qu'il devrait se lire : « Le préjudice comprend tout dommage, matériel ou moral, causé par le fait internationalement illicite d'un État⁴². »

34. L'article 37, qui traite de l'indemnisation, apporte encore quelques éclaircissements à la notion de dommage dans son paragraphe 2 qui prévoit que « l'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi ». La référence au manque à gagner dans ce paragraphe a été généralement bien accueillie, mais quelques pays se sont demandé si les mots « évaluation financière » étaient une amélioration par rapport à « évaluation économique ». Le Rapporteur spécial est d'avis que la différence est minime. L'intention est de couvrir tous les cas dans lesquels le dommage est susceptible d'être évalué du point de vue financier, même si cela suppose qu'il faille recourir à des estimations, des approximations, des équivalents, etc. L'intention n'est certainement pas de limiter l'indemnisation aux pertes (c'est-à-dire aux pertes patrimoniales) dont la valeur peut être exactement calculée en argent. Il semble suffisant de l'expliquer dans le commentaire.

Invocation de la responsabilité par un « État lésé »

35. La distinction entre l'État lésé et les États autres que l'État lésé a été généralement bien accueillie, mais plusieurs questions ont été soulevées au sujet de l'article 43. La première concerne la notion même d'invocation de la responsabilité,

Commission du droit international, 1989, vol. II (première partie), document A/CN.4/425 et Add. 1, par. 7 à 17. Peut-être a-t-il raison, mais cela ne règle pas le problème de terminologie.

⁴⁰ Voir troisième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/507, par. 27, 28 et 29 et 31 à 37.

⁴¹ Le terme « causé » est également utilisé dans les articles 27, 35, 37 et 38.

⁴² Il n'est pas interdit de penser que cela ne concerne pas le cas où une obligation particulière ne couvre que des conséquences particulières, de sorte que les autres ne sont pas indemnifiables. Le Comité de rédaction voudra peut-être examiner la question de savoir si on ne résoudreait pas le problème en disant : « tout dommage ... ayant un rapport avec le fait internationalement illicite ».

qui n'est expressément définie ni dans l'article 43, ni dans l'article 44. Il faut ici faire une distinction entre l'introduction d'une prétention, qui peut être, et qui est généralement, une procédure relativement officielle, et de « simples démarches diplomatiques⁴³ » motivées par une situation ou un différend de nature préoccupante. Un État n'a pas à être « lésé » de quelque manière que ce soit pour faire savoir qu'il juge une situation, notamment une violation du droit international, préoccupante. Seul le principe de la compétence nationale de l'État auquel il s'adresse, et non la notion de « préjudice » ou « dommage », peut imposer des contraintes à cet égard. Des démarches de cette nature ne sont pas assimilables à l'invocation de la responsabilité et aucun intérêt juridique particulier n'est requis. Il est vrai que la responsabilité d'un État peut être (et elle l'est généralement) invoquée par la voie diplomatique ou autre contact direct d'État à État sans que la question ne soit jamais portée devant une tierce partie. Mais il se peut qu'il n'y ait pas de tierce partie ayant compétence en la matière. Il n'en reste pas moins qu'un État évoque la responsabilité d'un autre État lorsqu'il fait valoir une prétention à son encontre en se fondant sur l'une quelconque des conséquences d'une violation du droit international par ledit État visées dans la deuxième partie du projet d'articles. Les articles 43 et 49 ont pour objet de dire quand cela peut être fait en général (c'est-à-dire en dehors des cas visés à l'article 56). S'il n'est pas fait droit à la prétention de l'État demandeur, il en résulte un différend juridique, dont une cour ou un tribunal pourrait être saisi si les États intéressés y consentent. Considérant la nature générale du texte, il ne semble pas nécessaire de définir expressément l'invocation de la responsabilité. Le Comité de rédaction voudra peut-être examiner la possibilité de libeller les articles 43 ou 44 d'une autre manière⁴⁴, ou bien les explications concernant ce point pourront être renforcées dans le commentaire.

36. En ce qui concerne la définition de « l'État lésé », plusieurs gouvernements ont exprimé l'opinion que l'expression « la communauté internationale dans son ensemble », utilisée dans l'article 43 et dans d'autres articles, devrait se lire « la communauté internationale des États dans son ensemble⁴⁵ ». Ils appellent l'attention, en particulier, sur la définition des normes impératives du droit international donnée dans l'article 53 des deux Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Le Rapporteur spécial ne pense pas qu'il soit nécessaire de changer ce qui est devenu une expression généralement acceptée. Les États restent les principaux acteurs de la formation du droit international et de son application et il va de soi que tout État est, en tant que tel, membre de la communauté internationale. Mais, en plus des États, la communauté internationale comprend des entités, telles que l'Union européenne, le Comité international de la Croix-Rouge, ou l'Organisation des Nations Unies elle-même. La Cour internationale de Justice a employé l'expression « la communauté internationale dans son ensemble » dans l'affaire de la Barcelona Traction⁴⁶ et elle a

⁴³ L'expression est tirée du paragraphe 2 de l'article 27 de la Convention de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Voir le troisième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/507, par. 105.

⁴⁴ Par exemple, l'article 43 pourrait d'abord créer le droit de l'État lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre État conformément au projet d'articles, puis définir les termes « État lésé » dans un deuxième paragraphe. L'article 44 pourrait alors traiter de la forme de l'invocation. Cette suggestion a été faite par le Royaume-Uni.

⁴⁵ La suggestion a été faite, par exemple, par la France, le Mexique, la Slovaquie et le Royaume-Uni, à propos non seulement de l'article 43 mais aussi des articles 26, 34 et 41. Voir annexe au présent rapport, note relative à l'article 26.

⁴⁶ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32 (par. 33).

été utilisée par la suite dans des traités multilatéraux, par exemple au paragraphe 1 de l'article 5 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale adopté en 1998⁴⁷.

37. Le fait que ce membre de phrase soit utilisé ne signifie toutefois pas que la communauté internationale existe en tant que personne morale. Ce n'est évidemment pas le cas⁴⁸. Mais, si des organes particuliers ou des institutions particulières (par exemple, les organes principaux de l'Organisation des Nations Unies) peuvent représenter les intérêts de la communauté, en général ou à des fins particulières, le fait qu'ils n'agissent pas dans un cas donné ne devrait pas avoir pour conséquence qu'un État qui a violé une obligation envers la communauté dans son ensemble ne puisse pas être invité à rendre des comptes. Telle est la raison pour laquelle les dispositions faisant l'objet de l'article 49 ont été inscrites dans le projet d'articles. Aux fins de l'article 43, il suffit de dire que, même si une obligation est due à la communauté internationale dans son ensemble, un État particulier peut être spécialement atteint par la violation de cette obligation. C'est pourquoi il est nécessaire de le prévoir aussi dans l'article 43.

38. L'autre question concerne le sous-alinéa ii) de l'alinéa b) de l'article 43, qui traite des obligations dites « intégrales »⁴⁹. Bien que ces termes soient parfois utilisés pour désigner des obligations d'intérêt général (par exemple, des obligations relatives aux droits de l'homme), le Rapporteur spécial les interprète comme désignant des obligations dont les effets obéissent au principe du tout ou rien. Conformément à l'article 60, paragraphe 2 c), de la Convention de Vienne de 1969, la violation d'une obligation intégrale autorise toute autre partie à suspendre l'application du traité non seulement à l'égard de l'État auteur de la violation, mais aussi à l'égard de tous les autres États parties. En d'autres termes, la violation d'une obligation de cette nature compromet la structure du traité dans son ensemble. Cela n'est heureusement pas vrai dans le cas des instruments relatifs aux droits de l'homme; c'est même plutôt le contraire, puisqu'un État ne peut faire fi des droits de l'homme sous prétexte qu'un autre État viole le traité. Les instruments tels que les traités relatifs à la non-prolifération et au désarmement, ou autres traités exigeant une discipline collective totale pour produire leurs effets (par exemple, le Traité sur l'espace extra-atmosphérique et le Traité sur l'Antarctique), sont intégraux à cet égard. La catégorie est peut-être restreinte, mais elle est importante. En outre, elle est applicable tout autant en matière de responsabilité des États qu'en matière de suspension de traités. En effet, les autres parties auxquelles est due une obligation intégrale qui a été violée peuvent ne pas avoir intérêt à ce qu'elle soit suspendue et devraient pouvoir faire pression sur l'État auteur de la violation pour qu'il y mette fin et s'acquitte de l'obligation de réparation. Pour toutes ces raisons, le Rapporteur spécial est d'avis qu'il faut conserver le sous-alinéa ii) de l'alinéa b) de l'article 43. Le Comité de ré-

⁴⁷ Le libellé du paragraphe 1 de l'article 5 est tiré, en fin de compte, du préambule du projet de statut établi par la Commission en 1994. Voir *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 28, mais il a été considérablement renforcé lorsqu'il a été transformé en article de fond.

⁴⁸ Voir Fizmaurice (opinion dissidente) dans l'affaire de la *Namibie*, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 241 (par. 33). Pour des raisons similaires, peut-être vaudrait-il mieux parler, dans l'alinéa b) de l'article 43, non pas d'un « groupe » d'États, mais de « plusieurs » États; même chose à l'article 49.

⁴⁹ La notion d'obligations intégrales est développée dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/507, par. 91.

daction pourrait toutefois en réexaminer le libellé en tenant compte des diverses suggestions qui ont été faites⁵⁰.

Autres États habilités à invoquer la responsabilité : article 49

39. Le Japon a exprimé l'opinion que l'article 49 n'était pas un aspect essentiel du droit de la responsabilité des États, mais la plupart des autres pays ont accepté le principe qu'il énonce et ce principe a été, naturellement, expressément accepté par la Cour internationale de Justice en 1970. Mais plusieurs questions ont été soulevées en ce qui concerne le libellé de l'article et l'objet qu'il est censé avoir.

40. La première concerne la notion de « protection d'un intérêt collectif », dont il est question à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article. En effet, quelles obligations internationales (en dehors des obligations purement bilatérales) ne sont pas, dans un sens, « établies aux fins de la protection d'un intérêt collectif »? Même les traités qui ressemblent le plus à « l'assortiment classique » d'obligations bilatérales sont, au fond, établis pour la protection d'un intérêt collectif. Par exemple, on considère généralement que les relations diplomatiques entre deux États conformément à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques sont de caractère bilatéral et on serait tenté de penser que les violations « ordinaires » de cette convention envers un État n'ont pas de répercussions sur les autres États parties. Mais, à un certain degré de gravité, une violation de la Convention pourrait bien soulever des questions concernant l'institution de relations diplomatiques, qui pourraient légitimement concerner des États tiers⁵¹. Peut-être faudrait-il rendre plus restrictif le paragraphe 1 a) de l'article 49 de façon à le limiter aux violations qui sont, en soi, de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des États auxquels l'obligation est due⁵².

41. En fait, il a été suggéré que l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 49 fasse l'objet d'une restriction similaire. La France a suggéré que le paragraphe soit limité aux violations graves visées dans le chapitre II de la deuxième partie. Cette suggestion s'applique davantage aux demandes de réparation visées à l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 49 qu'aux demandes de cessation du fait internationalement illicite. Il ne semble pas exagéré d'autoriser tous les États à demander instamment qu'il soit mis fin à la violation d'une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble. Cela semble découler directement de l'opinion exprimée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la Barcelona Traction. Par contre, habiliter tout État à demander réparation « dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée » est peut-être moins évident. On pourrait en effet raisonnablement s'attendre, notamment, à ce que l'État lésé, s'il en existe un, le fasse lui-même.

42. Ce sont là des questions que la Commission voudra peut-être revoir, et le Comité de rédaction devrait certainement examiner la question de savoir si l'on ne

⁵⁰ Il a été notamment suggéré d'ajouter le mot « nécessairement » et de changer « ou » en « et », de façon à ce que la phrase se lise comme suit : « ii) est de nature à nécessairement porter atteinte à la jouissance des droits et à l'exécution des obligations de tous les États concernés ».

⁵¹ Voir l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 43 (par. 92).

⁵² Cette suggestion couvrirait encore le cas type qu'est censé viser l'alinéa a) du paragraphe 1, à savoir l'intérêt de l'Éthiopie et du Libéria à ce que l'Afrique du Sud s'acquitte de ses obligations de mandataire du Sud-Ouest africain : *Affaires du Sud-Ouest africain*, C.I.J. Recueil 1966, p. 6. Voir troisième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/507, par. 85 et 92.

pourrait pas donner un tour plus restrictif à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 49. Par ailleurs, le Rapporteur spécial estime que l'article 49 en général établit un certain équilibre, *de lege ferenda*, entre, d'une part, l'intérêt collectif qu'il y a à se conformer aux valeurs essentielles communes à tous et, d'autre part, l'intérêt qu'il y a, en contrepartie, à ne pas encourager la prolifération des différends. À son avis, il n'y a pas lieu de revoir l'article 49 quant au fond.

IV. Violations graves d'obligations essentielles envers la communauté internationale dans son ensemble : chapitre III de la deuxième partie

43. Par contre, les questions que soulève le chapitre III de la deuxième partie continuent de susciter des controverses, tout comme elles l'avaient fait précédemment dans le cadre de l'article [19]. Un certain nombre de pays (États-Unis, France, Japon, Royaume-Uni) continuent d'insister pour que le chapitre III, qui, comme le dit spirituellement l'un d'entre eux, est toujours hanté par le fantôme des « crimes internationaux », soit purement et simplement supprimé. Selon eux, la gravité de la violation d'une obligation ne dépend pas de sa nature mais de son degré et il y a d'autres moyens de tenir compte des différences de gravité. En outre, le caractère vague et limité des articles 41 et 42 fait douter sérieusement de leur utilité. À tout le moins, selon ces États, on ne peut pas dire qu'ils soient conformes au droit international général, ce qui est un grave défaut dans un texte qui ne peut que prendre la forme d'un instrument juridique non contraignant. Les pays en question proposent une solution de rechange, à savoir une clause de sauvegarde générale, réservant l'élaboration de formes de responsabilité plus strictes pour les violations graves du droit international⁵³.

44. D'autre part, le chapitre III a reçu des appuis. Selon le Danemark (parlant au nom des pays nordiques),

« L'essentiel n'est pas la terminologie, bien que, dans le contexte de la responsabilité des États, le terme "crime" risque de créer une impression fautive. L'essentiel est que certaines violations comme l'agression et le génocide sont un tel affront à la communauté internationale dans son ensemble qu'il convient de les distinguer d'autres violations – tout comme les lois de la guerre distinguent entre "violations" et "violations graves" de ces règles. Les pays nordiques continuent donc à appuyer cette distinction dans le contexte de la responsabilité des États et nous souscrivons à la solution maintenant présentée au chapitre III de la deuxième partie⁵⁴. »

D'autres pays (par exemple l'Autriche⁵⁵, les Pays-Bas⁵⁶ et la Slovaquie⁵⁷) appuient aussi le compromis que représente le chapitre III, au motif que ses dispositions de

⁵³ Des vues similaires ont été exprimées par la Sierra Leone et l'Inde lors des débats de la Sixième Commission; voir le Résumé thématique... (A/CN.4/513), par. 89 à 94.

⁵⁴ Commentaires et observations... (A/CN.4/515); voir aussi les commentaires de l'Espagne, *ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, (« un bon compromis; qui plus est, le libellé proposé ne remet pas en question ce qui a été convenu »).

⁵⁷ *Ibid.*, (« un pas encourageant dans la bonne direction »).

fond sont raisonnables et n'imposent pas de fardeaux trop lourds aux États tiers. Selon eux, le chapitre III est le prix qu'il convient de payer pour écarter l'ancien article [19].

45. Avant d'examiner le problème général que pose le chapitre III de la deuxième partie, il paraît nécessaire de préciser la portée de l'une des conséquences particulières prévues à l'article 42. Tant les défenseurs que les adversaires du chapitre III conviennent que les dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation, aux termes du paragraphe 1 de l'article 42, ne doivent pas être assimilés à un dédommagement de caractère punitif. En effet, selon une opinion largement répandue, le droit international n'autorise pas ce genre de dédommagement, mais certains États interprètent le paragraphe 1 de l'article 42 comme l'autorisant. Tel n'est pas l'avis du Rapporteur spécial. Ce que prévoit le paragraphe 1 de l'article 42, c'est que les dommages-intérêts doivent correspondre à la gravité de la violation, ce qui n'est pas la même chose. Même dans le cas de faits illicites de moindre gravité, il est possible de prendre en compte des facteurs comme la gravité de la violation, par exemple pour évaluer le montant de la réparation du dommage moral. Il paraît d'autant plus approprié de le faire dans le cas de violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Par ailleurs, les dommages-intérêts de caractère punitif sont soit multipliés arbitrairement soit, à tout le moins, délibérément gonflés dans le but de stigmatiser et de punir le défendeur. Tel n'est pas l'objet du paragraphe 1.

46. En ce qui concerne la question générale, le Rapporteur spécial avait tenté, dans son premier rapport, de présenter les arguments contre l'idée de créer, aux fins de la première partie, une catégorie particulière de faits internationalement illicites, notamment une catégorie dite « crime international⁵⁸ ». Selon lui, ceci constituait une interprétation erronée de l'idée d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, ce qui était l'essentiel de cette notion et sa justification fondamentale. Il est révélateur que personne n'ait encore défendu l'idée d'un ensemble de règles particulières visant à déterminer la « responsabilité pénale des États », par exemple en matière d'attribution ou d'excuses, sans parler d'un système comportant les garanties minimales d'une procédure régulière. Tous les systèmes juridiques du monde ont adopté de telles règles aux fins d'établir une distinction entre la responsabilité en matière de crime et la responsabilité en matière de délit. Pour toutes ces raisons, qui ne sont d'ailleurs pas les seules, il n'est pas justifié d'établir une telle distinction en droit international. Par conséquent, la suppression de l'article [19] et l'approbation aussi générale qu'elle a reçue à la Sixième Commission constituent un progrès réel.

47. Cela étant, la notion d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble – obligations dont la violation doit être déterminée conformément aux règles générales énoncées dans la première partie – a une signification particulière. Le génocide, l'agression, l'apartheid, l'utilisation de la force pour contrer l'autodétermination constituent des faits illicites qui « bouleversent la conscience humaine⁵⁹ » et il semble approprié que les conséquences de la violation de l'obligation de ne pas commettre en témoignent. Il est probable que d'autres violations du droit international peuvent avoir des conséquences particulièrement graves,

⁵⁸ Voir le premier rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/490, par. 43 à 101.

⁵⁹ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23.

selon les circonstances. La notion de violation grave de règles fondamentales n'exclut pas cette possibilité et, à cet égard, les conséquences visées à l'article 42 n'ont qu'un caractère indicatif et non limitatif. Selon le Rapporteur spécial, elles sont toutefois appropriées, du moins *de lege ferenda*. Elles ont en outre le mérite de sembler recueillir un large appui au sein de la Commission comme base pour l'adoption du texte par consensus. Ne serait-ce que pour cette raison, le chapitre III devrait être maintenu.

48. Mais les deux articles qui composent le chapitre III ont fait l'objet de critiques sévères même de la part de ceux qui sont en principe en faveur de leur maintien⁶⁰. Ces critiques portent notamment sur les points suivants :

- La définition proposée est pleine de termes ambigus comme « essentielles », « graves », etc.;
- Le terme « graves » n'est pas toujours nécessaire; ainsi, l'agression ou le génocide seraient par définition des violations « graves »;
- Il conviendrait de justifier et d'expliquer la relation entre les expressions « intérêts fondamentaux » (art. 41), « intérêt essentiel » (art. 26) et « intérêt collectif » (art. 49);
- Il y a une différence entre le libellé des articles 49 (« établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif ») et 41 (« essentielle pour la protection... »);
- Il faudrait expliquer dans le commentaire comment serait évalué le « risque d'une atteinte substantielle »;
- Bien que le paragraphe 1 de l'article 41 dispose que le chapitre s'applique à « la responsabilité internationale découlant d' » une violation grave au sens qu'en donne l'article, l'article 42 vise en fait surtout les « obligations » des États tiers, encore que ces obligations ne sont que vaguement définies.

De façon plus générale, la Chine, tout en appuyant l'abandon de l'article [19], note que, « dans sa version actuelle, le texte continue de soulever certaines questions fondamentales », tant en ce qui concerne la définition de la notion que ses conséquences. Elle souhaite que le commentaire apporte « la définition et les éclaircissements nécessaires⁶¹ ». Il a aussi été demandé par au moins un pays que la relation entre les obligations visées à l'article 41 et les obligations *erga omnes* ou normes impératives soit précisée.

49. Avant d'examiner les questions de forme et de définition, il convient d'ajouter quelques mots au sujet de ce problème de fond⁶². L'élément essentiel de l'article 41 est la notion d'obligation due à la communauté internationale dans son ensemble, appelée aussi obligation *erga omnes*. C'est l'idée développée par la Cour internationale de Justice, dans l'affaire de la Barcelona Traction et par la suite⁶³. Mieux vaut

⁶⁰ Voir annexe au présent rapport, notes relatives aux articles 41 et 42.

⁶¹ Commentaires et observations... (A/CN.4/515).

⁶² Voir aussi le troisième rapport, A/CN.4/507, par. 2 et 106. La question est aussi examinée dans le premier rapport du groupe d'étude de l'ADI (2000), par. 134 à 161.

⁶³ Voir l'affaire de la Barcelona Traction (2e phase), *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32 et 33 (par. 33 et 34); *Avis consultatif sur la Namibie*, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 56 (par. 126); *Affaire relative au Timor oriental*, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102 (par. 29); *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, *Exceptions préliminaires*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 626 (par. 4) et p. 628 (par. 6).

l'exprimer en langage courant plutôt que d'employer l'expression latine, d'autant plus que la Cour internationale de Justice a utilisé à plusieurs reprises l'expression « *erga omnes* » dans un sens différent, ce qui risque de créer la confusion⁶⁴. Il n'est pas nécessaire, aux fins du projet d'articles, que la Commission prenne position sur les relations entre les normes impératives et les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Cependant, il est bon de souligner deux choses. D'abord, les deux notions se superposent en grande partie, puisqu'il est admis que seules quelques règles de droit international peuvent être considérées comme ayant un caractère impératif ou engendrant des obligations envers la communauté internationale. Par conséquent, même si elles ne sont pas des aspects différents de la même idée fondamentale, ces deux notions coïncident en grande partie. Ensuite, elles ne mettent pas l'accent sur la même chose. Dans le cas des normes impératives, l'accent est mis sur la règle primaire elle-même et sur son caractère intangible ou prépondérant. C'est ce qui s'applique dans le cas de la validité des traités de même que dans celui de l'article 21 du présent projet. Par contre, l'idée d'obligation envers la communauté internationale met l'accent sur le caractère universel de l'obligation et sur les personnes ou les entités auxquelles elle est due, à savoir tous les États et toutes les personnes morales membres de cette communauté. Comme le chapitre III porte sur les conséquences d'une violation, de même que l'article 49 porte sur l'invocation de la responsabilité par des États autres que l'État lésé, c'est la seconde idée – obligation envers la communauté internationale dans son ensemble – qui s'applique.

50. Il est vrai, comme on l'a fait remarquer, que le libellé du chapitre III laisse à désirer. Il faut que le Comité de rédaction le revoie en entier, parallèlement aux articles 43 et 49, pour lui donner plus de cohérence. Par exemple, on ne voit pas pourquoi les mots « essentielle pour la protection de ses intérêts fondamentaux » sont nécessaires à l'article 41, mais pas à l'article 49. De l'avis du Rapporteur spécial, seule une obligation qui est essentielle peut être considérée comme due à la communauté internationale dans son ensemble et la présence de ces mots dans l'article 41 ne peut que donner lieu à une regrettable interprétation *a contrario*.

51. Il ne fait aucun doute que les problèmes de libellé et de définition du chapitre III sont bien réels. Mais ils doivent être considérés à la lumière des objectifs que vise le chapitre, ainsi que des principes qui sous-tendent le projet d'articles dans son ensemble. Comme les Pays-Bas l'ont fait observer avec justesse :

« Il faudrait examiner plus avant la définition de “violations graves” dans les articles 41 et 42, dans le texte introductif de ces articles ainsi que dans l'intitulé du chapitre III de la deuxième partie, qui regroupe les articles pertinents. La CDI devrait harmoniser les différentes définitions. Les Pays-Bas notent également que les exemples donnés dans la version précédente de l'article 19 pour illustrer la notion de “crime international” n'ont pas été utilisés pour illustrer celle de “violations graves”. On ne peut que le déplorer, car les exemples illustraient clairement l'expression “crime international”, qui a été maintenant abandonnée. Il ne reste plus (...) qu'un cadre, ce qui laisse un

⁶⁴ Ainsi, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour a fait référence à la déclaration du Président de la République française comme ayant été « faite publiquement et *erga omnes* » : *C.I.J. Recueil 1974*, p. 269 (par. 50); *ibid.*, p. 474 (par. 52). Tout ce que la Cour voulait dire était que la déclaration en question avait été « signifiée par là à tous les États du monde »; *ibid.*, p. 269 (par. 51); *ibid.*, p. 474 (par. 53).

vaste champ à combler par la jurisprudence et le développement du droit en général. Cela étant, les Pays-Bas croient comprendre que le Rapporteur spécial souhaite supprimer tous les éléments du texte qui n'ont pas de rapport avec les normes secondaires et les incorporer dans le commentaire⁶⁵ ».

Ce à quoi il faut ajouter que, dans la définition d'acte d'inhumanité flagrante, la précision n'est pas la seule valeur à considérer.

52. De l'avis du Rapporteur spécial, le chapitre III est en fait un cadre pour le développement progressif, dans des limites étroites, d'une notion qui est, ou devrait être, généralement acceptable. D'une part, il ne remet pas en question les critères, fixés d'un commun accord, régissant la responsabilité de l'État (première partie). D'autre part, il reconnaît qu'il peut exister des violations énormes d'obligations envers la communauté dans son ensemble, violations qui appellent une réaction de cette communauté et de ses membres. En ce qui concerne les réactions individuelles, les obligations imposées par le paragraphe 2 de l'article 42 ne sont pas rigoureuses. La plus importante, celle de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par la violation, est le seul élément de l'article 42 qui pourrait peut-être être considéré comme correspondant au droit international général⁶⁶. À la condition qu'il soit dit clairement dans le texte ou dans le commentaire que les obligations visées au paragraphe 2 de l'article 42 ne sont pas exhaustives et ne s'excluent pas mutuellement, leur contenu paraît généralement acceptable.

53. Par conséquent, le Rapporteur spécial recommande que le chapitre III soit maintenu, mais que les dispositions en soient revues en profondeur, à la lumière des commentaires des gouvernements, en particulier afin de les harmoniser avec les dispositions des articles 21, 26, 43 et 49.

V. Chapitre II de la deuxième partie *bis*

54. Le troisième sujet de préoccupation générale est la question des contre-mesures, qui fait l'objet du chapitre II de la deuxième partie *bis*. Plusieurs aspects sont en jeu. Premièrement, le principe même de la présence de dispositions relatives aux contre-mesures dans le projet d'articles : faudrait-il qu'il n'en contienne pas du tout ou seulement dans le cadre de la mise en oeuvre de la responsabilité? Deuxièmement, la question des contre-mesures « collectives » que soulève l'article 54, qui s'intitule « Contre-mesures par des États autres que l'État lésé ». Troisièmement, le libellé des autres articles, surtout les articles 51 et 53.

55. Comme l'ont montré une fois de plus les débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission, ces questions sont très épineuses et plusieurs pays – particulièrement, mais pas exclusivement, les pays en développement – s'inquiètent des risques d'abus⁶⁷. Quelques pays ont exprimé l'opinion que le danger de légitimiser les contre-mesures en les réglementant est tel que le chapitre II devrait être supprimé⁶⁸. Un pays au moins a dit que les contre-mesures devraient être purement et simple-

⁶⁵ Commentaires et observations... (A/CN.4/515).

⁶⁶ Voir l'*Avis sur la Namibie*, C.I.J. *Recueil* 1971, p. 54 (par. 118) et p. 56 (par. 126).

⁶⁷ Pour un résumé des débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission au sujet des contre-mesures, voir le Résumé thématique... (A/CN.4/513), par. 144 à 182.

⁶⁸ Cuba, A/C.6/55/SR.18, par. 61; Inde, A/C.6/55/SR.15, par. 29; Mexique, A/C.6/55/SR.20, par. 37 et 38.

ment interdites⁶⁹. La République-Unie de Tanzanie a souligné que la tendance des articles était « essentiellement (...) de légitimiser [les contre-mesures] en élaborant des règles de droit relatives à la responsabilité de l'État fondées sur la pratique occidentale »; toutefois, la République-Unie de Tanzanie n'est pas allée jusqu'à préconiser la suppression des articles; elle a plutôt fait valoir qu'« il serait préférable que la Commission décourage le recours aux contre-mesures en en fixant les limites et non en le soumettant à des conditions non circonscrites ouvrant la porte aux abus »⁷⁰

56. Par contre, un certain nombre de pays ont exprimé l'opinion que les articles du chapitre II imposaient des limites arbitraires et injustifiées au recours aux contre-mesures. Ils restent notamment très critiques à l'égard des conditions fixées à l'article 53. La solution consisterait, à leur avis, à supprimer la référence à la Charte et à incorporer certains éléments dans l'article 23⁷¹.

57. Par ailleurs, de nombreux pays – une nette majorité de ceux qui avaient formulé des commentaires au sujet du chapitre II – ont reconnu que les contre-mesures avaient leur place dans le projet et se sont montrés pour la plupart satisfaits de l'équilibre des articles, du point de vue tant du fond que de la procédure⁷².

58. Il convient de noter que le chapitre II ne s'écarte pas sensiblement du chapitre III de la deuxième partie tel qu'il avait été adopté en première lecture⁷³. En particulier, l'article 53 reprend dans ses grandes lignes le compromis que représentait l'ancien article [48], avec toutefois certaines améliorations de forme⁷⁴. Il est vrai que certaines modifications ont été apportées à ce chapitre, notamment a) l'importance beaucoup plus grande accordée à la réversibilité des contre-mesures; b) des améliorations à l'ancien article [50] traitant des contre-mesures interdites;

⁶⁹ Grèce, A/C.6/55/SR.17, par. 85.

⁷⁰ République-Unie de Tanzanie, A/C.6/55/SR.14, par. 45 à 49. Voir aussi, par exemple, République islamique d'Iran, A/C.6/55/SR.15, par. 13; Algérie, A/C.6/55/SR.18, par. 2, 3 et 8.

⁷¹ Telle a été l'opinion exprimée notamment par les États-Unis d'Amérique (A/C.6/55/SR.18, par. 68 à 70) et par le Royaume-Uni (A/C.6/55/SR.14, par. 33), qui l'ont répétée dans leurs commentaires écrits; voir Commentaires et observations... (A/CN.4/515). Dans ses commentaires écrits, le Japon a fait une suggestion semblable; *ibid.*

⁷² Lors des débats de la Sixième Commission, ces pays comprenaient l'Afrique du Sud, A/C.6/55/SR.14, par. 24 (au nom des pays membres de la Communauté pour le développement de l'Afrique australe); l'Argentine, A/C.6/55/SR.15, par. 65 et 66; le Brésil, A/C.6/55/SR.18, par. 64 et 65; le Chili, A/C.6/55/SR.17, par. 48; la Chine, A/C.6/55/SR.14, par. 38 et 39; le Costa Rica, A/C.6/55/SR.17, par. 64; la Croatie, A/C.6/55/SR.16, par. 72; Cuba, A/C.6/55/SR.18, par. 60 et 62; le Danemark (au nom des pays nordiques), A/C.6/55/SR.15, par. 58; l'Égypte, A/C.6/55/SR.16, par. 33; l'Espagne, A/C.6/55/SR.16, par. 16; la France, A/C.6/55/SR.15, par. 10; la Hongrie, A/C.6/55/SR.16, par. 57; l'Italie, A/C.6/55/SR.16, par. 26; la Jordanie, A/C.6/55/SR.18, par. 15 et 16; la Nouvelle-Zélande, A/C.6/55/SR.16, par. 7; la Pologne, A/C.6/55/SR.18, par. 48; la Sierra Leone, A/C.6/55/SR.16, par. 51; la Slovaquie, A/C.6/55/SR.16, par. 66; la Suisse, A/C.6/55/SR.18, par. 81. Voir aussi les observations de la Chine, du Danemark (au nom des pays nordiques), de l'Espagne, des Pays-Bas et de la Slovaquie; Commentaires et observations... (A/CN.4/515).

⁷³ Pour la façon dont les contre-mesures ont été traitées par le Rapporteur spécial Arangio-Ruiz, voir l'*Annuaire ... 1991*, vol. II (première partie), document A/CN.4/440 et Add.1, p. 1 à 35; *Annuaire... 1992*, vol. II (première partie), document A/CN.4/444 et Add.1 à 3, p. 1 à 49. Pour la façon dont le présent Rapporteur spécial a traité de cette question, voir son deuxième rapport, A/CN.4/498/Add.4, par. 357 à 392 et son troisième rapport, A/CN.4/507, par. 285 à 367 et 386 à 405.

⁷⁴ Pour la proposition du Rapporteur spécial relative à cette question, voir le troisième rapport, A/CN.4/507/Add.3, par. 355 à 360 ainsi que 367.

c) une disposition expresse relative aux contre-mesures que peuvent prendre des États autres que l'État lésé (art. 54); d) un nouvel article (art. 55) traitant de la cessation des contre-mesures; et e) l'abandon de l'idée d'établir un lien organique entre les contre-mesures et le règlement des différends. Les points a) et d) ont généralement été bien accueillis et ne semblent pas soulever de problème; le point e) a déjà été examiné⁷⁵. En ce qui concerne le point b), l'article 51 (anciennement [50]) doit être étudié plus à fond.

59. La modification du chapitre II qui suscite le plus de controverse est le point c), c'est-à-dire l'adjonction de l'article 54. Il convient de noter, cependant, que cette adjonction a pour effet de *réduire* la mesure dans laquelle les contre-mesures peuvent être prises dans l'intérêt d'une collectivité, par rapport au texte qui avait été adopté en première lecture (art. [47] en association avec l'article [40]). Peut-être que la séparation des articles [47] et [40] et le caractère compliqué de la définition de l'« État lésé » à l'article [40] avaient empêché les pays de bien voir le problème. Tel n'est plus le cas.

60. De l'avis du Rapporteur spécial, il ne peut être question de supprimer l'article 23, qui fait partie du texte depuis plus de deux décennies et dont le principe a été confirmé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*. Il n'est pas non plus possible que cet article prévoie simplement que le droit international autorise le recours aux contre-mesures, sans réserve et sans condition (pas plus qu'il ne pourrait prévoir que l'état de nécessité ou la force majeure puissent être invoqués inconditionnellement). Cela étant, il y a effectivement trois solutions possibles :

- *Suppression du chapitre II et adjonction de dispositions correspondantes dans l'article 23.* L'article 23 prévoit que le recours à des contre-mesures licites en réaction à une violation n'entraîne pas la responsabilité de l'État qui prend ces contre-mesures⁷⁶. Dans son libellé actuel (et de façon plutôt inélégante), l'article 23 renvoie au chapitre II de la deuxième partie *bis* pour ce qui des conditions régissant le recours aux contre-mesures. Les dispositions qui s'y rapportent pourraient être incorporées en totalité ou en grande partie dans l'article 23, qui établirait ainsi un régime pour les contre-mesures comme l'article 26 le fait pour l'état de nécessité⁷⁷.

⁷⁵ Voir plus haut, par. 10.

⁷⁶ On a souligné que la raison pour laquelle les contre-mesures ne sont pas considérées comme illicites en pareil cas tient au fait que l'acte de l'État visé qui justifie les contre-mesures est illicite; cette nuance a été prise en compte dans la formulation de l'article 23.

⁷⁷ Une version révisée de l'article 23 pourrait se lire comme suit :

« 1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à ses obligations internationales est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure licite dirigée envers un État responsable d'un fait internationalement illicite, pour inciter cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu des présents articles.
2. Les contre-mesures doivent être proportionnelles.
3. Les contre-mesures ne doivent comporter ni menace ni emploi de la force en contravention de la Charte des Nations Unies, ni autres violations d'une norme impérative du droit international général ».
(Proposition présentée par le Royaume-Uni).

- *Maintien du chapitre II avec des améliorations de forme.* Autre solution : le chapitre II pourrait être maintenu sous réserve que le texte en soit éclairci et amélioré.
- *Maintien uniquement des dispositions du chapitre II relatives au recours à des contre-mesures par l'État lésé.* Troisièmement, on pourrait mettre fin à la controverse que suscite l'article 54 en supprimant cet article et en s'en tenant aux seules contre-mesures que peut prendre l'État lésé. Il resterait à examiner s'il y a lieu de prévoir une clause de sauvegarde pour les cas actuellement visés par l'article 54.

Le Rapporteur spécial considère que le choix entre les trois solutions dépend essentiellement de la ligne de conduite que la Commission dans son ensemble décidera d'adopter. Les facteurs à prendre en considération sont l'équilibre général du texte qui sera finalement approuvé, la forme qui devrait être proposée pour le projet d'articles et l'accueil qui semble devoir être réservé au texte par la Sixième Commission selon qu'il comportera ou non le chapitre II.

61. Pour aider la Commission à faire son choix, il est proposé d'examiner les commentaires soumis par les gouvernements et autres entités sur chacun des articles sous leur forme actuelle. Seules les questions de fond sont examinées ci-après; les modifications de forme qui ont été proposées figurent dans l'annexe au présent rapport.

Article 50

Objet et limites des contre-mesures

62. Cet article a suscité un certain appui et seulement quelques commentaires⁷⁸. On trouvera en annexe au présent rapport un récapitulatif des propositions d'ordre rédactionnel la concernant. Elles ne semblent pas soulever de questions de principe touchant l'article dans son ensemble.

Article 51

Obligations non soumises à des contre-mesures

63. Le paragraphe 1 de l'article 51 énonce cinq obligations auxquelles il ne peut être dérogé pour la prise de contre-mesures. Le paragraphe 2 précise qu'un État qui prend des contre-mesures n'est pas dégagé des obligations qui lui incombent en application de toute procédure de règlement des différends en vigueur entre lui et l'État responsable. Ce paragraphe n'est pas controversé, mais il n'en va pas de même du paragraphe 1.

64. Si certains gouvernements se sont montrés favorables au paragraphe 1 de l'article 51⁷⁹, d'autres ont soulevé des questions concernant son économie générale

⁷⁸ Pendant le débat à la Sixième Commission, certains gouvernements se sont dans l'ensemble prononcés pour l'article 50 : Nouvelle-Zélande, A/C.6/55/SR.16, par. 8; Hongrie, A/C.6/55/SR.16, par. 57; Croatie, A/C.6/55/SR.16, par. 72, Danemark (au nom des pays nordiques), A/C.6/55/SR.15, par. 58.

⁷⁹ Voir, par exemple, Algérie, A/C.6/55/SR.18, par. 4; Brésil, A/C.6/55/SR.18, par. 64; Chili, A/C.6/55/SR.17, par. 49; Costa Rica, A/C.6/55/SR.17, par. 65; Allemagne, A/C.6/55/SR.14, par. 56; Hongrie, A/C.6/55/SR.16, par. 57; Inde, A/C.6/55/SR.15, par. 29; Iraq, A/C.6/55/SR.16, par. 36; Italie, A/C.6/55/SR.16, par. 26; Espagne, A/C.6/55/SR.16, par. 17. Voir également les observations écrites de l'Espagne; Commentaires et observations... (A/CN.4/515).

ou l'inclusion ou l'exclusion de telle ou telle obligation⁸⁰. Le problème essentiel est que la liste figurant à l'article 51 ne semble découler d'aucun principe clair. Il est admis que les contre-mesures ne doivent pas impliquer un recours à la force interdit par la Charte des Nations Unies ni une quelconque autre violation d'une norme impérative⁸¹. Pour autant que les « droits de l'homme fondamentaux » peuvent être considérés comme ayant un caractère impératif, ils sont couverts par l'alinéa d), mais la mesure dans laquelle c'est le cas est sujette à controverses, et l'expression « droits de l'homme fondamentaux » n'a pas de signification établie. Les dispositions interdisant les représailles contenues dans divers instruments de droit humanitaire, visées au paragraphe 5 de l'article 60 de la Convention de Vienne doivent sans nul doute être appliquées. Mais tel est le cas, que l'interdiction ait ou non un caractère impératif. Ces interdictions concernent directement la question des représailles et doivent, en raison du principe de la *lex specialis*, s'appliquer aux États parties aux instruments qui les imposent⁸². Du fait de leur importance, il convient certainement de les mentionner à l'article 51, mais de manière telle qu'il ressorte clairement qu'elles sont toutes incluses⁸³. En ce qui concerne l'alinéa e) du paragraphe 1 (Inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires), on peut se demander pourquoi cette exception non impérative particulière est incluse mais pas les autres⁸⁴. De manière générale, le Rapporteur spécial s'associe au commentaire selon lequel

⁸⁰ Voir les observations écrites du Royaume-Uni (proposant une formule générique illustrée dans le commentaire) et des États-Unis (proposant la suppression pure et simple de l'article 51). Voir Commentaires et observations... (A/CN.4/515).

⁸¹ Les États-Unis en conviennent mais estiment que la question est traitée par la Charte elle-même; *ibid.*

⁸² Évidemment, ce n'est vrai que dans la mesure où l'État qui prend les contre-mesures est lié par l'interdiction en vertu du droit international général ou d'un traité. Certains États (Allemagne, Italie et Royaume-Uni) ont émis des réserves concernant ces dispositions. Par exemple, l'Allemagne et l'Italie se sont réservées le droit de répondre à toute violation grave et systématique par un ennemi des obligations découlant du Protocole additionnel I, et en particulier des articles 51 et 52, par tous les moyens autorisés en droit international afin de prévenir d'autres violations. Pour la réserve du Royaume-Uni, voir la note 98 ci-dessous.

⁸³ Le Directeur du Groupe des normes internationales de la Division du patrimoine culturel de l'UNESCO a indiqué que le libellé de l'alinéa c) ne semble pas inclure l'interdiction de contre-mesures concernant les biens culturels prévue au paragraphe 4 de l'article 4 de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 14 mai 1954 et confirmée par l'article 53 c) du Protocole additionnel I de 1977 : lettre adressée au Secrétaire de la CDI, 23 janvier 2001. Ce n'était pas l'intention, mais s'agit-il vraiment d'une interdiction « à caractère humanitaire »? Le Comité de rédaction devrait réexaminer la question.

⁸⁴ Certains gouvernements sont ainsi favorables à la réinsertion de l'ancienne interdiction des « mesures de contrainte économique ou politique extrêmes » : République-Unie de Tanzanie, A/C.6/55/SR.14, par. 49; République islamique d'Iran, A/C.6/55/SR.15, par. 13; Guatemala, A/C.6/55/SR.15, par. 43. D'autres [par exemple l'Espagne, A/C.6/55/SR.16, par. 16; Commentaires et observations... (A/CN.4/515)] ont noté à juste titre que la question était traitée à l'article 52 (Proportionnalité). Certains gouvernements sont favorables à l'interdiction des comportements susceptibles de porter atteinte à la souveraineté, à l'indépendance ou à l'intégrité territoriale des États (Algérie, A/C.6/55/SR.18, par. 4; voir aussi Chili, A/C.6/55/SR.17, par. 49). La République de Corée a demandé spécifiquement la protection des obligations visant à préserver l'environnement de dommages graves et généralisés à long terme; Commentaires et observations... (A/CN.4/515).

« la Commission devrait examiner rigoureusement la liste. Étant donné que l'objectif des dispositions doit être de faciliter le règlement des différends et non de le compliquer, il faut éviter les libellés vagues et les doublons⁸⁵ ».

Article 52

Proportionnalité

65. L'article 52 a été généralement accepté dans son principe, bien que sa formulation exacte continue de susciter des observations. L'une des questions qui se posent est de savoir si l'élément de nécessité motivant les contre-mesures, que l'on pourrait dénommer « facteur d'incitation », devrait être pris en considération pour déterminer la proportionnalité⁸⁶. Le Rapporteur spécial est d'avis que cet élément est implicite à l'article 50 qui spécifie l'objet des contre-mesures. L'article 52 vise à fixer une limite dans chaque cas d'espèce en fonction du critère de la proportionnalité. Son libellé reflète la position adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au projet *Gabčíkovo-Nagymaros*⁸⁷. Cependant, plusieurs gouvernements ont indiqué préférer la formulation classique en ce qui concerne la proportionnalité (c'est-à-dire l'emploi dans la version anglaise de l'expression « proportional to » au lieu de « commensurate with⁸⁸ » ou l'absence de disproportionnalité⁸⁹). Un gouvernement a proposé comme critère la mesure la moins rigoureuse nécessaire pour faire respecter l'obligation⁹⁰.

66. Pour le Rapporteur spécial, il ne fait aucun doute que l'exigence de proportionnalité fait partie du droit établi concernant les contre-mesures et qu'elle doit figurer dans le texte. Le problème tient au libellé, que le Comité de rédaction peut examiner compte tenu des observations faites.

Article 53

Conditions du recours à des contre-mesures

67. Au chapitre II, c'est l'article 53 qui continue de poser le plus de problèmes, comme en première lecture, en particulier le paragraphe 2 (Obligation de négocier) et le paragraphe 5 (Obligation de suspendre les contre-mesures pendant le règlement du différend). D'une part, des gouvernements continuent de se préoccuper de la possibilité d'appréciations unilatérales de la part de l'État qui prend les contre-mesures⁹¹. D'autre part, les conditions posées à l'article 53 ont été vivement critiquées comme étant sans fondement en droit international et trop pesantes et restrictives⁹². Pour les adversaires des contre-mesures, l'article 53 ne va pas assez loin tandis que pour les partisans de celles-ci, il va trop loin.

⁸⁵ Royaume-Uni, A/C.6/55/SR.14, par. 34.

⁸⁶ Voir Japon, A/C.6/55/SR.14, par. 69.

⁸⁷ Comme l'ont noté avec approbation les Pays-Bas; Commentaires et observations... (A/CN.4/515). En revanche, pour la République de Corée, le critère des « effets du fait internationalement illicite sur l'État lésé » était préférable; *ibid.*

⁸⁸ Les États-Unis ont procédé à une analyse approfondie de cette disposition et ont proposé un autre libellé; Commentaires et observations... (A/CN.4/515).

⁸⁹ Danemark (au nom des pays nordiques), A/C.6/55/SR.15, par. 59.

⁹⁰ Colombie (Groupe de Rio), A/C.6/55/SR.23, par. 4.

⁹¹ Voir, par exemple, Chili, A/C.6/55/SR.17, par. 50; Croatie, A/C.6/55/SR.16, par. 72; Grèce, A/C.6/55/SR.17, par. 85 et 86.

⁹² Voir, par exemple, Royaume-Uni, A/C.6/55/SR.14, par. 35 et 36; États-Unis, A/C.6/55/SR.18, par. 69. Plusieurs gouvernements étaient d'avis que l'obligation d'offrir de négocier devrait

68. Bien sûr les choses ne sont pas aussi tranchées. Certains gouvernements se sont dit favorables à l'exigence de négociations préalables assorties de la possibilité de prendre des contre-mesures « provisoires et urgentes⁹³ ». Pour d'autres, toutefois, la distinction était artificielle et factice⁹⁴. Certains continuaient de soutenir qu'aucune contre-mesure, de quelque type que ce soit, ne devrait être prise pendant que des négociations sont en cours⁹⁵; d'autres semblaient rejeter même l'exigence classique d'une sommation. Les opinions sont donc encore divisées.

69. Sur le plan des principes, il semble évident qu'un État ne devrait pas pouvoir prendre de contre-mesures autres que celles nécessaires pour maintenir le statu quo avant d'appeler l'État responsable à s'acquitter de ses obligations. C'est la position qu'ont adoptée le Tribunal arbitral dans l'affaire concernant l'accord relatif aux services aériens⁹⁶ et la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au projet *Gabčíkovo-Nagymaros*⁹⁷, et il semble qu'elle corresponde à une pratique générale⁹⁸. D'un autre côté, il est évident qu'on ne peut raisonnablement remettre la prise de contre-mesures jusqu'à la rupture des négociations. Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial a conclu que l'article [48] devrait établir l'équilibre suivant :

a) Avant que des contre-mesures puissent être prises, l'État responsable doit avoir été prié de s'acquitter de ses obligations et doit ne pas l'avoir fait ou avoir refusé de le faire;

b) Les contre-mesures ne devraient pas être interdites durant les négociations; la distinction adoptée en première lecture entre les mesures « conservatoires » et les autres mesures devrait être maintenue, mais formulée plus clairement;

incomber à l'État responsable et non à l'État qui prend les contre-mesures : Chili, A/C.6/55/SR.17, par. 50; République de Corée, A/C.6/55/SR.19, par. 74.

⁹³ Brésil, A/C.6/55/SR.18, par. 64; Cameroun, A/C.6/55/SR.24, par. 60; Danemark (au nom des pays nordiques), A/C.6/55/SR.15, par. 59; Allemagne, A/C.6/55/SR.14, par. 55. Voir aussi Costa Rica, A/C.6/55/SR.17, par. 65 (à l'exclusion toutefois de violations de normes impératives); Inde, A/C.6/55/SR.15, par. 29.

⁹⁴ Hongrie, A/C.6/55/SR.16, par. 58; Japon, A/C.6/55/SR.14, par. 68.

⁹⁵ Par exemple, Bahreïn, A/C.6/55/SR.19, par. 86; Grèce, A/C.6/55/SR.17, par. 85.

⁹⁶ (1979) 54 *ILR* 338 et 339 (par. 85 à 87).

⁹⁷ *C.I.J. Recueil 1997*, p. 56 (par. 84).

⁹⁸ On peut noter dans ce contexte l'extrait ci-après de la réserve du Royaume-Uni concernant les articles 51 à 55 du Protocole additionnel 1 (1977) :

« ... Si une partie adverse attaque de façon sérieuse et délibérée, en violation de l'article 51 ou de l'article 52, la population civile ou des personnes civiles, ou des biens à caractère civil, ou, en violation des articles 53, 54 et 55, des biens ou lieux protégés par ces articles, le Royaume-Uni considérera qu'il a le droit de prendre des mesures autrement interdites par les articles en question s'il les juge nécessaires aux seules fins d'obliger la partie adverse à cesser les violations, mais seulement après que la partie adverse, formellement sommée de cesser les violations, n'a pas tenu compte de la sommation et après une décision alors prise par le gouvernement au plus haut niveau. Les mesures ainsi prises par le Royaume-Uni ne seront pas disproportionnées par rapport aux violations les ayant motivées et ne comporteront aucune action interdite par les Conventions de Genève de 1949, elles ne seront maintenues après la cessation des violations. Le Royaume-Uni notifiera aux puissances protectrices toute sommation formelle adressée à une partie adverse et, si celle-ci n'en a pas tenu compte, toutes mesures prises en conséquence. »

c) Les contre-mesures devraient être suspendues au cas où le différend est soumis de bonne foi à un règlement par tierce partie, à condition que la violation ne se poursuive pas⁹⁹.

C'est, pour l'essentiel, le système adopté par le Comité de rédaction dans ce qui est maintenant l'article 53. Il convient toutefois de reconnaître d'emblée que la distinction entre contre-mesures d'urgence et contre-mesures définitives ne correspond pas au droit international existant¹⁰⁰. Elle résulte d'un compromis entre des positions diamétralement opposées concernant l'effet de la suspension des négociations intervenu en première lecture¹⁰¹. Il s'agit plus d'un moyen d'orienter l'application des principes de nécessité et de proportionnalité dans le cas en question que d'une exigence distincte. Outre les questions de définition, cette distinction pose également des difficultés d'ordre pratique. Par exemple, on a fait remarquer que le simple fait qu'il ait été accepté de soumettre un différend à l'arbitrage ne permettait pas d'exiger la suspension des contre-mesures, car tant que le tribunal n'avait pas été constitué et qu'il n'était pas en mesure de connaître du différend, il n'était d'aucune utilité qu'il soit habilité à ordonner des mesures provisoires ayant force obligatoire¹⁰². Ainsi, même si la distinction entre les mesures provisoires et les autres mesures est retenue, il est manifeste qu'il faudrait réexaminer cet aspect du paragraphe 5 de l'article 53.

Article 54

Contre-mesures par des États autres que l'État lésé

70. L'article 54 porte sur la prise de contre-mesures par les États visés à l'article 49, à savoir les États autres que l'État lésé. Il traite de manière plutôt succincte de deux situations différentes. La première concerne les contre-mesures prises par un État visé à l'article 49 « à la demande et pour le compte de tout État lésé par la violation » (par. 1). La deuxième a trait aux contre-mesures prises comme riposte aux violations graves visées au chapitre II de la deuxième partie *bis* (par. 2). Le paragraphe 3 porte sur la coordination des contre-mesures prises par plusieurs États. Il ressort que dans les limites générales tracées au chapitre II, un État peut prendre des contre-mesures pour le compte d'un État lésé, si les conditions posées au paragraphe 1 de l'article 49 sont remplies, ou indépendamment de ces conditions, en cas de violation grave. Dans les autres cas, les États autres que l'État lésé peuvent seulement invoquer la responsabilité sur le fondement du paragraphe 2 de l'article 49, alors qu'en vertu de l'ancien article [40], tout État pouvait prendre des contre-mesures en cas de « crime international », de violation des droits de l'homme ou de violation de certaines obligations collectives, indépendamment de la position de tout autre État, y compris l'État directement lésé par la violation.

⁹⁹ Troisième rapport (A/CN.4/507/Add.3), par. 360.

¹⁰⁰ Comme l'ont noté par exemple l'Italie, A/C.6/55/SR.16, par. 27, et le Royaume-Uni, A/C.6/55/SR.14, par. 36. Le Royaume-Uni a fait remarquer que cette exigence risquait de dissuader des États de consentir à un règlement par tierce partie; *ibid.*

¹⁰¹ Voir *Annuaire... 1996*, vol. I, p. 180 à 189.

¹⁰² Voir États-Unis, A/C.6/55/SR.18, par. 69; Costa Rica, A/C.6/55/SR.17, par. 65. C'est la base de la compétence en matière de mesures conservatoires reconnue au Tribunal international du droit de la mer pendant la période précédant la création d'une cour arbitrale; voir Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 290 5).

71. Le droit international général sur ce sujet se trouve encore dans un état plutôt embryonnaire, mais des thèses opposées peuvent en tirer argument¹⁰³. Certains gouvernements s'inquiètent de la tendance à « geler » le droit au plein développement. Pour d'autres, l'article 54 soulève des questions très controversées quant à l'équilibre à établir entre le souci de faire respecter le droit et l'intervention dans un domaine qui connaît déjà assez de controverses. Il rouvre également les questions concernant le lien entre l'action individuelle des États et les mesures collectives prises sur le fondement de la Charte ou d'accords régionaux.

72. L'idée maîtresse qui se dégage des commentaires des gouvernements est que l'article 54, et en particulier le paragraphe 2, n'a pas de fondement en droit international et aurait un effet déstabilisateur¹⁰⁴. C'est ce que soulignent à la fois les gouvernements qui se préoccupent généralement de la « subjectivité » et des risques d'abus inhérents à la prise de contre-mesures¹⁰⁵, et ceux qui sont plus favorables à celles-ci comme moyen de régler les différends concernant la responsabilité¹⁰⁶.

73. Outre cette préoccupation d'ordre général, les gouvernements ont demandé qu'un lien plus clair soit établi entre l'article 54 et les dispositions du Chapitre VII de la Charte. Pour certains, il fallait indiquer que des contre-mesures devraient être prises par l'entremise de l'Organisation des Nations Unies en riposte aux violations d'obligations dues à la communauté internationale¹⁰⁷, ou au moins que le Conseil de sécurité devait être saisi¹⁰⁸. Mais les mesures prises en vertu de la Charte n'entrent pas dans le champ d'application des articles (voir art. 59) tandis que les mesures dûment prises par les parties à des accords régionaux à l'encontre d'une autre ou d'autres parties sont couvertes par l'article 20 (Consentement) ou par l'article 56 (*Lex specialis*). On pourrait évidemment limiter les mesures au titre du paragraphe 2 de l'article 54 à celles dûment prises sur le fondement du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, mais toutes les situations ne seraient pas prises en compte. Plus généralement, on ne voit pas clairement comment les articles (qu'ils prennent ou non la forme d'une convention) pourraient résoudre la question de la relation entre action individuelle et action véritablement collective. C'est ce qui ressort des commentaires formulés par les gouvernements concernant l'obligation de coopération établie au paragraphe 3 de l'article 54. Les gouvernements se sont demandés si on pouvait vraiment donner effet à cette disposition étant donné son caractère vague et général. Certains ont émis le vœu que le paragraphe 3 de l'article 54 soit formulé de manière plus explicite¹⁰⁹, et également que des précisions soient données concer-

¹⁰³ Pour un examen de la pratique, voir le troisième rapport (A/CN.4/507/Add.4), par. 391 à 394.

¹⁰⁴ Par exemple, Israël, A/C.6/55/SR.15, par. 25.

¹⁰⁵ Botswana, A/C.6/55/SR.15, par. 63; Chine, A/C.6/55, SR.14, par. 40 et 41; Cuba, A/C.6/55/SR.18, par. 59; Allemagne, A/C.6/55/SR.14, par. 54; Japon, A/C.6/55/SR.14, par. 67; Jamahiriya arabe libyenne, A/C.6/55/SR.22, par. 52. D'autres gouvernements ont demandé d'étudier plus avant le problème : Algérie, A/C.6/55/SR.18, par. 5; Jordanie, A/C.6/55/SR.18, par. 17; Pologne, A/C.6/55/SR.18, par. 48; également République de Corée, dans Commentaires et observations... (A/CN.4/515).

¹⁰⁶ Par exemple, Royaume-Uni, A/C.6/55/SR.14, par. 31 et 32.

¹⁰⁷ Par exemple, Mexique, A/C.6/55/SR.20, par. 35 et 36; République islamique d'Iran, A/C.6/55/SR.15, par. 17.

¹⁰⁸ Par exemple, Cameroun, A/C.6/55/SR.24, par. 63 et 64; Grèce, A/C.6/55/SR.17, par. 85.

¹⁰⁹ Par exemple, Autriche, A/C.6/55/SR.17, par. 79; Chili, A/C.6/55/SR.17, par. 48; Jordanie, A/C.6/55/SR.18, par. 17. Certains autres gouvernements étaient favorables au paragraphe 3 en raison de sa souplesse : par exemple, Italie, A/C.6/55/SR.16, par. 28.

nant la relation entre la paragraphe 2 de l'article 54 et le paragraphe 2 c) de l'article 42¹¹⁰. Néanmoins, au plan normatif, on voit mal ce qu'on peut dire de plus.

74. Une autre difficulté tient au fait que la suppression pure et simple de l'article 54 impliquerait que les contre-mesures ne peuvent être prises que par les États lésés au sens strict. Certes, en l'état actuel du droit international, l'incertitude plane en ce qui concerne les mesures prises dans l'intérêt général ou commun, mais, pour le Rapporteur spécial, les contre-mesures visant à faire respecter le droit international ne sauraient être limitées aux violations affectant les intérêts individuels d'États puissants ou de leurs alliés¹¹¹. Les obligations envers la communauté internationale, ou dans l'intérêt collectif, ne sont pas secondaires par rapport aux obligations au titre de traités bilatéraux. On peut certes espérer que les organisations internationales seront en mesure de résoudre les crises humanitaires et autres qui découlent souvent de violations graves du droit international, mais les États n'ont pas abandonné leur pouvoir d'action individuelle. Ainsi, si l'article 54 devait être supprimé, il faudrait au moins prévoir, sous une forme quelconque, une clause de sauvegarde¹¹².

Article 55

Cessation de contre-mesures

75. Comme on l'a indiqué, l'article 55 a été dans l'ensemble accueilli favorablement.

Conclusions générales concernant la deuxième partie *bis* du Chapitre II

76. Le Rapporteur spécial considère que c'est à la Commission qu'il appartient de choisir entre les options concernant les contre-mesures exposées au paragraphe 60 ci-dessus. Personnellement, il estime que malgré les problèmes qui subsistent dans la rédaction des articles (en particulier l'article 51), l'équilibre établi au chapitre II est raisonnable *de lege ferenda*. S'agissant de l'article 53, on ne peut guère nier l'existence en droit international de certaines conditions minimales auxquelles sont subordonnés la prise et le maintien de contre-mesures, même si les articles vont au-delà de ce cadre avec la notion de « contre-mesures provisoires et urgentes ». Pour ce qui est de l'article 54, on ne peut guère dire au vu de la pratique récente que les États visés par l'article 49 ne peuvent prendre aucune contre-mesure dans aucune circonstance. Le paradoxe apparent de l'« action collective » unilatérale soulève des préoccupations compréhensibles, et il se peut qu'à l'heure actuelle il faille se contenter d'une clause de sauvegarde. À la lumière des débats en séance plénière et des conclusions sur des questions telles que le règlement des différends et la forme que doit prendre le projet d'articles, il faudra examiner les possibilités qui s'offrent pour aboutir à un texte équilibré et généralement acceptable.

¹¹⁰ Autriche, A/C.6/55/SR.17, par. 77 et 78.

¹¹¹ Selon certains gouvernements, des contre-mesures pourraient être prises par les États visés à l'article 49 mais seulement pour faire cesser la violation : par exemple, Autriche, A/C.6/55/SR.17, par. 76, Cuba, A/C.6/55/SR.18, par. 59; Pologne, A/C.6/55/SR.18, par. 48. D'autres voudraient limiter l'article 54 aux cas de « violations graves » telles que définies à l'article 41 : Costa Rica, A/C.6/55/SR.17, par. 63; Italie, A/C.6/55/SR.16, par. 28; Fédération de Russie, A/C.6/55/SR.18; par. 51; Espagne, A/C.6/55/SR.16, par. 13.

¹¹² Cette idée a été proposée par le Royaume-Uni : A/C.6/55/SR.14, par. 32.