

LA VIOLATION D'UN TRAITÉ : L'ARTICULATION DU DROIT DES TRAITÉS ET DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE

PAR

Abdelkader YAHİ

DOCTEUR EN DROIT

INTRODUCTION

Selon le droit commun, l'inexécution non justifiée d'un traité engage la responsabilité internationale de l'État. L'efficacité de cette garantie est toute relative, elle dépend de la volonté de l'État qui reconnaît ou non à l'amiable sa responsabilité ; dans le cas contraire les États peuvent, et doivent se soumettre à une procédure pacifique de règlement de leur différend, qui peut être établie par les clauses du traité lui-même, ou par un document connexe.

La doctrine du droit international a toujours considéré que la violation d'une obligation internationale posée par un traité, pouvait entraîner une réaction de la part de la victime. En effet, il existerait en matière conventionnelle une réciprocité à autoriser immédiatement et de préférence à toute autre mesure l'État victime à priver l'État coupable du bénéfice de la règle violée : ce serait une application de la règle romaine : *inadimplenti non est adimplendum* (1).

Certains traités instituent ce que l'on a appelé des « régimes de suffisant à eux-mêmes », en ce sens qu'ils prévoient les réactions ouvertes aux parties lésées en cas de violation (2). Tel est le cas des traités communautaires, de certaines conventions en matière de droits de l'homme, du GATT ou des Conventions de Vienne relatives aux relations diplomatiques et consulaires (3). Malgré la rédaction de l'article 2 de la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité internationale des États, adopté en première

(1) Paul REUTER, *Introduction au droit des traités*, PUF, 1985, p. 153.

(2) V. la position des rapporteurs spéciaux de la CDI sur la responsabilité des États, W. RIPHAGEN *Annuaire CDI* 1982, vol. 1, p. 200 et G. ARANGIO-RUIZ, A/CN. 4/444 *Add. 2*, 1991, p. 2-21.

(3) Cf. CIJ, arrêt du 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *Rec.*, 1980, p. 38-40.

lecture par la Commission du droit international des Nations Unies (CDI) en 1985, il ne résulte pas nécessairement de l'existence de tels régimes que le recours à d'autres contre-mesures, licites en vertu du droit international, soit automatiquement exclu (4). En effet, on constate une tendance de plus en plus marquée à admettre que la violation d'une obligation conventionnelle autorise l'État victime à riposter par des « contre-mesures » (5).

D'autre part, bien que certains auteurs (6) considèrent que la question des contre-mesures est certes connexe mais demeure distincte de la matière de la responsabilité, il reste que la CDI s'est engagée dès le début de ses travaux dans une autre voie en consacrant une conception beaucoup plus large de la responsabilité (7).

La consécration des contre-mesures par l'article 30 du projet d'articles de la CDI, effectuée au titre des « circonstances excluant l'illicéité », achève intellectuellement d'intégrer les réactions des États lésés dans le cadre de cette responsabilité *lato sensu*.

Cela dit, il faut néanmoins souligner les interférences qui existent entre les domaines de la responsabilité et du droit des traités. Une chose semble d'ores et déjà claire : au-delà des nécessités académiques ou autres, en réalité, les domaines du droit des traités et du droit de la responsabilité ne sont pas séparés par des cloisons étanches mais ils se rejoignent au contraire dans la question des réactions unilatérales à l'illicite (8).

Ainsi, nous verrons que l'ensemble de la problématique relative aux modalités du déclenchement des contre-mesures est dominé par deux éléments de fond : il est désormais admis par la doctrine et la jurisprudence ainsi que reflété dans les travaux de la CDI, que les contre-mesures constituent le droit commun des réactions à la violation d'un traité (I), encore faut-il préciser que cette licéité de principe n'est pas inconditionnelle, certaines contre-mesures demeurent illicites sans pouvoir être justifiées par le jeu des circonstances excluant l'illicéité (II).

(4) Nguyen QUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, 4^e éd., LGDJ, 1992, p. 300.

(5) V. les 3^e et 4^e rapports de G. ARANGIO-RUIZ à la CDI sur la responsabilité internationale de l'État A/CN. 4/440 et *Add. 1* (1991) et A/CN. 4/444 *Add. 1* à 3 (1992).

(6) Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, Précis Dalloz, 1992, pp. 351-352.

(7) D'après la CDI la responsabilité recouvre « toutes sortes de relations nouvelles qui peuvent naître, en droit international, du fait internationalement illicite d'un État, que ces relations se limitent à un rapport entre l'État auteur du fait illicite et l'État directement lésé, ou qu'elles s'étendent aussi à d'autres sujets de droit international » (ACDI, 1973, II, p. 178).

(8) Linos-Alexandre SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, LGDJ, 1990, p. 11. La preuve éclatante de cette interpénétration est fournie par l'affaire concernant l'accord relatif aux services aériens 27 mai 1946 entre les États-Unis et la France (RSANU, vol. XVII, p. 454).

I. LA LICÉITÉ DU PRINCIPE GÉNÉRAL
DES CONTRE-MESURES

En doctrine, on constate une forte tendance à distinguer rigoureusement entre la dénonciation ou la suspension de l'application d'un traité à la suite de sa violation d'une part et les représailles d'autre part. Toutefois, la même tendance à séparer le domaine du droit des traités de celui de la responsabilité peut être observée également dans le cadre des travaux de codification du droit international.

On remarque ainsi que le commentaire final qu'a fait la CDI de ce qui devint l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (9) concernant « l'extinction et la suspension de l'application d'un traité comme conséquence de sa violation », écarte rapidement la question des représailles (10) et que l'article 73 de la même Convention réserve formellement les questions de la responsabilité internationale (11). Par ailleurs, le § 5 de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités se référant au paragraphe 4 du même article, dispose que ce dernier « ... s'applique sans préjudice... de toute question de responsabilité qui peut naître pour un État de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un traité ». De même, l'article 60 de la Convention de Vienne, s'est efforcé d'exclure les questions de responsabilité.

Ce qui caractérise la mesure de représailles, c'est qu'elle est constituée par un fait intrinsèquement illicite. Mais parce que cet illicite n'est qu'un illicite en retour, parce qu'en d'autres termes il ne fait que répondre lui-même à un manquement initial au droit commis par un autre État, il voit ce caractère non pas éliminé, mais inopérant, c'est-à-dire non constitutif de responsabilité. Cette analyse, même si elle parvient aux mêmes conclusions (l'absence d'engagement de la responsabilité), est substantiellement différente de celle qu'en fit la CDI, à la suite de son rapporteur spécial, lorsqu'elle retint à l'article 30 de la première partie de son projet sur le droit de la responsabilité, au titre des « circonstances excluant l'illicéité », les « contre-mesures » à l'égard d'un fait internationalement illicite (12).

Elle rejoint cependant celle qui a été retenue dans la sentence arbitrale rendue le 9 décembre 1978 dans *l'affaire franco-américaine relative aux rup-*

(9) A/CONF, 39/27, *CNUDT* III, p. 309.

(10) *ACDI* 1966, vol. II, p. 276.

(11) V. aussi l'article 74 de la Convention de Vienne de 1986 sur les traités conclus entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (texte dans *RGDIP*, 90, 1986, p. 501).

(12) Ch. LEBEN, « Les contre-mesures interétatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *AFDI* 1982, pp. 10 et s. ; E. ZOLLER, « Quelques réflexions sur les contre-mesures en droit international », *Mélanges A. Colliard*, Paris, Pédone, 1984, pp. 373 et s. ; du même auteur, *Peacetime Unilateral Remedies : An Analysis of Counter Measures*, Dobbs, Ferry, New York, 1984.

tures de charges (13) dans laquelle le tribunal a déclaré : « en présence d'une situation qui comporte à son avis la violation d'une obligation internationale par un autre État, un État a le droit, sous réserve des règles générales du droit international relatives aux contraintes armées, de faire respecter son droit par des contre-mesures ».

Dans la jurisprudence récente de la CIJ, et par suite d'une évolution du vocabulaire inspirée notamment par les travaux de la CDI, il a également été fait référence à deux reprises à des « contre-mesures » dont il semble bien que la Cour les ait assimilées à la notion de représailles (14).

Par ailleurs, le terme qui frappe dans le libellé de l'article 30 du projet de la CDI sur la responsabilité des États, concernant les contre-mesures, est celui de « légitime » : « l'illicéité d'un fait d'un État non conforme à une obligation de ce dernier envers un autre État est exclue si ce fait constitue une mesure légitime d'après le droit international... » (15). L'utilisation de cette épithète n'a pas manqué d'être critiquée à la fois par la doctrine (16), et au sein de la 6^e Commission de l'Assemblée générale (17). Dans le commentaire de l'article 30 il est également question, non pas de la « légitimité » mais de « la licéité de l'agissement de l'État, en dépit de sa contradiction avec le contenu d'une obligation internationale » (18) Cette manière de voir indique que par contre-mesures « légitimes » la CDI semblait entendre les réactions qui ne se heurtent pas à une norme de *jus cogens* ou en tout cas à une règle créant des obligations absolues.

Une telle approche générale conduit à s'interroger sur les conditions qui doivent être réunies *a priori* pour que les contre-mesures puissent être envisagées et licitement déclenchées par les États lésés.

En tenant dûment compte des caractéristiques de la riposte, on peut dire que le régime juridique des contre-mesures est caractérisé par deux éléments essentiels, nonobstant le fait que les représailles militaires ne sont pas admises, conformément à l'article 2 paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies.

En premier lieu, les contre-mesures sont marquées par leur caractère exceptionnel (A), en second lieu nous analyserons leur déclenchement qui est soumis dans la plupart des cas à la discrétion des États victimes d'un délit international (B).

(13) V. texte in *Revue française de droit aérien*, 1979, p. 486 et le commentaire de J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *AFDI*, 1979, p. 314. 14)

(14) V. *affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (Rec. 1980, pp. 27-28, § 53), et *affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Rec. 1986, p. 106 § 201, p. 110 § 210, § 248-249, et p. 128 § 252).

(15) *ACDI* 1979, vol. II, 2^e partie, p. 128

(16) PM. DUPUY, « Observations sur la pratique récente des 'sanctions' à l'illicite », *RGDIP*, 1983, 87, pp. 543 et s. ; D. ALLAND, « La légitime défense et les contre-mesures dans la codification du droit international de la responsabilité », *JDI* 1983, p. 732

(17) V. par exemple les observations du délégué de la France (A/C. 6/34/SR. 48, — 12).

(18) *ACDI* 1979, vol. II, 2^e partie, p. 128, § 2.

A. *Le caractère subsidiaire
des contre-mesures*

Il serait certes illusoire de s'attendre à ce qu'un ordre juridique aussi peu formel que le droit international impose à l'État lésé par la violation d'un traité, l'obligation d'observer des conditions de procédure strictes avant de déclencher sa réaction. Si l'on veut tirer toutes les conséquences du constat que, dans la société internationale décentralisée, les États sont en principe libres d'apprécier pour eux-mêmes leur situation juridique vis-à-vis d'autres États, on peut arriver à la conclusion que les réactions à la violation d'un traité sont susceptibles d'être déclenchées automatiquement. Aux antipodes de cette conception se situe celle qui, en partant de l'idée que les mesures unilatérales de coercition ou d'autoprotection constituent un phénomène anormal dans les relations internationales, y voit un remède auquel on ne saurait recourir qu'en dernier ressort, après épuisement des moyens de règlement pacifique.

Le droit coutumier n'admet pas en principe le déclenchement immédiat de mesures décentralisées se traduisant par la lésion d'un droit subjectif de l'État présumé auteur ; il consacre en revanche le caractère subsidiaire des dites réactions.

À la lumière de ce qui précède, il importe tout d'abord d'identifier les États lésés qui seuls peuvent invoquer les rapports nouveaux créés par la violation d'un traité et qui disposent par conséquent d'une qualité pour réagir (1), en second lieu nous verrons que seule la violation d'une obligation internationale, autorise les États lésés à réagir, leur réaction s'analyse à strictement parler, comme une *faculté* juridique, le droit international les autorise à réagir mais ils ne sont pas obligés de le faire (2), en revanche, s'ils décident d'agir, ils doivent au préalable tenter un règlement du différend à l'amiable, notamment en respectant les règles de procédure prévues par la Convention de Vienne sur le droit des traités (3).

1. *L'identification des États lésés*

Dans les travaux de la CDI, l'expression d'État lésé renvoie à un rapport bilatéral ou à des catégories restreintes spécifiées par l'acte en question. Pour un traité bilatéral l'État lésé ne peut être que le partenaire. Pas d'ordre public à défendre par un État tiers qui exigerait le respect du droit (19).

Cela dit, il convient maintenant d'essayer d'identifier l'État ou les États lésé(s) par la violation d'un traité, sur la base de l'analyse comparée des

(19) Gilles Cottureau, « Système juridique et notion de responsabilité SFDI », Colloque du Mans, *La responsabilité dans le système international*, édi., Pédone, Paris, 1991, p. 46.

articles 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et 5 de la deuxième partie du projet d'articles de la CDI.

Ainsi, notre propos sera essentiellement cantonné aux rapports multilatéraux, les traités bilatéraux ne posant aucune difficulté majeure car, selon l'article 60 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les traités bilatéraux ne donnent normalement naissance qu'à des relations juridiques bilatérales, c'est-à-dire à des droits et obligations réciproques pour les deux États parties au traité. Dans cette hypothèse, en cas de violation par l'une des parties, l'État lésé est l'autre partie au traité. Mais plus substantiellement, il apparaît que les conditions posées par la Convention de Vienne sur le droit des traités pour l'élargissement du cercle des États habilités à réagir à une violation d'une convention multilatérale sont très limitatives (a), alors que les travaux récents de la CDI en matière de responsabilité des États semblent s'orienter en revanche vers une acception plus large de la qualité pour agir en cas de délit international (b).

a) *L'article 60 § 2 de la Convention de Vienne, acception restreinte de la qualité pour réagir*

Le paragraphe 2 de l'article 60 tend en effet à réaliser un compromis entre les théories de la « relativité » et de la « solidarité » (20). Ce paragraphe envisage trois hypothèses : la réaction collective de toutes les parties autres que l'État auteur de la violation — al. a) ; la réaction de l'État spécialement affecté par la violation — al. b) ; la réaction individuelle de toute partie lésée par une violation particulièrement qualifiée — al. c).

La première hypothèse figurait déjà dans le projet de la CDI de 1963 dont l'article 42 § 2 disposait que :

« 2) Une violation substantielle d'un traité multilatéral par l'une des parties autorise :

a) ...

b) les autres parties agissant d'un commun accord :

i) soit à appliquer à l'État en défaut la suspension [du traité en tout ou en partie],

ii) soit à mettre fin au traité ou à en suspendre l'application en tout ou en partie » (21).

L'accord commun des parties était conçu comme constituant la preuve quasi irréfutable de l'existence de liens solidaires en vertu du traité (22). Les propositions et amendements tendant à neutraliser la ratio de cette disposition, soit en réintroduisant l'élément de relativité des relations conven-

(20) L.A. SICILIANOS, *op. cit.*, p. 113.

(21) *ACDI* 1963, vol. II, p. 213.

(22) L.A. SICILIANOS, *op. cit.*

tionnelles, soit en soutenant l'inutilité de l'accord commun furent rejetés (23).

Sans subir donc des modifications de fond, l'alinéa cité fut intégré dans l'article 60 § 2 de la Convention de Vienne (24). Comme il a été cependant souligné, par la doctrine, l'hypothèse de la réaction collective par accord unanime ne sera probablement que très rarement réalisée en pratique, au moins en dehors d'un cadre institutionnel.

Dans son deuxième rapport sur le droit des traités, soumis à la CDI en 1963, Sir Humphrey Waldock n'établissait pas de distinction entre l'État directement lésé par la violation d'un traité multilatéral et les autres parties au traité. L'article 20 de ce rapport prévoyait un effet que « toute autre partie » pourrait réagir vis-à-vis de l'État auteur d'une violation importante du traité (25). Cette proposition fut critiquée au sein de la CDI par A. Verdross, pour qui seuls les États « victimes de la violation », seraient habilités à mettre en cause le régime conventionnel, alors que les États non affectés par celle-ci n'auraient pas la faculté de réagir unilatéralement (26).

En essayant de trouver un compromis entre sa proposition initiale et ces observations, Sir Humphrey a proposé, dans son cinquième rapport, de modifier le paragraphe 2 (a) de l'article 42 de telle manière qu'il se réfère à toute autre partie dont les « intérêts » seraient atteints par la violation (27). La question fut discutée au sein de la CDI en 1966, Sh. Rosenne soutenait fermement que « toutes les parties à un traité multilatéral ont le même intérêt à voir ses clauses respectées aussi longtemps qu'il est en vigueur » (28).

(23) Cf. l'observation de A. VERDROSS pour qui seules les parties victimes de la violation devraient pouvoir agir d'un commun accord (ACDI 1963, vol. I, I, 717^e séance, p. 315, § 62). Un amendement proposé par les États-Unis faisait référence aux autres parties : « dont les droits ou les obligations sont modifiés par la violation » (Annexe au rapport de la CDI à l'Assemblée générale, ACDI 1966, Vol. II, p. 326) ; V. également l'amendement que le Venezuela déposa à la 1^{re} session de la Conférence de Vienne tendant à supprimer la référence à l'accord unanime (A/CONF. 39/C. 1/L. 318 in CNUDT III, p. 195).

(24) L'article 60 § 2 al. a) est ainsi conçu : « une violation substantielle d'un traité multilatéral par l'une des parties autorise : a) les autres parties, agissant par accord unanime, à suspendre l'application du traité en totalité ou en partie ou à mettre fin à celui-ci : i) soit dans les relations entre elles-mêmes et l'État auteur de la violation, ii) soit entre toutes les parties ». Une disposition analogue figure dans l'art. 60 § 2 al. a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités conclus entre organisations internationales ou entre États et organisations internationales (texte in RGDIP, 90, 1986, p. 528).

(25) ACDI 1963, Vol. II, p. 76.

(26) *Ibid.*, Vol. I, 717^e séance, p. 315 § 62, p. 316 § 67.

(27) V. 5^e rapport de Sir WALDOCK, ACDI 1966, Vol. II, p. 326 (Annexe au rapport de la CDI à l'Assemblée générale).

(28) ACDI 1966, Vol. I, I, pp. 62 — 63. Sh. ROSENNE développe *in extenso* le problème plus vaste de la nature des relations créées par un traité multilatéral dans son article « Bilateralism and community interest in the codified law of treaties », in *Transnational law in a changing society, Essays in honor of Ph. Jessup*, New-York an London, Columbia University Press, 1972, pp. 202-227. (25) ACDI 1963, Vol. II, p. 76.

D'autres membres pensaient, en revanche, qu'il aurait fallu distinguer nettement entre l'intérêt général de toutes les parties et l'intérêt particulier, voire le droit subjectif d'une partie à ce qu'une autre partie respecte le traité à son égard (29). Cette dernière position l'a finalement emporté puisque le Comité de rédaction a proposé de remplacer le membre de phrase « toute autre partie dont les intérêts sont affectés par la violation », par la référence à « une partie spécialement affectée par la violation » (30). Sans subir d'autres modifications, cette formulation fut intégrée dans l'article 60 § 2 (a) de la Convention de Vienne. Il est clair que par l'expression « partie spécialement affectée », la CDI a entendu se référer à l'État directement lésé par la violation et non pas à n'importe quelle partie qui aurait un simple intérêt à l'observation du traité (31).

Les États non directement lésés par la violation ne sont pas pour autant privés de toute possibilité de réagir unilatéralement. L'article 60 § 2 (c) de la Convention de Vienne stipule en effet que :

2. « Une violation substantielle d'un traité multilatéral par l'une des parties autorise...

c) toute partie autre que l'État auteur de la violation à invoquer la violation comme motif pour suspendre l'application du traité en totalité ou en partie en ce qui la concerne si ce traité est d'une nature telle qu'une violation substantielle de ses dispositions par une partie modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution ultérieure de ses obligations en vertu du traité ».

Cet alinéa concerne tout particulièrement les traités dits « intégraux », caractérisés par l'interdépendance des liens conventionnels qu'ils créent et dont « la violation par l'une des parties, tend à saper l'ensemble du régime établi par le traité sur le plan des relations entre toutes les parties » (32). Le rapport final de la CDI sur le droit des traités évoquait à cet égard l'exemple des traités de désarmement (33).

b) *Responsabilité internationale, acception large de la qualité pour réagir*

Jusqu'à très récemment les obligations d'origine conventionnelle étaient généralement considérées comme possible uniquement dans le cadre des rapports conventionnels multilatéraux (34). Dans son 6^e rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité des États soumis à la CDI en 1985, M. Riphagen a semblé faire sienne cette manière de voir. Le paragraphe d) de l'article 5 qu'il proposa opérant un élargissement du

(29) A. VERDROSS, *ACDI* 1966, vol. I, 831^e séance, p. 63 § 37 ; YASSEEN, p. 64 § 55 ; etc.

(30) *ACDI* 1966, vol. I, 842^e séance, p. 133 § 22.

(31) V. le commentaire de la CDI, *ACDI* 1966, vol. II, p. 278 § 7.

(32) *Ibid.*, § 8 ; V. aussi K. SACHARIEV « State responsibility for multilateral treaty violations : identifying the 'injured state' and its legal status », 35 *NILR* (1988), pp. 273-289.

(33) *ACDI* 1966, vol. II, p. 278 § 8

(34) L.A. SICILIANOS *op. cit.*, p. 116.

cercle des États lésés par un délit international, se bornait en effet à mentionner le cas spécifique des traités multilatéraux. Pour ce qui est de la violation des normes coutumières, le rapporteur spécial écrivait en revanche, qu'« une règle de droit international coutumier ne crée pas ou ne reconnaît pas nécessairement en faveur d'un État » (et encore moins en faveur de tous les États), un droit dont la violation ferait de cet État un État « lésé » (35).

S'agissant des obligations d'origine coutumière, W. Riphagen semblait ainsi favorable à la « bilatéralisation » des rapports de responsabilité découlant d'un délit international matérialisé par la violation d'une règle coutumière. Soucieux de ne pas faire de distinction entre les différentes sources du droit international, distinction jugée incompatible avec l'article 17 de la première partie du projet consacrant la non pertinence de l'origine de l'obligation violée quant à l'engagement de la responsabilité des États (36), le Comité de rédaction ajouta à la proposition du rapporteur spécial l'hypothèse des coutumes multilatérales. L'élargissement du cercle des États lésés par un délit international serait ainsi possible en cas de violation d'un traité multilatéral ou d'une coutume générale (article 5 § 2 al. e).

Plus particulièrement, l'élargissement du cercle des États lésés est possible selon la CDI : 1°) lorsque la violation d'un traité multilatéral ou d'une coutume « affecte nécessairement la jouissance des droits ou l'exécution des obligations des autres États parties au traité multilatéral ou liés par la règle du droit international coutumier » (Art. 5, § 2, al. e) ii) ; 2°) lorsque le fait illicite contrevient aux règles (conventionnelles ou autres) protégeant les droits de l'homme et les libertés fondamentales (al. e) iii) ; 3°) en cas d'atteinte à un droit énoncé expressément dans un traité multilatéral pour la protection des intérêts collectifs des parties (al. f) (37).

Dans le commentaire de l'article 5 de son projet, la CDI fait le rapprochement entre l'hypothèse envisagée à l'al. e) ii), violation affectant nécessairement la jouissance des droits ou l'exécution des obligations d'autres États et l'article 60 § 2 c) de la Convention de Vienne (38). La Commission n'a toutefois pas explicité le lien existant entre ces deux dispositions. Il semble que son souci était de tenir compte des cas où il y aurait un réseau de droits et d'obligations interdépendants liant un ensemble d'États, analogue à celui qui est créé par un traité intégral.

L'al. e) ii) est cependant sensiblement moins exigeant que son « homologue » de la Convention de Vienne puisqu'il ne mentionne pas la modification radicale de la situation de chacun des États concernés quant à l'exécu-

(35) *ACDI* 1985, Vol. II, 1^o partie, p. 6. Cf. les critiques de E. ZOLLER, « Peacetime », *op. cit.*, p. 114.

(36) *ACDI* 1976, Vol. II, 2^o partie, p. 74.

(37) *ACDI* 1985, Vol. II, 2^o partie, p. 25.

(38) *Ibid.*, p. 26 § 19

tion ultérieure de ses obligations. Cet assouplissement dont la compatibilité avec la Convention de Vienne reste problématique fut toutefois accueilli favorablement par les États au sein de la 6^e Commission de l'Assemblée générale lors de la 40^e session de celle-ci en 1985 (39).

2. La réaction de l'État lésé, fondement de la violation initiale d'une obligation internationale

Le principe suivant lequel la violation préalable d'un traité est une condition *sine qua non* pour le déclenchement d'une réaction unilatérale contre l'État défaillant, a été maintes fois affirmé.

Ainsi, à propos de la dénonciation ou de la suspension de l'application d'un traité à la suite de sa violation, les auteurs parlent tantôt d'un « droit » (40), tantôt d'une « option », d'un « pouvoir », d'une « possibilité » ou d'une « faculté » (41) ou bien ils utilisent ces termes sans distinction (42). L'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ne tranche pas le problème puisqu'il stipule de manière englobante que la violation substantielle du traité « autorise » l'État affecté à l'invoquer comme motif pour dénoncer le traité ou pour en suspendre l'application selon le cas (a), pour ce qui est des travaux de la CDI sur la responsabilité des États, on observe que le commentaire de l'article 30 de la première partie du projet (43) parle d'une « faculté » de recourir à des contre-mesures (b).

a) L'article 60 de la Convention de Vienne

Lorsque le fait illicite consiste en la violation d'un traité, c'est l'« aménagement de tous les intérêts des cocontractants », « l'équilibre social entre

(39) *ACDI* 1985, Vol. 1, 1898^e séance, p. 130 § 8.

(40) V. par exemple P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public* (8^e éd. du manuel de droit international de H. Bonfils), Paris, Rousseau, T. 1, 3^e partie, 1926, p. 388 ; D. ANZILOTTI, *Cours de droit international* (tr. G. GIDEL), I, Paris, Sirey, 1929 pp. 425 et s. ; L. OPPENHEIM, *International Law. A treatise* (ed. pour H. LAUTERPACHT), London/New-York/Toronto, Longmans/Green, vol. 1 8^e éd. 1955 pp. 947-948 ; J.L. BRIERLY, *The Law of Nations An introduction to the international law of peace*, 6^e éd, Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 327-328 ; Tout au long des travaux de la CDI sur la question, le terme « droit » apparaît le plus régulièrement (V. par exemple les 2^e et 5^e rapports de Sir H. WALDOCK, *ACDI* 1963, Vol. II, pp. 76 et s. ; *Ibid*, 1966, ol. II, pp. 36s).

(41) V. par exemple Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, T. 1, Paris, Sirey 1970, pp. 213 et s. (faculté) ; F. CAPOTORTI, « L'extinction et la suspension des traités », 134, *RCADI* (1971, III), pp. 417-587, pp. 548s (pouvoir) ; A. VERDROSS, *Völker Recht*, 5^e éd., Wien Springer Verlag, 1964, p. 117, suggère *a priori* l'existence d'une « faculté » ou d'un « pouvoir » plutôt que d'un « droit ».

(42) Sir G. FITZMAURICE, « 2^e rapport sur le droit des traités », *ACDI* 1957, Vol. II, p. 60.

(43) *ACDI* 1979, vol. II, 2^e partie, pp. 12 et s. ; V. aussi le 3^e rapport de R. AGO sur la responsabilité des États, *ACDI* 1971, vol. II, 1^{re} partie, p. 222 ; ainsi que le 8^e rapport 1979, vol. II, 1^{re} partie, pp. 41 et s. Dans la deuxième partie du projet, en revanche, il est souvent question des « droits » de l'État lésé (*ACDI* 1980, vol. II, 1^{re} partie, pp. 42-43 ainsi que le rapport de la CDI sur les travaux de sa 37^e session, 1985, vol. II, p. 19) ; encore que ARANGIO-RUIZ, semble revenir à la terminologie précédente « faculté » (V. rapport préliminaire sur la responsabilité des États A/CN/416, 18 mai 1988, § 14, 20).

droits réciproques » (44) qui est en jeu. Il est à peine nécessaire de souligner l'intérêt en particulier que revêt l'application du traité en tant qu'ensemble de prestations et de contre-prestations. La balance entre les droits des parties en vertu du traité, parfois difficilement réalisée au cours des négociations, est de l'essence même des rapports conventionnels (45). Le principe *pacta sunt servanda* n'est en définitive que l'expression juridique de l'élément *do ut* qui domine les traités internationaux.

Il est vrai que lorsque l'État lésé conserve un intérêt à la reprise normale des relations contractuelles, il essaiera de faire pression sur l'État défaillant pour que celui-ci mette fin à l'inexécution illicite. La suspension de l'accord à la suite de sa violation revêtira alors une finalité coercitive (46). Toutefois, le rééquilibrage de sa position vis-à-vis de l'État auteur sera pour la partie lésée une préoccupation pressante. Ainsi, la suspension, totale ou partielle, de l'application du traité permettra à l'État lésé de rétablir l'équilibre de ses droits et obligations à l'égard de l'État défaillant à un niveau inférieur, en s'affranchissant provisoirement des fardeaux conventionnels qui restent sans contrepartie (47). Une idée analogue vaut également pour la dénonciation d'un traité, pourvu toutefois que celle-ci ne soit pas abusive (48). Il est évident qu'une telle réaction, de par son irréversibilité, n'a rien de coercitif puisqu'elle ne peut par définition inciter en quoi que ce soit l'État auteur à reprendre l'exécution d'un traité qui a pris fin. Il s'agit plutôt pour l'État ou les États lésé(s) de tirer les conséquences d'une violation substantielle du traité, de sceller en quelque sorte l'impossibilité d'entretenir des relations conventionnelles devenues trop onéreuses avec un partenaire qui a bafoué le traité.

Cette manière de voir est reflétée dans le texte même de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (49). En se référant à la suspension de l'exécution du traité et à sa dénonciation, sir H. Waldock semblait exprimer une idée similaire lorsqu'il écrivait que « le bon sens et l'équité s'opposent à ce qu'un État puisse être tenu d'exécuter les obliga-

(44) L. CAVARÉ, « L'idée de sanction et sa mise en œuvre en droit international public », 44, *RGDIP* 1937, pp. 385-445.

(45) V. les analyses de M. VIRALLY, « Le principe de réciprocité en droit international contemporain », 122, *RCADI* 1967, III, pp. 1-106.

(46) E. ZOLLER, « Peacetime », *op. cit.*, p. 51.

(47) L. CAVARÉ, *op. cit.*, pp. 409-410 ; W. RIPHAGEN, 4^e rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale, *ACDI* 1963, vol. II, 1^{re} partie, pp. 20-21 § 103 *in fine* ; V. aussi A. CAVAGLIÉRI, « Règles générales du droit de la paix », 26 *RCADI* (1929), I, p. 535.

(48) Lorsque l'État se prétendant lésé prétexte une violation ponctuelle du traité pour le dénoncer, il est pour le moins illusoire de parler d'un quelconque « rééquilibrage » des positions des parties.

(49) Le § 2 al. a) de cette disposition nous semble particulièrement parlant à cet égard. Il est ainsi conçu : « Une violation substantielle d'un traité multilatéral par l'une des parties autorise a) les autres parties, agissant par accord unanime, à suspendre l'application du traité en totalité ou en partie ou à mettre fin à celui-ci... dans les relations entre elles-mêmes et l'État auteur de la violation... ».

tions qui lui incombent aux termes du traité alors que l'autre partie contractante refuserait de respecter les siennes » (50).

b) *Contre-mesures*

On est amené ici à envisager la position de la CDI quant aux objectifs des contre-mesures, position qui, bien qu'inspirée largement de la conception de R. Ago, celle-ci ayant toutefois évoluée, semble néanmoins s'en démarquer. On sait en effet que lors des discussions qui eurent lieu à la 31^e session de la Commission en 1979, plusieurs de ses membres (51) se sont montrés réticents quant au qualificatif d'« exercice légitime d'une sanction » proposé par le rapporteur spécial pour désigner à la fois les réactions unilatérales pacifiques et les mesures adoptées en exécution d'une résolution émanant d'une organisation internationale (52). Il fut ainsi observé qu'en droit international contemporain seules les mesures prises dans un cadre institutionnel auraient véritablement la nature juridique de « sanction ». A la suite des propositions pour faire apparaître cette distinction en remplaçant le qualificatif de sanction par celui double de « mesures » et « sanctions légitimes », le comité de rédaction retint finalement le terme englobant de « contre-mesures ». L'éviction du qualificatif de « sanction » en relation avec les réactions décentralisées largement approuvée au sein de la 6^e Commission de l'Assemblée générale (53) ne peut que corroborer l'idée de l'inadmissibilité des mesures à finalité punitive. Le rapport que la CDI adressa à l'Assemblée générale en 1979 indique toutefois que les contre-mesures seraient des réactions à finalité répressive (54).

Il est vrai que certaines réactions à l'illicite, comme par exemple la dénonciation d'un traité ou encore les mesures tendant à inciter l'État coupable à ne pas renouveler ou à poursuivre ses violations ponctuelles, sont susceptibles, à des degrés certes, variables, de prendre une coloration afflictive. Il apparaît ainsi que l'idée qui est à la base de l'article 30 de la première partie du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale, adopté en première lecture en 1979, reflète largement le droit coutumier. Cet article intitulé « contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite », est ainsi libellé :

« L'illicéité d'un fait d'un État non conforme à une obligation de ce dernier envers un autre État est exclue si ce fait constitue une mesure légitime

(50) 2^e rapport sur le droit des traités, *ACDI* 1963, vol. II, p. 76 ; V. aussi le rapport final de la CDI sur le droit des traités, *ACDI* 1966, vol. II, p. 277.

(51) V. notamment les observations de MM. OUCHAKOV (*ACDI* 1979, vol. I, 1544^e séance, p. 57 § 28), YANKOV (*Ibid.*, § 29), NJENGA (*Ibid.*, p. 58 § 35), JAGOTA (*Ibid.*, 1545^e séance, pp. 60-61), sir Francis VALLAT (*Ibid.*, p. 61 § 22), P. REUTER (1567^e séance, p. 176 § 51).

(52) 8^e rapport, *ACDI* 1979, vol. II, 1^{re} partie, pp. 40 et s.

(53) V. généralement A/C. 6/34/SR. 386SR. 52.

(54) *ACDI* 1979, vol. II, 2^e partie, p. 128 § 3.

d'après le droit international à l'encontre de cet autre État, à la suite d'un fait internationalement illicite de ce dernier État » (55).

3. *Respect des règles de procédure*

Comme il a été dit plus haut, les travaux de codification, voire de développement progressif du droit international qu'ils se situent dans le domaine du droit des traités ou dans celui de la responsabilité, sont caractérisés par un effort constant de renforcer le « dispositif de freinage » (56) des réactions unilatérales en vue de minimiser le risque d'arbitraire. Cette tendance aboutit parfois à un formalisme qui ne cadre pas nécessairement avec les réalités. Toutefois, on ne saurait ignorer la répercussion des travaux de codification sur le droit international général. Or, il apparaît que le principe qu'on a pu dégager à travers l'examen de la jurisprudence et lesdits travaux, à savoir le caractère subsidiaire des réactions unilatérales, se trouve par la-même, singulièrement renforcé. En effet, les travaux ayant abouti à l'élaboration de l'article 65 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (a), inspirent substantiellement les efforts plus récents dans le domaine de la responsabilité (b)

a) *L'article 65 de la Convention de Vienne*

Déjà Sir Gerald Fitzmaurice énonçait dans son deuxième rapport sur le droit des traités, « qu'il n'existe pas de droit automatique ou immédiat de dénonciation unilatérale » des accords internationaux (57). Ce principe fut repris par sir H. Waldock qui, dans le rapport adressé à la CDI en 1963, proposa une disposition visant à garantir la stabilité des relations conventionnelles face aux « allégations unilatérales et à l'appréciation subjective des faits » (58).

L'article 65 de la Convention de Vienne tend effectivement à répondre à cette préoccupation en renforçant les conditions préalables à la dénonciation ou à la suspension de l'application d'un traité prévues par le droit international général (59).

On note tout d'abord que, selon le paragraphe 1, l'État lésé doit notifier aux autres parties la mesure projetée, autrement dit il doit leur faire savoir s'il envisage la dénonciation du traité lorsqu'elle est permise ou la suspen-

(55) *Ibid.*, p. 128.

(56) Selon l'expression de sir H. WALDOCK, « 2^e rapport sur le droit des traités », *ACDI* 1963, vol. II, p. 94 § 15.

(57) « 2^e rapport sur le droit des traités », *ACDI* 1957, vol. II, p. 65 § 155. V. aussi l'art. 20 proposé par sir Gerald, *Ibid.*, p. 35.

(58) « 2^e rapport », *loc. cit.*, p. 91 § 1.

(59) L'art. 65 concerne la procédure à suivre dans les cas de nullité, d'extinction ou de suspension de l'application des traités prévus dans la partie V de la Convention de Vienne. Seuls doivent retenir l'attention ici toutefois les aspects liés à la dénonciation ou à la suspension de l'application des traités à la suite de leur violation (art. 60 de la Convention).

sion de son application. En cas de suspension partielle, la partie lésée devra mentionner les dispositions précises dont l'observation serait suspendue. Elle doit par ailleurs en indiquer les raisons. Concrètement cela signifie que doivent être mentionnés les faits présumés contraires au traité, suivis, si nécessaire, d'une interprétation des dispositions considérées comme transgressées. La notification ainsi requise doit être faite par écrit (60). Il est à remarquer que les formalités nécessaires vont au-delà du droit coutumier, notamment en ce que l'article 65 paragraphe 1, ôte à la partie lésée l'avantage de l'imprévisibilité de sa réaction.

On observe toutefois qu'une notification n'est pas nécessaire lorsque les parties à un traité multilatéral autres que l'État défaillant agissent par accord unanime pour suspendre l'application du traité ou pour y mettre fin en vertu de l'article 60, paragraphe 2, a). Comme il a été justement relevé « l'accord unanime des parties lésées a une autorité telle qu'il rend superflue la vérification de la légitimité de la dénonciation en vue de laquelle l'article 65 impose la formalité de la notification » (61).

En dehors de cette hypothèse particulière, les autres cocontractants disposeront en principe d'un délai de trois mois pour présenter des objections éventuelles à la notification de la partie lésée. Avant l'expiration de ce délai aucune mesure unilatérale ne saurait être adoptée. Le délai pourrait toutefois être écourté en cas d'« urgence particulière ».

Faute de précision, on peut penser que la fixation d'un délai plus court est laissée à la discrétion de l'État lésé qui doit toutefois motiver sa décision. Le délai devrait par ailleurs être raisonnable en fonction des circonstances de l'espèce. Si aucune partie ne soulève d'objections, l'État lésé pourra dénoncer le traité ou en suspendre l'application selon le cas. Cet acte unilatéral devra être consigné dans un instrument communiqué aux autres parties et dûment signé (62).

Selon le paragraphe 3 de l'article 65, en cas d'objection aux prétentions de l'État s'estimant lésé par une violation du traité, les parties en cause devront rechercher une solution par les moyens indiqués à l'article 33 de la Charte de l'ONU (63). On remarque toutefois que la formulation retenue par la CDI est entérinée par la Conférence de Vienne, laisse entendre que l'article 65 concerne essentiellement le processus diplomatique entre les parties plutôt que le règlement du différend par un tiers impartial. Celui-ci est

(60) Art. 67 § 1. V. aussi l'art. 78. Selon l'art. 65 § 5 « le fait qu'un État n'ait pas adressé la notification prescrite au § 1 ne l'empêche pas de faire cette notification en réponse à une autre partie qui demande l'exécution du traité ou qui allègue sa violation ». Le sens de cette disposition, élaborée par le comité de rédaction de la CDI en 1963 (V. *ACDI* 1963, vol. 1, 714^e séance, p. 298), n'a pas été clairement explicité.

(61) F. CAPOTORTI, *op. cit.*, pp. 573-574.

(62) Art. 67 § 2.

(63) V. toutefois le § 4 de l'art. 65 précisant que les dispositions qui le précèdent revêtent un caractère supplétif.

en effet envisagé in extremis, lors de la deuxième session de la Conférence en 1969. C'est sous cet angle que l'on doit comprendre le passage du commentaire final de la CDI énonçant que « si après avoir recouru aux moyens indiqués dans l'article 33, les parties aboutissaient à une impasse, il appartiendrait à chaque gouvernement d'apprécier la situation et d'agir selon les exigences de la bonne foi » (64).

Toutefois, les travaux de la Conférence ayant abouti à la mise au point de l'article 66 et de l'annexe à la Convention, ne permettent pas de déduire forcément que la suspension de l'application du traité est exclue avant l'épuisement des négociations (65).

b) *Responsabilité internationale*

L'article 65 de la Convention de Vienne instaure une procédure qui est « solennisée, formalisée, objectivée » (66). La tâche du renforcement des conditions préalables au déclenchement des réactions unilatérales devient sensiblement plus délicate lorsque l'on sort du cadre délimité des relations conventionnelles.

D'un autre côté, il est normal qu'au cours des travaux de codification et de développement progressif du droit international on cherche à se prévaloir des résultats acquis. Il n'est donc pas surprenant que le professeur Riphagen ait cru devoir reprendre les lignes essentielles de l'article 65 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, afin de présenter un cadre susceptible de recueillir le plus large assentiment possible (67). Quel que soit le résultat d'un effort visant à transposer en matière de responsabilité les principales solutions des conventions sur le droit des traités, ce qui importe le plus ce sont les prises de position des États que provoque nécessairement le processus de codification. Les débats au sein de la 6^e Commission de l'Assemblée générale durant sa 41^e session (68), confirment les enseignements que l'on peut tirer de l'examen de la pratique. En effet, à une seule exception près (69), aucune délégation n'a nié qu'en principe les contre-mesures ne sauraient être immédiates.

(64) V. *ACDI* 1966, vol. II, p. 286 § 5.

(65) La dénonciation du traité devrait en revanche être exclue puisqu'en raison de son caractère définitif, elle rendrait la négociation sans objet.

(66) P. REUTER, « Introduction au droit des traités », *op. cit.*, p. 141.

(67) Les art. 1-3 du 7^e rapport Riphagen sur la responsabilité des États s'inspirent largement des dispositions de l'art. 65 des deux conventions sur le droit des traités (*ACDI* 1986, vol. II, 1^{re} partie, p. 2). On remarque toutefois une modification essentielle : au lieu d'une seule notification, les art. 1 et 2 prévoient deux.

(68) V. généralement A/C. 6/41/SR/27 — SR. 44.

(69) Autriche, *Ibid.*, SR. 44 § 24.

B. *Le déclenchement des contre-mesures*

Toute règle de droit international se décompose en une obligation majeure, qui est de la respecter, et une obligation mineure consistant à corriger les effets de son non-respect (70). En d'autres termes, l'État victime d'une inexécution illicite d'une obligation internationale va chercher à exercer un certain nombre de pressions, tendant à amener l'État défaillant à modifier dorénavant son comportement illicite.

Une fois déclenchées, les contre-mesures peuvent être examinées sous trois angles différents : tout d'abord, l'État lésé peut prendre des contre-mesures à titre de représailles pour faire cesser l'illicite (1), il pourra aussi recourir à d'autres contre-mesures pour obtenir l'exécution forcée de son obligation de réparer créée à la charge de l'auteur du fait illicite (2), sans minimiser l'impact de ces deux objectifs, il nous faudra faire un parallèle avec les circonstances excluant l'illicéité (3).

1. *Contre mesures prises à titre de représailles*

Il est à peine besoin de rappeler que par contre-mesures on entend des mesures illicites *per se* dont l'illicéité est susceptible d'être exclue à cause de l'infraction préalable à laquelle elles répondent. Ces contre-mesures constituent des conséquences du fait illicite. La norme excluant l'illicéité des contre-mesures est donc une règle « secondaire » (71). Terme générique, les contre-mesures désignent les moyens de pression qualifiés, par lesquels un État, placé en présence d'une situation qui comporte à son avis la violation d'une obligation internationale par un autre État, peut « faire respecter son droit » (72).

Il apparaît ainsi que l'État ou les États lésé(s) par la violation d'un traité, peuvent recourir à d'autres contre-mesures s'ils estiment que les mesures qu'ils ont déjà prises n'ont pas amené l'État défaillant à modifier son comportement illicite, sous réserve toutefois du respect du principe de proportionnalité qui constitue une condition de fond pour toutes les formes de contre-mesures.

Ceci étant dit, il reste à déterminer les formes précises que doivent prendre les contre-mesures. La thèse de l'applicabilité exclusive des mécanismes conventionnels (*exceptio inadimpleti contractus*) sera notre premier axe de réflexion (a), nous verrons ensuite que le droit international contemporain permet l'adoption de contre-mesures en dehors du traité, notamment dans un rapport de responsabilité (b).

(70) Nguyen QUOC DINH et les autres, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 752.

(71) L.A. SIGILLANOS, *op. cit.*, p. 252.

(72) E. ZOLLER, « Guerre commerciale et droit international. Réflexions sur les contre-mesures de la loi américaine de 1988 sur le commerce et la concurrence », *AFDI* 1989, p. 65.

a) *L'exceptio inadimpleti contractus*

Dans son *avis de 1971 sur la Namibie*, la Cour après avoir affirmé l'existence « du principe juridique général selon lequel le droit de mettre fin à un traité comme conséquence de sa violation doit être présumé exister pour tous les traités » (73), a reconnu que les règles de l'article 60 représentent la « codification du droit coutumier existant dans ce domaine » (74). La Cour a également fait application de ces règles dans son arrêt du 18 août 1972 (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'O.A.C.I.*), à propos de la définition de la violation substantielle d'un traité (75).

L'article 60 § 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, limite la possibilité d'appliquer le principe *non adimpleti contractus* au seul cas de violation substantielle :

« a) un rejet du traité non autorisé par la présente Convention ; ou

b) la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du Traité ».

Les quelques précédents jurisprudentiels dont nous venons de parler plus haut confirment cette solution nuancée et raisonnable.

D'autre part, l'article 60 de la Convention de Vienne prévoit deux exceptions au principe qu'il pose : l'extinction ou la suspension ne peut affecter d'une part, les dispositions du traité qui sont conçues pour s'appliquer précisément aux cas de violation (§ 4), et d'autre part, les « dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment les dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités » (§ 5).

Il est vrai que l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pourrait à première vue accréditer l'idée que la violation d'un traité ne comporte que des conséquences limitées. Cette disposition n'envisage en effet que la possibilité pour les États lésés par une violation substantielle de dénoncer ou de suspendre l'application du traité qui a été violé et non pas celle d'un autre traité fût-il connexe au premier. Les conséquences attachées à la violation substantielle d'un traité, se limiteraient à la sphère des relations règlementées par ce même instrument. On y verra certainement l'expression de l'idée d'une adéquation qualitative entre l'illicite et la réac-

(73) CIJ, *Rec.* 1971, p. 47.

(74) *Ibid.*

(75) *Rec.* 1972, p. 67 ; adoptant une position plus prudente que dans son avis de 1971, la Cour a rappelé qu'un État ne peut unilatéralement considérer que la caducité d'un traité découle automatiquement de sa violation par une autre partie.

tion qui constitue sans conteste une spécificité de l'*exceptio inadimpleti contractus* (76).

Toutefois, ladite adéquation peut ne pas être parfaite puisque ni l'article 60 ni le Commentaire de la disposition correspondante du projet final de la CDI (art. 57) (77) ne suggèrent, ne serait-ce que par allusion, qu'un État lésé par une violation substantielle du traité serait tenu de suspendre l'application de l'obligation même qui a été violée (78). En revanche, l'article 44 § 2 de la Convention énonce explicitement que les restrictions concernant la divisibilité des dispositions d'un traité ne s'appliquent pas en relation avec l'article 60, ce qui signifie que la liberté de choix de l'État ou des États affecté(s) par la violation est en principe préservée (79). Il en résulte que si la non exécution d'une obligation identique ou équivalente est une mesure à laquelle les États ont souvent recours, rien ne les oblige en principe à agir en ce sens.

Autrement dit, l'adéquation qualitative entre les violations et les réactions dont il est question dans l'article 60 est une faculté, point une obligation (80).

Par ailleurs, dans le cadre des rapports conventionnels, on peut considérer avec D. William Bowett que l'un des remèdes permettant à l'État lésé de revenir au *statu quo ante*, est d'exiger de l'État coupable le respect du traité, en particulier lorsque son exécution reste encore possible :

« ... seek is that the state in breach of its treaty obligation should cure the breach by resuming performance, at least in cases where the obligation in one of continuing performance, and performance remains possible » (81).

Selon le même auteur, l'exigence du respect du traité pourrait être considérée comme une forme de restitution, un remède reconnu par le droit

(76) V. généralement R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus)*, Paris, Sirey 1914 ; cf. aussi B. SIMMA, « Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the law of treaties and its background in general international law », 20 *OZOR* (1970), p. 22 ; E. ZOLLER, « Peacetime, *op. cit.*, pp. 5 et s. ; E. DECAUX, *La réciprocité en droit international*, Paris, LGDJ, 1980, p. 221 (celui-ci voit dans l'*exceptio inadimpleti contractus* l'expression d'une « réciprocité canalisée par le droit »).

(77) *ACDI* 1966, vol. II, pp. 276 et s.

(78) Dans son 2ème rapport sur le droit des traités, Sir H. WALDOCK écrivait : « que la partie innocente peut suspendre l'exécution non pas nécessairement de la disposition qui a été violée mais d'une autre disposition qui présente un intérêt particulier en défaut » (*ACDI* 1963, vol. II, p. 80 § 14).

(79) On notera à cet égard que les amendements présentés par la Hongrie et le Royaume — Uni durant la 1^{er} session de la Conférence de Vienne tendant à limiter le choix de la partie lésée par le biais des dispositions sur la divisibilité (A/CONF. 39/C. 1/L. 246 et A/CONF. 39/ C. 1/L. 257 et Corr., in *CNUDT* III, p. 174) n'ont pas été retenus.

(80) Le Commissaire du gouvernement français J.F. THÉRY, énonçait dans ses conclusions sur l'affaire *Rekhou* (arrêt du Conseil d'État du 29 mai 1981) que les travaux préparatoires de la Constitution française de 1958 « permettent d'affirmer qu'en tout cas le gouvernement français souhaitait que la France puisse suspendre l'exécution d'une clause d'un traité, par rétorsion de l'inexécution d'une clause d'un autre traité » (*RDP* 1981, p. 1716).

(81) D. William BOWETT, « Treaties and State Responsibility », *Mélanges M. Virally*, A. Pédone, Paris, 1991, p. 144.

international. La restauration du respect total des obligations du traité serait dans le cas d'une violation d'un traité, la forme la plus appropriée de restitution in integrum :

« *An order for compliance could well be viewed has a form of restitution, a well — recognised remedy (...) in international law. The restoration of full compliance with its treaty obligations would be, in the case of a treaty — breach, the most appropriate form of restitutio in integrum* » (82).

b) Contre-mesures et rapport de responsabilité

La question des interactions entre les régimes conventionnels et les obligations qui leur sont extérieures, mérite, elle aussi, un examen plus attentif. Il est à remarquer tout d'abord que l'article 60 de la Convention de Vienne, bien qu'il envisage uniquement les réactions à l'intérieur du traité, ne pré-juge aucunement de la possibilité d'invoquer la violation d'un traité pour justifier des représailles dans un autre domaine des relations entre les États en cause, non plus de l'hypothèse inverse (83).

Cette manière de voir trouve un appui solide à la fois dans les travaux préparatoires et dans le texte même de la Convention de Vienne. Ainsi, dans le quatrième rapport sur le droit des traités, Sir G. Fitzmaurice proposa un article 18, intitulé « non exécution (d'un traité) à titre de représailles légitimes », énonçant qu'en principe la non-observation, d'une obligation découlant d'un traité différent de celui qui a été violé « peut...être justifiée à titre de représailles légitimes » ; et qu'inversement « le principe des représailles peut également être invoqué pour justifier la non-observation d'une obligation conventionnelle en réponse à une violation, par une autre partie au traité, d'une règle générale de droit international » (84).

Sir H. Waldock, lui, a choisi pour simplifier la tâche de la CDI, de limiter son intérêt aux conséquences de la violation d'un traité sur le traité lui-même, en n'abordant pratiquement que l'*exceptio inadimpleti contractus*. Le rapporteur spécial n'a toutefois nulle part contesté la positivité des règles proposées par son prédécesseur. Au contraire, il reconnaissait clairement dès son deuxième rapport que la démarche retenue était loin d'épuiser les conséquences de la violation d'un traité, lorsqu'il écrivait que ses propositions « ne visaient pas à exclure tous les autres droits que peut avoir la partie innocente en matière de représailles » (85).

(82) *Ibid.*, (G. ARANGIO-RUIZ, *Preliminary Report on State Responsibility*, A/CN. 4/416/Add. 1, 27 may 1988, pp 3-33).

(83) L.A. SICILIANOS, *op. cit.*, p. 258.

(84) *ACDI* 1959, vol. II, p. 46 art. 18 § 1, 2

(85) *ACDI* 1963, vol. II, p. 80 § 14.

2. Contre-mesures et droit à réparation

L'obligation de réparer tout manquement au droit est impliquée par toute règle juridique et présente un caractère d'automatisme. Ce que la CPJI exprimait déjà en ces termes : « La Cour constate que c'est un principe de droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer » (86).

Le droit international rattache toujours le droit d'exiger réparation au fait internationalement illicite. C'est donc une vue à trois degrés successifs du délit international qui semble proposée : 1) violation de l'obligation primaire, 2) violation de l'obligation secondaire, 3) sanction de cette double violation : contre-mesure visant à l'exécution du droit (87).

Il convient certes de faire la distinction entre le fait de se prévaloir du droit d'obtenir réparation et la contre-mesure, comme étant « deux catégories différentes de conséquences juridiques possibles d'un fait internationalement illicite » (88). Mais une lecture plus attentive nous enseigne que l'ordre successif de ces conséquences possibles n'est imposé par le droit international que dans certaines hypothèses. La formule de la CDI fait allusion à des cas déterminés dans lesquels le droit international impose un ordre successif de réaction, laissant entendre que dans d'autres cas cet ordre est alternatif, c'est-à-dire que l'État pourra recourir immédiatement aux contre-mesures. La sentence du « *Naulilaa* » s'avère en fait de faible pertinence sur le point qui nous préoccupe car l'exigence de la « sommation restée infructueuse » ne peut être assimilée à l'exigence d'une demande en réparation préalable. Comme le dit le commentaire de l'article 30 :

« Ce n'est que dans les hypothèses déterminées que le droit international accorde à l'État lésé par un fait internationalement illicite commis à son détriment... la faculté d'avoir recours... à une contre-mesure se traduisant par la lésion d'un droit subjectif (de l'État coupable) » (89).

Mais, et c'est là un point capital, la Commission ne précise nulle part quelles sont ces hypothèses.

3. Circonstances excluant l'illicéité

Les obligations conventionnelles sont avant tout des obligations de droit international. Leur violation entraîne la mise en œuvre de la responsabilité de leur auteur, dans les conditions du droit commun auquel renvoi l'ar-

(86) 13 septembre 1928, *Usine de Chorow* (série A, n° 17, p. 29). Obligation de réparer « dans une forme adéquate » (26 juillet 1927, série A, n° 9, p. 21).

(87) D. ALLAND, « La légitime défense et les contre-mesures dans la codification du droit international de la responsabilité », *op. cit.*, p. 745.

(88) *ACDI* 1979, vol. II, 2ème partie, p. 128 § 3.

(89) *Ibid.*, § 4.

ticle 73 de la Convention de Vienne, c'est-à-dire sauf s'il existe une circonstance excluant l'illicéité (90).

En effet, si d'après l'article 61 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, une partie peut invoquer une impossibilité définitive, d'exécuter le traité, pour s'exonérer de toute responsabilité (a), il en demeure pas moins que celle-ci n'a pas entendu exclure les autres causes d'exonération dont elle ne traite pas et qui relèvent de l'article 31 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États (b).

a) *Survenance d'une situation rendant l'exécution impossible (art. 61 § 1 de la Convention de Vienne)*

Il résulte des dispositions de l'article précité qu' :

« une partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin ou pour s'en retirer si cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité. Si l'impossibilité est temporaire, elle peut être invoquée seulement comme motif pour suspendre l'application du traité ».

A propos de l'article 61 § 1 de la Convention de Vienne, la CDI avait considéré :

« que cette disposition de la Convention de Vienne ne cherchait pas à régir un cas général de force majeure, qui est une question qui relève de la responsabilité internationale, et au vu de la responsabilité internationale des États, a fait l'objet de l'article 31 adopté par la Commission lors de sa 31^e session » (91).

La Commission a reconnu qu'en limitant ainsi le non-respect du traité à la disparition ou destruction définitive d'un objet (impossibilité matérielle), elle adoptait une position plus restrictive que la notion générale de « cas de force majeure ». La Conférence de Vienne est arrivée aux mêmes conclusions. Un amendement mexicain relatif au projet de la Commission sur l'impossibilité d'application (art. 58 du projet, et art. 61 de la Convention) avait été ajouté afin de l'élargir au cas de force majeure. Mais plusieurs États se sont opposés à cet amendement, qui a été retiré. Dans le contexte du travail de la CDI sur la responsabilité des États, il est évident que les raisons ou les circonstances excluant l'illicéité sont plus étendues que les raisons justifiant l'extinction ou la suspension dans le droit des traités (92).

(90) N. QUOC DINH et les autres, *op. cit.*, p. 217.

(91) V. D. WILLIAM BOWETT, *op. cit.*, p. 138 (*yearbook of I.L.C.* ; 1980, Vol. II, Part two, p. 80).

(92) *Ibid.*, pp. 139-140.

b) *Force majeure et cas fortuit (article 31 du projet d'articles de la CDI)*

En se plaçant sur le terrain de la responsabilité, on est donc amené à apprécier les éventuelles circonstances excluant l'illicéité d'une manière plus large que celles justifiant, au regard du droit des traités, leur extinction ou la suspension de leur application. Le projet d'articles de la CDI confirme l'existence d'autres causes d'exonération de la responsabilité (art. 31). Seuls sont envisagés ici la force majeure et le cas fortuit. La CDI envisage par là « une force irrésistible ou un événement extérieur imprévu, en dehors du contrôle de l'État ». La CDI n'a pas jugé opportun de dissocier les deux notions de force majeure et de cas fortuit, tout en admettant qu'elles étaient distinctes, en raison des divergences sur les critères de la distinction et sur la portée de ces notions (93).

Si la force majeure et le cas fortuit annulent le caractère illicite du comportement, c'est à la condition, cependant, que le responsable n'ait pas contribué par sa négligence à la survenance de la situation de force majeure ou de cas fortuit. En effet, par définition, il doit s'agir ici de comportements véritablement involontaires. Souvent invoquées, ces causes d'exonération sont rarement accueillies car les conditions sont difficiles à respecter (94).

II. LES CONTRE-MESURES INTERDITES

En tenant compte de notre hypothèse de travail suivant laquelle les contre-mesures faisant l'objet de la présente étude sont en soi illicites mais susceptibles d'être justifiées à cause du fait illicite auquel elles répondent, la tâche consistant à identifier les ripostes illicites se ramène à la question de savoir quelles formes de réaction ne peuvent en aucun cas être couvertes par le jeu des circonstances excluant l'illicéité. Il ne s'agit dès lors pas de reprendre sous leur aspect négatif les conditions de licéité précédemment analysées, il est évident par exemple que le non-respect du principe de proportionnalité entraînera l'illicéité d'une contre-mesure (95), mais bien plutôt de centrer l'attention sur les facteurs faisant que le principe de réciprocité au sens large du terme ne s'applique pas à propos de certaines formes de riposte qui demeurent illicites même si elles sont quantitativement et qualitativement ajustées au fait illicite, réel ou prétendu, qui les a provoquées.

(93) N. QUOC DINH., *op. cit.*, pp. 733-734.

(94) *Ibid* ; V. aussi CPA, *affaire de l'indemnité russe*, sentence de 1912, *RSA* vol. XI, p. 401 ; CPJI, *affaire des emprunts serbes*, série A n° 20 ; V. *Annuaire CDI* 1978, vol. II, 1^{re} partie, p. 58, 224, doc. A/CN. 4/315 l'étude établie par le secrétariat des Nations Unies.

(95) L'avant projet d'article 13 de la CDI pose la règle centrale en matière de proportionnalité : « Une mesure prise par un État lésé ... ne doit pas être hors de proportion avec la gravité du fait internationalement illicite et de ses effets » (V. *AFDI* 1992, p. 753).

La doctrine classique donnait le plus souvent à penser qu'à chaque fait illicite pourrait correspondre au moins une réaction symétrique de telle sorte qu'il y aurait un parallélisme parfait entre les deux. H. Kelsen, qui concevait l'ordre juridique et le droit international plus particulièrement comme un ordre de contrainte, écrivait que, dans sa réaction contre le fait illicite, l'État lésé pouvait porter atteinte à toute norme internationale et qu'aucun obstacle juridique ne lui était opposé à cet égard (96).

Cette idée semble néanmoins peu compatible avec l'évolution contemporaine du droit international dont, la tendance constante et apparemment irréversible est de limiter, voire de proscrire les réactions portant en germe la destruction de cet ordre juridique.

Étant donné que les contre-mesures sont par définition incompatibles en soi avec des obligations internationales sans être pour autant nécessairement illicites, on a besoin d'un *élément additionnel* pour justifier théoriquement l'exclusion de certaines formes d'entre-elles.

En effet, l'État lésé par un fait internationalement illicite, ne peut riposter par des contre-mesures dans les cas des obligations absolues qui revêtent soit un caractère impératif (*jus cogens*) soit, en tout cas, un caractère *erga omnes* en étant intrinsèquement réfractaires au principe de réciprocité (97) (A), en second lieu, les obligations relatives à la protection des droits de l'homme, même si elles ne revêtent pas toutes un caractère impératif, sont elles aussi absolues et réfractaires aux contre-mesures (B).

A. Contre-mesures et obligations absolues

Les obligations qui découlent de règles relevant du *jus cogens* forment, à n'en pas douter, le noyau des obligations absolues. Le problème est néanmoins de savoir si le concept des normes impératives peut effectivement jouer un rôle dans le domaine des actions unilatérales. La réponse à cette question mérite d'être étudiée d'abord du point de vue des rapports conventionnels (1), ensuite de celui des mécanismes de la responsabilité internationale (2).

1. Rapports conventionnels

L'objectif des développements suivants n'est nullement celui de se lancer dans le débat théorique relatif à l'admission du concept de *jus cogens* par le droit international. Sur ce point tout a été dit ou presque, de telle sorte qu'y revenir non seulement n'ajouterait rien, les arguments des uns et des autres étant bien connus (98), mais sortirait de surcroît du champ de nos

(96) H. KELSEN, « Unrecht Und Unrechts Folge Invölkerrecht », 12 ZÖR (1932), pp. 481-608.

(97) A noter que ces obligations protègent juridiquement des intérêts extra-étatiques.

(98) Pour un résumé du débat doctrinal, V. A. GOMEZ ROBLÉDO, « Le *jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », 172 RCADI (1981, III), pp. 9-217, pp. 69 et s.

préoccupations. Il s'agit dès lors de centrer l'attention sur une évolution qui revêt actuellement une dimension très importante et qui concerne directement notre sujet, à savoir le détachement du concept du *jus cogens* de son cadre « classique », la nullité des traités, et sa pénétration dans le domaine des actions unilatérales et par là même dans la responsabilité internationale.

On remarque en effet que les contributions sur le *jus cogens* qui ont immédiatement précédé l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités et celles qui l'ont suivie dans les années 70, envisageaient presque toujours comme seule sanction des normes impératives la nullité ou l'annulation d'un traité, en cantonnant dès lors leur fonctionnement à un contexte purement contractuel (99).

Même pendant les années 80, on a pu écrire que « sur un terrain de *lege lata*, le *jus cogens* en est réduit à l'activité contractuelle des États, et seulement dans une hypothèse de *lege ferenda* on pourra penser à l'étude un jour aux actes unilatéraux » (100).

Pourtant, à propos de la dénonciation ou de la suspension de l'application d'un traité actes unilatéraux par excellence, les allusions aux normes impératives étaient loin d'être absentes dans les travaux préparatoires de la Convention de Vienne.

Ainsi, lors de la cession de la CDI de 1963, certains membres de la Commission émettaient de sérieuses réserves quant à la possibilité pour un État lésé par une violation substantielle d'un traité de le dénoncer ou d'en suspendre l'application si le traité contenait des obligations absolues, voire impératives (101).

Sir H. Waldock, était hostile à une classification rigide des traités en fonction de leur contenu, démarche que préconisait plus ou moins explicitement les membres en question ainsi que son prédécesseur, Sir Gerald Fitzmaurice (102), rétorqua que bon nombre des normes figurant dans les traités susmentionnés n'étaient pas forcément des règles de *jus cogens* et que par conséquent il n'y avait pas lieu de mettre en cause la possibilité de dénonciation ou de suspension. Toutefois, le rapporteur spécial reconnaît clairement l'impact que pourraient avoir les règles impératives, certes pas

(99) Parmi les très rares exceptions à ce schéma, on notera la contribution de Ch. ROZAKIS, *The concept of jus cogens in the law of treaties*, Amsterdam/New York/Oxford, North-Holland Publishing Co, 1976 (qui en 1976, envisageait l'application du *jus cogens* de *lege ferenda* aux actes et actions unilatérales) Plus récemment V. G. GAYA, « *jus cogens* beyond the Vienna Convention », 172 *RCADI* (1981 III), pp. 271-316.

(100) A. GOMEZ ROBLEDO, *op. cit.*, p. 92.

(101) V. notamment les déclarations de MM. BARTOS (*ACDI* 1963, vol. 1, 692^e séance, p. 136 § 31); YASSEEN (*Ibid*, p. 137 § 41); VERDROSS (*Ibid*, § 45).

(102) Cf. l'art. 19 § 1 contenu dans le 2^e rapport de Sir Gerald sur le droit des traités, *ACDI* 1957, vol. II, p. 34.

sur la possibilité de dénonciation en tant que telle mais plutôt sur les effets de l'extinction du traité (103).

Il renvoyait ainsi à un article 28 qu'il avait lui-même proposé, concernant « l'effet juridique de l'extinction d'un traité », dont le paragraphe 3 disposait :

« Le fait qu'en vertu des paragraphes 1 ou 2 du présent article, un État ait été libéré de l'obligation de continuer à appliquer les dispositions d'un traité, ne change rien à son devoir d'exécuter toutes les obligations inscrites dans le traité et dont il est également tenu en vertu du droit international indépendamment du traité » (104).

Dans le commentaire, Sir Humphrey soulignait par ailleurs que cette disposition, bien qu'« évidente », méritait d'être insérée dans le projet d'articles :

« étant donné qu'un grand nombre d'importantes conventions qui consacrent des règles du droit international général, voire des règles du *jus cogens* contiennent des clauses de dénonciation. Quelques conventions, telles les conventions de Genève de 1949 sur l'humanisation de la guerre, stipulent expressément que la dénonciation n'a aucun effet sur les obligations des parties en droit international général. Mais la plupart des traités ne le font pas, et même la Convention sur le génocide (105) prévoit la faculté de dénonciation sans indiquer que l'État qui l'aura dénoncée demeurera lié par ses obligations en ce qui concerne le génocide qui découle du droit international général » (106).

La CDI a fait siennes les remarques de son rapporteur spécial qui ont été reprises dans le rapport de 1963 à l'Assemblée générale, contenant une disposition quasiment identique à l'article 28 § 3 proposé par Sir Humphrey (107). Dans son rapport final sur le droit des traités, la Commission décida d'élargir la portée de ladite disposition et de la placer parmi les articles généraux de la cinquième partie du projet relative à la nullité, l'extinction et la suspension de l'application des traités (108) place qu'elle occupe actuellement en tant qu'article 43 de la Convention de Vienne (109). Le rapport final de la CDI reprenait par ailleurs une fois de plus la substance des remarques de Sir Humphrey (110).

(103) *ACDI* 1963, vol. I, 693^e séance, p. 143 § 27-31.

(104) « 2^e rapport de Sir Humphrey sur le droit des traités », *Ibid.*, vol. II, pp. 98-99.

(105) *RTNU*, vol. 78, p. 277.

(106) *ACDI* 1963, vol. II, p. 99 § 5.

(107) V. l'art. 53 § 4, *Ibid.*, p. 226 ; ainsi que le commentaire qui s'y rapporte, *Ibid.*, p. 227 § 5.

(108) Art. 40, *ACDI* 1966, vol. II p. 258.

(109) L'art. 43 est ainsi conçu : « *Obligations imposées par le droit international indépendamment d'un traité.* La nullité, l'extinction ou la dénonciation d'un traité, le retrait d'une des parties ou la suspension de l'application du traité, lorsqu'ils résultent de l'application de la présente Convention ou des dispositions du traité, n'affectent en aucune manière le devoir d'un État de remplir toute obligation énoncée dans le traité à laquelle il est soumis en vertu du droit international indépendamment dudit traité ».

(110) V. le commentaire de l'art. 40 du projet final, *ACDI* 1966, vol. II, p. 258 ; ainsi que celui de l'art. 66 relatif aux conséquences de l'extinction d'un traité, *Ibid.*, p. 290.

Il résulte ainsi des travaux préparatoires de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qu'une distinction doit être faite entre l'acte formel de dénonciation ou de suspension de l'application du traité à la suite de sa violation, et les actes (ou omissions) subséquents. Si le premier n'est pas prohibé même si le traité violé contient des normes impératives, les seconds, dans la mesure où ils contreviendraient à ces mêmes normes, ne pourraient en aucun cas être couverts par une quelconque circonstance excluant l'illégalité et resteraient dès lors illicites.

Autrement dit, si la dénonciation ou la suspension de l'application d'un traité violé contenant des normes de *jus cogens* demeurent possibles en tant que telles et produisent pleinement leurs effets pour ce qui est des autres règles du traité, les dispositions impératives ou celles qui revêtent en tout cas un caractère absolu en vertu du droit international général, font obstacle à la licéité d'actions ou d'omissions subséquentes qui leur seraient contraires. Ces dispositions continuent ainsi à produire leurs effets, malgré la dénonciation ou la suspension du traité, non plus à titre conventionnel mais à titre coutumier. On voit dès lors que même dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, le *jus cogens* ne fonctionne pas uniquement en tant que cause de nullité mais a un impact, certes indirect, sur la licéité des réactions unilatérales (111).

2. Responsabilité internationale

Mais le détachement du *jus cogens* de son contexte traditionnel prend une dimension sensiblement plus importante dans le projet d'articles sur la responsabilité des États. Le texte de l'article 19 de la première partie du projet relatif à la distinction entre délits et crimes internationaux ne se réfère certes pas à la notion de normes impératives. Le commentaire de la CDI, tout comme celui de R. Ago, y faisaient néanmoins plusieurs allusions explicites ou implicites et l'on peut penser que les crimes internationaux ne constituent pas autre chose que des violations graves de normes impératives ou de certaines d'entre-elles (112). D'autres articles de la première partie du projet se réfèrent en revanche explicitement au *jus cogens*.

Ainsi, l'article 18 § 2 stipule que « le fait de l'État qui, au moment où il a été accompli, n'était pas conforme à ce qui était requis de lui par une obligation internationale en vigueur à l'égard de cet État, n'est plus considéré comme un fait internationalement illicite si, par la suite, un tel fait est devenu obligatoire en vertu d'une norme impérative du droit international général » (113). L'article 29 § 2 stipule par ailleurs que le consentement d'un État à la commission par un autre État d'un fait déterminé non conforme

(111) L.A. SICILIANOS, *op. cit.*, p. 342.

(112) C'est en tout cas ce que suggérait R. Ago dans son « 5^e rapport sur la responsabilité des États » (ACDI 1976, vol. II, 1^{re} partie, p. 56 § 149).

(113) ACDI 1976, vol. II, 2^e partie, p. 81.

à une obligation de ce dernier envers le premier État ne peut pas constituer une circonstance excluant l'illicéité, si l'obligation en question « découle d'une norme impérative du droit international général » (114). Selon l'article 33 § 2 a), enfin, l'état de nécessité ne saurait être invoqué pour exclure l'illicéité d'un fait non conforme à une règle de *jus cogens* (115).

L'article 30 de la première partie du projet concernant les contre-mesures ne consacre en revanche pas de paragraphe qui réserverait explicitement le cas des normes impératives et se limite à stipuler que les contre-mesures devraient être « légitimes ». Bien qu'elle puisse paraître étrange à première vue, d'autant plus que l'article 30 fait partie du chapitre relatif aux circonstances excluant l'illicéité comme les articles 29 sur le consentement et 33 sur l'état de nécessité, cette démarche est méthodologiquement justifiée. Les contre-mesures constituent en effet non seulement une circonstance excluant l'illicéité mais aussi, et surtout, une conséquence du fait illicite. Circonscrire les cas des contre-mesures illicites relève plutôt de la deuxième partie du projet relative au contenu, aux formes et aux degrés de la responsabilité internationale (116).

Dans ses rapports sur ce thème, W. Riphagen a instamment souligné qu'il fallait réserver les normes du *jus cogens* (117). Dans ses cinquième et sixième rapports, il a ainsi proposé une disposition stipulant que les articles sur les « mesures de réciprocité » et sur les représailles ne s'appliquaient pas « à la suspension de l'exécution des obligations... incombant à un État quelconque en vertu d'une règle impérative du droit international général » (118). Il s'agissait ainsi de mettre en exergue que les normes de *jus cogens* ne sauraient être touchées que ce soit par voie de contre-mesures portant sur la même obligation à celle qui a été violée ou au titre de réactions dissymétriques. Bien que cette idée de base ait été largement approuvée au sein de la CDI (119), elle a pu susciter des objections, il est vrai rares, au sein de la 6ème Commission de l'Assemblée générale (120).

Toutefois ces objections étaient apparemment plus motivées par une hostilité plus ou moins marquée à l'égard du concept du *jus cogens* lui-même (121), qu'étayée par une argumentation quelconque tendant à prouver l'impossibilité pour cette notion de fonctionner dans le domaine de la

(114) *ACDI* 1979, vol. II, 2^e partie, p. 121.

(115) *ACDI* 1980, vol. II, 2^e partie, p. 33.

(116) L.A. SICILIANOS, *op. cit.*, p. 343.

(117) V. notamment l'art. 4 proposé dans le 3^e rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité des États, *ACDI* 1982, vol. II, 1^{re} partie, p. 55.

(118) Art. 12 b), *ACDI* 1985, vol. II, 1^{re} partie, p. 13.

(119) V. les déclarations de la Turquie (A/C/40/SR. 25 § 26) ; et du Royaume-Uni (*Ibid.*, SR. 32 § 26).

(120) On remarque en effet que la délégation turque avait voté contre l'art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités concernant le *jus cogens*, alors que la délégation britannique s'était abstenue (2^e session de la Conférence, 20^e séance plénière, 12 mai 1969, *CNUDT*, vol. II, p. 114).

(121) Grèce, A/C. 6/40/SR. 25 § 41.

responsabilité internationale. D'autres délégations ont estimé en revanche qu'« il serait impossible... de ne pas traiter des cas relevant du *jus cogens* dans le projet d'articles sur la responsabilité des États » (122), ou bien, plus spécifiquement, que les normes impératives constituent une limite dans la mise en œuvre de contre-mesures (123).

Il apparaît ainsi que les développements récents accèdent à l'idée de l'applicabilité du *jus cogens* en matière de responsabilité internationale et par là même celle d'une illicéité objective des contre-mesures qui se heurteraient à des normes impératives du droit international général. A partir du moment où le concept de *jus cogens* a été admis en matière du droit des traités comme cause de nullité, certes avec les réticences plus ou moins fortes que l'on sait, cette évolution était quasiment inévitable. On dirait même qu'elle ajoute à la cohérence de ce concept car il serait en effet discutable d'admettre d'une part, que les États ne peuvent pas se soustraire aux normes impératives par voie d'accord et de soutenir d'autre part qu'il serait possible d'y déroger librement par voie d'actions unilatérales.

L'introduction de la notion de *jus cogens* dans le domaine de la responsabilité internationale se présente ainsi comme le complément logique de son admission en matière du droit des traités. Encore faut-il se garder d'envisager le *jus cogens* comme un ensemble figé de principes immuables et résister à la tentation de voir derrière toute règle importante du droit international une obligation impérative ne permettant pas d'y échapper.

B. *Contre-mesures et protection des droits de l'homme*

Le principe selon lequel les obligations conventionnelles ou coutumières concernant les droits de l'homme ne sont pas susceptibles d'être transgressées par voie de contre-mesures est bien ancré en droit international contemporain. L'émergence et la multiplication des instruments et des mécanismes de protection de la personne humaine, a conduit à l'acceptation de l'idée que les obligations y relatives ne sont pas soumises au principe de réciprocité (1), l'article 60 § 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ne fait que traduire et illustrer cette règle générale (2).

1. *Absence de réciprocité et droits de l'homme*

La résolution de l'IDI sur le régime des représailles en temps de paix a permis une amorce d'évolution en matière de respect des droits de la personne humaine, justement parce qu'elle mettait l'accent sur la dimension

(122) Ex. RDA, *Ibid.*, SR. 25 § 15 ; Irlande, *Ibid.*, SR. 28 § 29 ; Suède, *Ibid.*, SR. 28 § 67 ; Tchécoslovaquie, *Ibid.*, SR. 29 § 19 ; Trinité et Tobago, *Ibid.*, SR. 32 § 15 ; Algérie, A/C. 6/39/SR. 39 § 20.

(123) L.A. SICILIANOS, *Ibid.*, p. 344.

vraiment interétatique des représailles. L'article 6 de la résolution stipulait ainsi que dans l'exercice des représailles l'État devait limiter leurs effets « à l'État contre qui elles sont dirigées, en respectant dans toute la mesure du possible... les droits des particuliers », et « s'abstenir de toute mesure de rigueur qui serait contraire aux lois de l'humanité et aux exigences de la conscience publique » (124). Toutefois, la protection des droits des particuliers résultant de ces dispositions, était très relative, voire exhortatoire du fait de l'absence d'une référence explicite à la nature des obligations de l'État, en la matière.

Après la deuxième guerre mondiale, la pratique des représailles contre les individus a été désavouée non seulement en temps de conflit armé (125), mais aussi, et surtout, en temps de paix. Toutefois, le fondement théorique de l'exclusion de la réciprocité, et donc des représailles portant atteintes aux droits de l'homme, a été clairement fourni pour la première fois dans la pratique lors de la procédure devant la CIJ concernant *l'avis consultatif sur les Réserves à la Convention sur le génocide* Sir Hartley Schawcross, représentant le gouvernement britannique, déclara à propos de cette Convention que :

« this type of convention does not provide for reciprocal benefits between the parties of a tangible character. It provides almost exclusively for the assumption by them of obligations... not dependent on the assumption of a similar obligation by the other parties... The general provisions of the Convention... contain absolute obligations, not subject to any considerations of reciprocity at all » (126).

Dans son avis consultatif de 1951, la CIJ confirma les caractéristiques propres aux conventions à caractère humanitaire :

« Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres, ils ont seulement tous et chacun un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges » (127).

Il en résulte que les obligations assumées par les États en matière de protection de la personne humaine ne trouvent pas leur fondement dans un engagement similaire de nature synallagmatique par les autres États. Chaque État ne s'engage pas parce qu'il y a un partenaire qui s'engage aussi. Il n'y a dès lors pas de « réciprocité initiale » (128). Les obligations étatiques ne sont à aucun moment parallèles. Les États s'engagent dans l'absolu pour

(124) Art. 6 § 3 et 4, 38 *AIDI* (1934), p. 710.

(125) V. l'art. 46 de la première Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (*RTNU*, vol. 75, p. 31).

(126) CIJ, Mémoires, *Réserves à la Convention sur le génocide* (1951), pp. 378, 388. Cf. dans le même sens l'exposé écrit du gouvernement britannique, *Ibid*, pp. 65 et s.

(127) CIJ *Rec.* 1951, p. 23.

(128) Selon l'expression de J.P. JACQUÉ, *Réciprocité, droit communautaire et droit interne français*, Köln/Berlin/Bonn/München, Heymanns 1983, pp. 325-337, p. 326.

promouvoir des intérêts extra-étatiques ou, mieux, pour transformer les simples intérêts des individus en véritables droits.

Dans sa décision du 11 janvier 1961 rendue à propos d'une requête autrichienne contre l'Italie, la Commission européenne des droits de l'homme soulignait le « caractère objectif » et, partant, absolu des obligations résultant de la Convention de Rome de 1950 en ces termes :

« en concluant la Convention, les États contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproqués utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe... Les obligations souscrites par les États contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers » (129).

Il apparaît ainsi que la nature intrinsèque des obligations relatives à la protection de la personne humaine créées par la Convention européenne, fait qu'on ne saurait y porter atteinte au titre du principe *inadimplenti non est adimplendum* ou, *a fortiori*, par voie de représailles. Les mêmes principes valent *mutatis mutandis* pour les autres instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme (130), tel que la Convention interaméricaine des droits de l'homme ou le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques.

L'interdiction des contre-mesures vaut par ailleurs même lorsque les États en cause ne sont pas liés par un instrument conventionnel, en ce qui concerne les droits fondamentaux de la personne humaine, puisque lesdits droits ont également une force juridique coutumière. Plus encore, ainsi qu'il a été énoncé par la CIJ dans l'*affaire Barcelona Traction*, les obligations étatiques qui correspondent aux droits fondamentaux de la personne humaine sont des obligations *erga omnes* (131).

2. L'article 60 § 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

Les travaux d'élaboration et le texte même de l'article 60 § 5 de la Convention de Vienne témoignent d'une prise de conscience de plus en plus significative du caractère absolu des dispositions relatives à la protection de la personne humaine.

Déjà Sir G. Fitzmaurice soulignait, dans le deuxième rapport sur le droit des traités, que les obligations conventionnelles en matière de droits de l'homme sont absolues, pour en conclure qu'*une violation fondamentale par l'une des parties d'un traité sur les droits de l'homme ne saurait ni justifier l'extinction du traité ni des violations correspondantes du traité même à l'égard*

(129) Autriche c/ Italie (requête n° 788/60), Commission européenne des Droits de l'homme, 11 janvier 1961, *Annuaire de la Convention des droits de l'homme*, 1961, p. 117, pp. 139, 141.

(130) F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989, pp. 47 et s.

(131) CIJ Rec. 1970, p. 32.

des ressortissants de la partie coupable » (132). Devant le refus de Sir H. Waldock de réserver une place à part aux traités relatifs aux droits de l'homme, plusieurs membres de la CDI ont repris en substance les réflexions du précédent rapporteur spécial (133). Sir Humphrey admettait, lui, que les conséquences de la suspension de l'application d'un traité à caractère humanitaire retomberaient sur des personnes innocentes et qu'en cas de violation substantielle d'un tel traité « le seul remède efficace consisterait à avoir recours à d'autres formes de représailles ou de contre-mesures en dehors du traité » (134).

Le rapporteur n'excluait toutefois pas toute possibilité de suspension de l'application du traité. Il considérait que la protection des individus était assurée par la disposition du projet concernant le devoir des États de continuer à observer les obligations imposées par le droit international général, c'est-à-dire par l'actuel article 43 de la Convention (135). La position de Sir Humphrey l'a emporté et le projet final de la CDI ne faisait pas d'allusion explicite aux traités concernant la protection de la personne humaine.

Durant la première session de la Conférence de Vienne, la délégation suisse a insisté sur le fait que la règle sur la suspension ou la dénonciation des traités à la suite de leur violation substantielle risquerait « d'ébranler toute une série de conventions relatives à la protection de la personne humaine » et que les individus innocents devraient être à l'abri de telles réactions. Le représentant suisse proposa ainsi un amendement oral tendant à ajouter un dernier paragraphe à l'actuel article 60 de la Convention de Vienne (article 57 du projet de la CDI) ainsi conçu :

« Les règles précédentes ne s'appliquent pas à des conventions humanitaires conclues entre ou avec des États non liés par des conventions multilatérales pour la protection de la personne humaine, qui excluent les représailles contre les personnes. Des accords de cette nature doivent être observés en tout état de cause » (136).

Bien que d'un point de vue rédactionnel l'amendement oral ne fût pas irréprochable, son objectif, tel qu'il résultait notamment de sa dernière phrase et de la déclaration du délégué suisse, était clair : il s'agissait d'exclure *in globo* la suspension ou la dénonciation des traités à caractère humanitaire. L'amendement écrit présenté par la Suisse durant la deuxième session de la Conférence (137), quasiment identique à l'article 60 § 5 de la Convention de Vienne, était en revanche plus nuancé.

(132) *ACDI* 1957, vol. II, p. 61 § 125. Les italiques sont de Sir Gerald. Cf. également du même auteur, *The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law*, 92 *RCADI* (1957 II), pp. 1-227, p. 120.

(133) V. notamment les observations de MM. DE LUNA (*ACDI* 1966, vol. I, 831^e séance, p. 65 § 68) et BARTOS (*Ibid.*, 832^e séance, p. 69 § 22).

(134) *Ibid.*, 832^e séance, p. 69 § 23.

(135) Sur cette disposition V. *supra*, p. 24.

(136) 61^e séance de la Commission plénière, *CNUDT*, vol. I, p. 385 § 12.

(137) Doc. A/CONF. 39/L. 31 in *CNUDT*, vol. III, p. 289.

Ce paragraphe prescrit en effet que les règles relatives à la dénonciation ou à la suspension de l'application d'un traité à la suite de sa violation :

« ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités ».

La différence entre la proposition initiale et le texte finalement adopté n'est pas de pure forme comme il a été suggéré. L'article 60 § 5 tel qu'il est rédigé n'exclut pas *de plano* la dénonciation ou la suspension de l'application des traités humanitaires, ce qui aurait été impossible étant donné que certains de ces traités, les Conventions de Genève de 1949 par exemple, contiennent des clauses de dénonciation. Ce qui est effectivement exclu est la dénonciation ou la suspension de l'application des dispositions de ces traités protégeant la personne humaine.

Dans ces conditions, il importe d'aller plus loin et de s'interroger sur ce qu'ajoute concrètement l'article 60 § 5 par rapport à l'article 43 de la Convention de Vienne qui réserve, on le rappelle, l'observation des obligations imposées par le droit international indépendamment du traité. On observera tout d'abord que l'article 60 § 5 n'ajoute rien en ce qui concerne les obligations relevant du *jus cogens* dont l'observation s'impose en toutes circonstances. Il en va de même pour les obligations qui, même si elles ne font pas partie du *jus cogens*, sont des obligations absolues, voire *erga omnes*. Les droits fondamentaux de la personne humaine correspondent à des obligations de cette nature. L'article 60 § 5 revêt toutefois une portée autonome et constitue une avancée par rapport à l'article 43 en relation avec les droits de l'homme qui, même s'ils sont reconnus en droit international général, sont néanmoins énoncés de manière plus claire et plus précise dans un instrument conventionnel (138). La protection plus étendue du régime conventionnel l'emporte sur celle, plus restreinte, du droit coutumier. L'article 60 § 5 acquiert enfin toute sa valeur en relation avec les droits de l'homme qui sont reconnus uniquement au niveau conventionnel, ou à propos des libertés dont le statut juridique est en tout cas incertain en droit coutumier.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, il convient de tirer un certain nombre de conclusions intimement liées entre elles.

(138) Cf. toutefois G. BARILE, « The protection of human rights in article 60, paragraph 5 of the Vienna Convention of the law of treaties, Le droit international à l'heure de sa codification », *Etudes en l'honneur de R. Ago*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 3-14, pp. 8 et s., pour qui, même dans cette hypothèse, l'art. 60 § 5 ne trouverait pas un terrain d'application directe.

On rappellera tout d'abord que selon la jurisprudence tant nationale qu'internationale, la position unanime des membres de la CDI, l'article 60 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 en matière de traités adoptés sans opposition et l'opinion univoque de la doctrine contemporaine, la violation d'un traité, quelle qu'elle soit, n'y met pas fin *ipso facto* mais constitue simplement un motif permettant à la partie lésée de le dénoncer ou d'en suspendre l'application.

Quelques déclarations étatiques qui par le passé semblaient suggérer le contraire ne sauraient mettre en cause la positivité de ce principe, bien ancré dans le droit international actuel.

En dehors de cas exceptionnels concernant notamment l'observation des règles de *jus cogens* ou des obligations absolues, les États disposent d'une marge discrétionnaire quant à l'objet de leurs contre-mesures.

L'adéquation qualitative entre l'illicite et la réaction est une *faculté* et non pas une obligation. L'origine de l'obligation violée n'est pas déterminante quant à l'objet des contre — mesures.

D'autre part, il est erroné de croire que la suspension de l'application d'un traité peut intervenir uniquement, en cas de violation de ce même traité (*exceptio inadimpleti contractus*) et que les contre-mesures se limitent uniquement au domaine des relations non conventionnelles. Les contre-mesures peuvent se matérialiser également par la suspension de l'application d'un traité comme conséquence de la violation d'un autre traité ou d'une obligation coutumière (ou autre).

Enfin, l'articulation du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale, montre à l'évidence qu'il existe une étroite relation entre les deux matières, dans la mesure où elles aboutissent aux mêmes conséquences juridiques. Mais comme le souligne très justement la doctrine « l'absence de liens conceptuels et textuels entre des notions correspondantes » (139), ne peut pour l'instant servir de base satisfaisante pour la codification de la responsabilité internationale.

(139) V. D. William BOWETT, *op. cit.*, p. 142.