

Le règlement des différends peut-il limiter le «droit» de se faire justice à soi-même?

*Mohamed Bennouna **

Telle est la question à laquelle a été confrontée la commission de droit international lors de sa 45^{ème} session (mai-juillet 1993), lorsqu'elle a été saisie du cinquième rapport du professeur Arangio-Ruiz sur la responsabilité des Etats. Au-delà d'une discussion de technique ou même de politique juridique, il s'agit d'une réelle interrogation philosophique. Si l'ordre international autorise encore ses sujets à recourir à des mesures unilatérales, à des «contre-mesures» (violant ainsi le Droit pour réagir contre ce qu'ils considèrent être un acte illicite d'un autre Etat), comment peut-on en garantir la suprématie? Ne risque-t-on pas d'entrer dans l'engrenage de justices «privées» où le rapport de forces tient lieu d'unique référence pour l'action?

Si l'interrogation est d'ordre philosophique, elle n'en a pas moins des conséquences pratiques considérables, surtout dans le monde de l'après-guerre froide où le système des poids et contrepoids en vigueur auparavant a pratiquement disparu. En effet, le modèle hégémonique exclusif, dans les domaines militaire, économique et des valeurs, a privé les pays faibles de toute marge de manœuvre.

Il n'est pas surprenant dans ces conditions, comme le relève le rapporteur spécial à la 45^{ème} session de la CDI, que:

les réserves qu'a suscitées l'inclusion dans le projet d'un régime juridique des contre-mesures en 1992, dans les deux organes (CDI et sixième commission de l'assemblée générale) ont été considérablement plus énergiques que celles qui avaient été formulées lors des débats de 1984 à 1986 sur les projets d'articles proposés par le prédécesseur, M. Riphagen.¹

Apparemment, les précautions adoptées pour tracer le régime juridique des contre-mesures n'ont pas suffi à calmer les craintes de nombre d'Etats et d'experts. Ainsi,

* Directeur général de l'Institut du monde arabe, membre de la Commission du droit international des Nations unies.

1 G. Arangio-Ruiz, Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats, A/CN.4/453, 12 mai 1993, 23.

l'Etat lésé ne pourrait y recourir (article 12) avant d'avoir épuisé toutes les procédures de règlement amiable disponibles en vertu du droit international général, de la charte des Nations unies ou de tout autre instrument relatif au règlement des différends auquel il est partie. Cette tentative d'introduire un premier examen impartial avant même l'adoption de la mesure unilatérale a été fortement critiquée en ce qu'elle risquait de donner un avantage à l'Etat fautif qui serait tenté d'utiliser l'arsenal des procédures comme autant de moyens dilatoires. Il a été proposé notamment d'en faire non pas un préalable mais une obligation parallèle à l'adoption de la contre-mesure.² Le comité de rédaction s'est rallié à ces vues en supprimant «toute référence temporelle dans le texte». Avant de prendre la contre-mesure, l'Etat lésé doit cependant se soumettre aux procédures prévues par un traité le liant à l'autre Etat et, en l'absence d'un tel instrument, faire une offre d'un moyen de règlement.³

D'autre part, la contre-mesure doit être en proportion avec le degré de gravité du fait illicite et les effets de celui-ci sur l'Etat lésé (article 13). Dans la mise en œuvre de cette règle classique, ce dernier conserve une grande latitude d'appréciation et sa réaction sera, bien entendu, fonction des moyens dont il dispose.

Enfin, certaines contre-mesures sont purement et simplement interdites (article 14). Il en est ainsi de celles qui comportent la menace et l'emploi de la force en violation de la charte des Nations unies, celles constituant une contrainte économique et politique extrême ou visant l'intégrité territoriale et l'indépendance de l'Etat, ou encore celles dirigées contre les agents locaux, archives et documents diplomatiques et/ou consulaires, et enfin celles qui dérogent aux droits fondamentaux de la personne humaine.

Si l'intention de la commission est de mettre les normes de droit impératif (*jus cogens*) hors de portée des contre-mesures, il n'en demeure pas moins qu'elle n'a traité pour l'instant que des «délits» au sens de l'article 19 du projet, se réservant de revenir ultérieurement aux conséquences des «crimes» internationaux.

De l'avis général, le régime juridique des contre-mesures (dites «conséquences instrumentales du fait illicite») n'éliminait pas les risques d'abus propres à des actions unilatérales laissées à l'appréciation d'Etats en situation de grande inégalité, et qui opèrent au sein d'une société insuffisamment institutionnalisée.

Alors que pour la réparation (conséquences de fond du fait illicite), le rapporteur spécial a estimé que «tout Etat pourrait être soit un Etat auteur, soit un Etat lésé» et que «les règles adoptées entraîneraient des avantages égaux pour tous les Etats»,⁴ il en va autrement en ce qui concerne le recours aux contre-mesures, dont le principe même a été fortement contesté et qui «peut conduire à des résultats intolérablement injustes s'il est appliqué entre des Etats de force et de moyens inégaux».⁵

2 Rapport de la CDI à sa 44^{ème} session (1992), A/47/10, 66 et 5.

3 Rapport du président du comité de rédaction, M. Mikulka, A/CN.4/SR 2318, 9.

4 Rapport de la CDI sur les travaux de sa 42^{ème} session (1990), A/45/10, 151.

5 Cinquième rapport Arangio-Ruiz, *supra* note 1, 22.

Le règlement des différends peut-il limiter le «droit» de se faire justice à soi-même?

Dès lors, comment légitimer les contre-mesures, assimilées par de nombreux pays à l'expression du droit du plus fort, sans les assortir d'un système de contrôle et de vérification aussi impartial et objectif que possible? En l'occurrence, le règlement des différends serait intimement lié à l'adoption de la règle matérielle, laquelle serait autrement inacceptable.

Il a été reproché au rapporteur spécial d'avoir dans la 3^{ème} partie du projet de convention, restreint les dispositions proposées (articles 1 à 6 et annexe) à la question «du différend qui s'est élevé à la suite de l'adoption par l'Etat lésé de contre-mesures à l'encontre de l'auteur de l'acte illicite». Certains ont estimé que le système de règlement devrait concerner l'ensemble de la convention.⁶

Il nous semble au contraire qu'il faille distinguer entre le système général de règlement des différends, assez souple et respectueux de la compétence discrétionnaire des Etats en la matière, et un système approprié aux contre-mesures, plus contraignant dans la mesure où il s'agit d'une dérogation exceptionnelle au droit international général.⁷

Et de fait, le modèle proposé peut paraître «révolutionnaire», pour reprendre l'expression d'Alain Pellet, dans la mesure où il s'articule autour de la conciliation (1^{ère} phase), avec le droit à ce stade «d'ordonner la suspension de toute contre-mesure à laquelle l'une ou l'autre partie aurait eu recours» et «des mesures conservatoires»; l'arbitrage (2^{ème} phase) et le règlement judiciaire (la Cour internationale de justice n'intervenant qu'en cas d'impossibilité de constituer le tribunal arbitral ou si ce dernier manque à rendre sa sentence).

Outre les pouvoirs exceptionnels conférés à la commission de conciliation afin d'éviter une aggravation de la situation créée par la mesure unilatérale, c'est le règlement définitif par tierce partie qui s'impose ici en dernière analyse aux Etats concernés. Il s'agit de pallier ce que le rapporteur spécial a considéré comme «le défaut fondamental» des contre-mesures, à savoir «l'évaluation unilatérale, d'une part, du droit auquel il a été porté atteinte et de la violation dont il a fait l'objet et, d'autre part, de la légitimité de la réaction, réaction qui à son tour peut provoquer une autre réaction unilatérale ('contre-représailles') de la part du fautif présumé».⁸

Reste à se demander si, en examinant le différend (mécanisme déclencheur) sur le recours contesté à une contre-mesure par l'Etat lésé ou à une mesure de rétorsion par l'autre partie, l'organe de règlement ne serait pas amené nécessairement à se pencher sur les normes en question, primaires et secondaires.

6 Notamment A. Mahiou le 11 juin 1993 à la CDI, A/CN.4/SR 2306. Il convient de relever cependant que l'article 2 al.1(a) du projet d'articles proposé étend la compétence de la commission de conciliation à l'ensemble du projet de convention en dépit du fait que le mécanisme déclencheur demeure la contre-mesure: «Pour s'acquitter de sa tâche qui consiste à amener les parties à régler leur différend d'un commun accord, la commission de conciliation doit: (a) examiner tout point de droit ou de fait qui peut présenter un intérêt pour le règlement du différend en vertu d'une partie quelconque des présents articles.»

7 Voir notre intervention à la CDI (A/CN.4/SR 2307) et celle de Calero Rodrigues (2308).

8 Cinquième rapport Arangio-Ruiz, *supra* note 1, 22.

En effet, le tribunal ne peut pas éviter d'apprécier le comportement de l'Etat présumé fautif en se demandant quelles obligations le lient à l'autre Etat, dans quelle mesure il a pu les violer, et enfin s'il a proposé une réparation adéquate. C'est à partir de là seulement qu'il pourra se prononcer (aux côtés d'autres éléments propres au régime juridique des contre-mesures évoquées précédemment) sur la licéité de la réaction unilatérale de l'Etat présumé lésé. Il faut reconnaître que la portée d'un mécanisme de règlement spécifique aux contre-mesures n'a pas fait l'objet d'un débat approfondi dans les organes juridiques des Nations-unies. Les Etats accepteraient-ils qu'on puisse l'étendre à n'importe quelle norme primaire ou secondaire, en d'autres termes au droit international dans son ensemble? Il nous semble, dans ces conditions, qu'il faudra probablement s'en tenir à la première phase prévue par le projet (commission de conciliation),⁹ qui serait qualifiée pour décider de mesures conservatoires (qui ne préjugent en rien des droits des parties en cause) y compris la suspension des contre-mesures.

Les mesures conservatoires étant provisoires par nature, il faut encore déterminer leur effet dans le temps. On pourrait à ce propos s'inspirer des dispositions de l'article XXIII, paragraphe 2, de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), selon lesquelles les mesures de rétorsion sont autorisées au cas où les recommandations des conciliateurs ne sont pas mises en œuvre. Pour ce qui concerne les contre-mesures suspendues, celles-ci pourraient être réactivées au cas où l'Etat prétendument fautif rejeterait les conclusions de la commission de conciliation. Le contrôle par un organe impartial serait ainsi assuré, avec la célérité voulue, sans pourtant que le litige soit vidé définitivement (les deux parties ayant toute latitude pour s'adresser à un organe judiciaire), et sans que la contre-mesure ne perde sa caractéristique de moyen ultime de pression. C'est à ce prix qu'un modèle de règlement des différends serait acceptable par toutes les composantes de la société des Etats, dans la diversité de leur puissance et de leurs moyens. Certes, on s'engagerait ainsi dans la voie du développement progressif du droit international, avec la volonté de lui assurer un minimum de crédibilité.

Cependant, certains Etats agissent de plus en plus sous couvert d'une décision d'une organisation internationale, universelle ou régionale, ce qui déplace d'une certaine manière le contrôle de légalité à un autre niveau. C'est là une autre question, celle de la légitimation collective des contre-mesures.

9 A la CDI, Calero Rodrigues a proposé la création d'une «commission des contre-mesures», organe simplifié combinant la médiation, l'enquête et l'arbitrage et fonctionnant selon une procédure accélérée. A/CN.4/SR 2308, 11.