

## SEPARATE OPINION OF JUDGE SIMMA

*The Court missed an opportunity to clarify a controversial point of law by avoiding to deal with the question whether the exceptio non adimpleti contractus, put forward by the Respondent as a “defence” against the accusation of treaty breach separate, and to be distinguished, from reliance on Article 60 of the 1969 Vienna Convention or on a justification of Greece’s objection to FYROM’s admission to NATO by qualifying it as a countermeasure, still has a right of place in international law — the answer which the Court should have given, is an unqualified “no”: Article 60 of the Vienna Convention is to be understood as exhausting the right, flowing from a primary rule of the law of treaties, to suspend performance of a treaty obligation as a reaction to a prior breach by another part — a countermeasure applied in the same context might to an external observer be hard to distinguish from the operation of Article 60, but would be based on a secondary rule of State responsibility and thus be subject to a different legal régime.*

1. I am in agreement with the findings of the Court with regard to both its jurisdiction and the merits of the case. The only concern I have relates to the way in which the Judgment treats one specific argument advanced by the Respondent, namely the issue of the so-called *exceptio non adimpleti contractus*.

2. To explain my concern and put the matter into context: Greece’s main defence against the Applicant’s accusation of breach of the Interim Accord through the Respondent’s behaviour in the question of the FYROM’s NATO membership was, obviously, to deny such breach altogether and contend that it complied with its obligations under the Accord. But then Greece put forward the alternative argument that even if the Court were to find that the Respondent had violated the Interim Accord, the wrongfulness of Greece’s objection to the admission of the FYROM to NATO would be precluded by — no less than — three justifications (“subsidiary defences”), presented with different degrees of conviction and thus convincingness, as it were, but all based on the allegation of prior breaches of the Interim Accord committed by the Republic of Macedonia: in the first instance by the doctrine of the *exceptio non adimpleti contractus*, secondly, because Greece’s objection could be explained as a response to material breaches of the Accord by the FYROM on the basis of the law of treaties, and thirdly, because Greece’s behaviour could also be regarded as a countermeasure against the FYROM’s preceding breaches recognized as justified by the law of State responsibility.

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE SIMMA

[Traduction]

*La Cour a manqué une occasion de clarifier un point de droit controversé en ne traitant pas la question de savoir si l'exceptio non adimpleti contractus, que le défendeur a présentée comme un «moyen de défense» contre l'accusation selon laquelle il aurait commis une violation conventionnelle, moyen à la fois différent et devant être distingué de l'invocation de l'article 60 de la convention de Vienne de 1969 et de la justification par lui de son opposition à l'admission de l'ERYM à l'OTAN en tant que contre-mesure, conserve une place en droit international — A cette question, la Cour aurait dû répondre sans réserve par la négative: l'article 60 de la convention de Vienne doit être considéré comme traitant de manière exhaustive le droit, qui découle d'une règle primaire du droit des traités, de suspendre l'exécution d'une obligation conventionnelle en réaction à une violation antérieure commise par une autre partie — Une contre-mesure prise en pareille situation pourrait, pour un observateur extérieur, se révéler difficile à distinguer du jeu de l'article 60; elle serait cependant fondée sur une règle secondaire relevant de la responsabilité de l'Etat et, partant, soumise à un régime juridique différent.*

1. Je souscris aux conclusions de la Cour en ce qui concerne tant sa compétence que le fond de l'affaire. Ma seule source de préoccupation réside dans la manière dont est traité dans l'arrêt un argument particulier avancé par le défendeur, à savoir la question de l'*exceptio non adimpleti contractus*.

2. Afin de m'expliquer sur ce point et de le resituer dans son contexte, je rappellerai ce qui suit. Le principal moyen de défense de la Grèce contre l'accusation formulée par le demandeur selon laquelle elle aurait, par son comportement relatif à la question de l'admission de l'ERYM à l'OTAN, violé l'accord intérimaire consistait, de toute évidence, à nier totalement pareille violation et à affirmer qu'elle s'était conformée aux obligations lui incombant aux termes de l'accord. La Grèce a cependant aussi avancé l'argument subsidiaire selon lequel, même si la Cour devait conclure qu'elle a violé l'accord intérimaire, l'illicéité de son opposition à l'admission de l'ERYM à l'OTAN serait exclue par — pas moins de — trois justifications (qualifiées de «moyens de défense subsidiaires»), présentées avec plus ou moins de conviction et donc, d'une certaine façon, plus ou moins convaincantes, mais reposant toutes sur l'allégation de violations antérieures de l'accord intérimaire commises par la République de Macédoine: premièrement, la doctrine de l'*exceptio non adimpleti contractus*; deuxièmement, le fait que l'opposition de la Grèce pourrait, sur le fondement du droit des traités, s'expliquer comme une réponse à des violations substantielles de l'accord commises par l'ERYM; et, troisièmement, le fait que le comportement de la Grèce pourrait également être considéré comme une contre-mesure — reconnue légitime par le droit de la responsabilité de l'Etat —, prise en réaction aux violations antérieures commises par l'ERYM.

3. The Judgment ultimately rejects all of these defences, and rightly so. It does so for two reasons: to begin with, the Court was only able to find one single, isolated instance in which the Applicant violated the Interim Accord — a breach discontinued after the Respondent had raised its concern (Judgment, paras. 148-151, 160), and not accepted by the Court as having been material (*ibid.*, para. 163). Furthermore, the Judgment emphasizes that in no case had Greece succeeded in convincing the Court that its objection to Macedonia's admission to NATO had any factual connection with — i.e., was a response to — the Applicant's alleged prior treaty breaches, thus possibly giving rise to the various justifications pleaded (*ibid.*, paras. 161, 163-164). I fully support this finding. I am convinced that before and at the time of NATO's Bucharest meeting, that is, at the time of Greece's objection to FYROM membership of the Alliance in violation of the Interim Accord, nobody responsible for this course of action in Athens thought of this objection as constituting any of the reactions foreseen in international law to counter a preceding treaty breach by the Applicant, as which it was construed after the fact by Greece's counsel in the present litigation, neither in terms of the *exceptio* nor as a reaction to breach allowed by the law of treaties nor as a counter-measure in the technical sense. I have difficulties to view Greece's 2008 action as anything but a politically motivated attempt at coercing the FYROM to back down on the name issue. After having been brought before the Court, what the Respondent then tried *ex post facto* was to hide, somewhat desperately and with a pinch of embarrassment, this show of political force amounting to a treaty breach behind the three juridical fig leaves, presented as "subsidiary defences" by very able counsel (but *ad impossibilia nemo tenetur*). In the Judgment, these arguments got the treatment they deserved.

4. Let me now turn to the specific point on which I take issue with the Court's approach: the way in which the Judgment goes about the evaluation of the *exceptio non adimpleti contractus*, put forward, as I have just described, by Greece as a justification separate, and different, from the other two "defences" of response to breach positioned in the law of treaties and that of State responsibility. Greece presented the *exceptio* as a "general principle of international law" permitting the Respondent to withhold performance of those of its own obligations which are reciprocal to, i.e., linked in a synallagmatic relationship with, the fundamental provisions of the Interim Accord allegedly not complied with by the Applicant (thus the description of the Greek position in the Judgment's paragraph 115). Further (and conveniently), the Respondent contended that "the conditions triggering the exception of non-performance are different from and less rigid than the conditions for suspending a treaty

3. La Cour a, en dernière analyse, rejeté l'ensemble de ces moyens de défense, et ce, à juste titre. Elle l'a fait pour deux raisons : premièrement, elle n'a pu identifier qu'un seul cas, isolé, de violation de l'accord intérimaire par le demandeur, violation à laquelle il a été mis fin après que le défendeur s'en fut inquiété (arrêt, par. 148-151, 160) et dont la Cour n'a pas jugé qu'elle avait été substantielle (*ibid.*, par. 163); deuxièmement, il est souligné dans l'arrêt que la Grèce n'est jamais parvenue à convaincre la Cour que son opposition à l'admission de la Macédoine à l'OTAN avait un quelconque rapport factuel avec les violations antérieures de l'accord que le demandeur aurait commises — c'est-à-dire que cette opposition constituait une réponse auxdites violations —, ce qui aurait pu servir de base aux différentes justifications avancées (*ibid.*, par. 161, 163-164). Je souscris pleinement à cette conclusion. En effet, j'ai la conviction que, dans la période qui a précédé le sommet de l'OTAN de Bucarest et au moment de ce sommet, c'est-à-dire lorsque la Grèce s'est opposée à l'admission de l'ERYM à l'Alliance en violation de l'accord intérimaire, aucun des responsables de cette ligne de conduite à Athènes n'a conçu ladite opposition comme l'une quelconque des réactions prévues par le droit international afin de contrecarrer une violation conventionnelle antérieure commise par le demandeur — ainsi que cela a été présenté a posteriori par les conseils de la Grèce en la présente instance —, que ce soit sous l'angle de l'*exceptio*, en tant que réaction à une violation telle qu'autorisée par le droit des traités, ou en tant que contre-mesure au sens technique du terme. J'ai peine à considérer les actes accomplis par la Grèce en 2008 autrement que comme une tentative motivée par des raisons politiques de contraindre l'ERYM à céder sur la question du nom. Ce n'est qu'après avoir été attiré devant la Cour que le défendeur a tenté *ex post facto* de dissimuler, d'une manière quelque peu désespérée et non sans une pointe d'embarras, cette démonstration de force politique constitutive d'une violation conventionnelle derrière le voile pudique des trois moyens de défense, qui ont été présentés comme «subsidiaries» par de fort talentueux conseils (mais *ad impossibilia nemo tenetur*). Dans le présent arrêt, ces arguments ont été traités comme il convenait.

4. J'en viens maintenant au point particulier qui me préoccupe dans l'approche de la Cour, à savoir l'analyse qui est faite dans l'arrêt de la doctrine de l'*exceptio non adimpleti contractus*, qui, ainsi que je viens de le préciser, a été avancée par la Grèce en tant que justification distincte et différente des deux autres «moyens de défense» d'une réponse à une violation conventionnelle, respectivement présentés comme relevant du droit des traités et du droit de la responsabilité de l'Etat. A cet égard, le défendeur a estimé que l'*exceptio* était un «principe général de droit international» l'autorisant à suspendre l'exécution de celles de ses obligations qui sont réciproques aux dispositions fondamentales de l'accord intérimaire que le demandeur n'aurait pas respectées — dispositions auxquelles ces obligations seraient, autrement dit, unies par un lien synallagmatique (la position grecque est exposée au paragraphe 115 de l'arrêt). De plus (et fort commodément), le défendeur a soutenu que «les conditions permet-

or precluding wrongfulness by way of countermeasures” (Counter-Memorial of Greece, para. 8.7); thus, the exception “does not have to be notified or proven beforehand . . . There are simply no procedural requirements to the exercise of the staying of the performance through the mechanism of the *exceptio*.” (*Ibid.*, para. 8.26.)

5. The Applicant, on the contrary, doubted the character of the *exceptio* as a general principle of international law and disputed the Greek contention that its own obligations under the Interim Accord are to be regarded as synallagmatic with the Respondent’s obligation not to object stipulated in Article 11, paragraph 1, of the Accord. In the FYROM’s view, Article 60 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties provides a complete set of rules and procedures governing responses to material breaches under that law. Furthermore, the Applicant did not accept that the *exceptio* could justify non-performance under the law of State responsibility (thus the summary of the FYROM’s view in paragraph 117 of the Judgment).

6. In the face of such conflicting statements about points of law — arguments playing a non-negligible role in the framing of the Respondent’s case, whether bordering the specious or not —, one would have expected the Court to go to the heart of the matter and engage in a state-of-the-art exercise of clarifying the legal status and interrelationship of the three “defences” invoked by Greece. However, the Court refrained from doing so. Such abstinence will once again disappoint those observers who might have expected some illuminating words on rather controversial questions of law; a decision a little less “transactional” in a matter in which the Court could have afforded to speak out. As concerns the *exceptio non adimpleti contractus* in particular, it appears that the Court openly shies away from taking a stand. Let us see how it deals with the *exceptio* as invoked by Greece: as I have already mentioned, the Court recalls that the Respondent failed to establish breaches of the Interim Accord save in one immaterial instance and to show a connection between that one breach and the Greek objection to the Applicant’s admission to NATO. And then the Judgment continues as follows:

“The Respondent has thus failed to establish that the conditions *which it has itself asserted* would be necessary for the application of the *exceptio* have been satisfied in this case. It is, therefore, unnecessary for the Court to determine whether that doctrine forms part of contemporary international law.” (Judgment, para. 161; emphasis added.)

That much about *jura novit curia*. Why such *Berührungsangst*?

tant d'invoquer l'exception d'inexécution [étaient] différentes de celles qui entraînent la suspension d'un traité ou excluent l'illicéité par le jeu des contre-mesures, et [qu']elles [étaient] moins rigides» (contre-mémoire de la Grèce, par. 8.7); c'est pourquoi «il n'y a pas lieu de notifier [l'*exceptio*] ou d'en prouver le bien-fondé au préalable... Il n'existe tout simplement pas de condition de nature procédurale pour ajourner l'exécution d'une obligation lorsque l'on fait valoir l'*exceptio*.» (*Ibid.*, par. 8.26.)

5. Le demandeur, quant à lui, a émis des doutes sur le fait que l'*exceptio* fût un principe général de droit international et contesté l'affirmation de la Grèce selon laquelle ses propres obligations au titre de l'accord intérimaire devaient être considérées comme ayant un lien synallagmatique avec l'obligation du défendeur de ne pas s'opposer, telle qu'énoncée au paragraphe 1 de l'article 11 de l'accord. Selon l'ERYM, l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 énonce un ensemble complet de règles et de procédures régissant les réponses à des violations substantielles en vertu du corpus juridique en question. Par ailleurs, le demandeur n'a pas souscrit à l'idée selon laquelle l'*exceptio* pourrait justifier l'inexécution d'obligations conventionnelles au regard du droit de la responsabilité de l'Etat (les vues de l'ERYM sont résumées au paragraphe 117 de l'arrêt).

6. Face à pareilles positions contradictoires sur des points de droit — les arguments formulés à cet égard par le défendeur, même s'ils confinent parfois au spécieux, occupant une place non négligeable dans l'exposé de sa thèse —, on se serait attendu à ce que la Cour examine le cœur du problème et se livre à un exercice approfondi de clarification du statut juridique et de l'interdépendance des trois «moyens de défense» invoqués par la Grèce. La Cour n'en a cependant rien fait, ce qui ne manquera pas de décevoir, une fois encore, les observateurs qui appelaient peut-être de leurs vœux certains éclaircissements sur des questions juridiques plutôt controversées ainsi qu'une décision un tant soit peu moins «transactionnelle» dans un domaine dans lequel elle aurait pu se permettre de faire entendre sa voix. En ce qui concerne, en particulier, l'*exceptio non adimpleti contractus*, il apparaît clairement que la Cour craint de prendre position. Voyons la manière dont elle a examiné cette doctrine, telle qu'invoquée par la Grèce : comme je l'ai déjà indiqué, elle a rappelé que le défendeur n'avait pas établi l'existence de violations de l'accord intérimaire, hormis dans un cas sans grande importance, et qu'il n'avait pas démontré qu'existait un lien entre cette unique violation et son opposition à l'admission du demandeur à l'OTAN. Et la Cour de poursuivre comme suit :

«Le défendeur n'a donc pas établi qu'il avait été satisfait, en l'espèce, aux conditions, énoncées par lui-même, qui seraient requises pour que l'*exceptio* s'applique. Dès lors, il n'est pas nécessaire que la Cour détermine si cette théorie fait partie du droit international contemporain.» (Arrêt, par. 161 ; les italiques sont de moi.)

Et voilà expédié le principe *jura novit curia*. Pourquoi une telle *Berührungssangst*?

7. As far as I am concerned, I may have become immunized against the Court's apparent *haptophobia* in my academic childhood, having authored my first scholarly article in English on the question of treaty breach and responses thereto more than 40 years ago<sup>1</sup>. So I may be allowed, in all due modesty, to set the record straight and try to compensate the Court's abstinence as to the *exceptio*'s whereabouts and "right to life" with the following brief observations<sup>2</sup>.

8. In its Counter-Memorial the Respondent defines the *exceptio* in accordance with the respective entry in the *Dictionnaire de droit international public*:

"Literally: [the] 'exception of a non-performed contract'. An exception that the injured Parties can invoke because of the non-performance of a conventional agreement by another contractual Party and which allows in turn not to apply in turn the conventional agreement in part or as a whole." (Counter-Memorial of Greece, para. 8.8.)

9. Greece distinguishes the *exceptio* so defined from Article 60 of the Vienna Convention. In its view, while Article 60 presupposes the occurrence of material breaches, the *exceptio* entitles a State to suspend performance of its own obligations vis-à-vis another State in breach of obligations that do not amount to material breaches (*ibid.*, para. 8.28). I have already drawn attention to Greece's further statement according to which the *exceptio* can be resorted to without any procedural preconditions. Lastly, the Respondent argues that "the condition triggering the defence based on the *exceptio non adimpleti contractus* is that the Applicant State has breached its obligations resulting from the Treaty if said provisions are the *quid pro quo* of the allegedly breached obligations of the Respondent" (*ibid.*, para. 8.31; see also CR 2011/10, pp. 30-32, paras. 18-27).

<sup>1</sup> B. Simma, "Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Its Background in General International Law", in 20 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, pp. 5-83 (1970). Since, as the French say, *on revient toujours à ses premiers amours*, I have returned to my academic first love in a number of further contributions; cf., B. Simma, "Zum Rücktrittsrecht wegen Vertragsverletzung nach der Wiener Konvention von 1969", in H. Kipp (ed.), *Um Recht und Freiheit. Festschrift für F. A. Freiherr von der Heydte*, pp. 615-630 (1977); "Termination and Suspension of Treaties: Two Recent Austrian Cases", in 21 *German Yearbook of International Law*, pp. 74-96 (1978); Commentary on Article 60 (together with Christian Tams), in O. Corten and P. Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. II, pp. 1351-1378 (2011); "Reciprocity", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online edition 2011).

<sup>2</sup> They are essentially based on my earlier publications cited in the preceding note, to which I must refer the reader for a more profound treatment of the matter, as well as on some "work in progress" on responses to breach of treaties.

7. En ce qui me concerne, il n'est pas impossible que je me sois immunié contre cette apparente haptophobie de la Cour dès mes premiers travaux universitaires, puisque que c'est à la question des violations conventionnelles et des réponses à ces violations que j'ai consacré mon premier article de doctrine en anglais il y a plus de quarante ans<sup>1</sup>. Aussi me permettra-t-on peut-être, en toute modestie, de mettre les choses au point et de tenter de pallier le silence de la Cour quant au sort réservé à l'*exceptio* et au «droit à la vie» de cette doctrine, en formulant les brèves observations suivantes<sup>2</sup>.

8. Dans son contre-mémoire, le défendeur donne de l'*exceptio* la définition qui figure à l'entrée correspondante dans le *Dictionnaire de droit international public*:

«Littéralement: «exception de contrat non rempli». Exception que peu(ven)t invoquer la (ou les) Partie(s) lésée(s) en raison de la non-exécution d'un engagement conventionnel par une autre Partie contractante et qui l'autorise à ne pas appliquer à son tour tout ou partie de cet engagement conventionnel.» (Contre-mémoire de la Grèce, par. 8.8.)

9. La Grèce distingue l'*exceptio* ainsi définie de l'article 60 de la convention de Vienne. Selon elle, alors que l'article 60 suppose qu'aient été commises des violations substantielles, l'*exceptio* autorise un Etat à suspendre l'exécution de ses propres obligations à l'égard d'un autre Etat si celui-ci a, de son côté, manqué à certaines obligations, sans que ces manquements soient constitutifs de violations substantielles (*ibid.*, par. 8.28). J'ai, par ailleurs, déjà rappelé l'autre assertion formulée par la Grèce, selon laquelle il peut être recouru à l'*exceptio* sans satisfaire à aucune condition procédurale préalable. Enfin, la Grèce soutient que «le défendeur peut invoquer l'*exceptio non adimpleti contractus* comme moyen de défense si le demandeur a violé certaines obligations lui incombant en vertu du traité et ce, si les dispositions concernées sont le *quid pro quo* des obligations prétendument violées par le défendeur» (*ibid.*, par. 8.31; voir également CR 2011/10, p. 30-32, par. 18-27).

<sup>1</sup> B. Simma, «Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Its Background in General International Law», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 20, p. 5-83 (1970). Comme chacun sait, on revient toujours à ses premiers amours (en français dans le texte), et j'y suis de fait revenu dans un certain nombre de contributions ultérieures; voir B. Simma, «Zum Rücktrittsrecht wegen Vertragsverletzung nach der Wiener Konvention von 1969», dans H. Kipp (dir. publ.), *Um Recht und Freiheit. Festschrift für F. A. Freiherr von der Heydte*, p. 615-630 (1977); «Termination and Suspension of Treaties: Two Recent Austrian Cases», *German Yearbook of International Law*, vol. 21, p. 74-96 (1978); Commentary on Article 60 (avec Christian Tams), dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II, p. 1351-1378 (2011); «Reciprocity», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (édition électronique 2011).

<sup>2</sup> Ces observations sont, pour l'essentiel, fondées sur mes publications antérieures citées dans la note de bas de page précédente, auxquelles je renverrai le lecteur pour un examen plus approfondi de la question, ainsi que sur certains «travaux en cours» consacrés aux réponses à des violations conventionnelles.



10. Even before any assessment of the correctness of Greece's views, what becomes apparent already now is that the concept of the *exceptio* flows from the principle of reciprocity. The importance of this notion for the "health" of international law can hardly be overestimated. Reciprocity constitutes a basic phenomenon of social interaction and consequently a decisive factor also behind the growth and application of law. In fully developed domestic legal systems the idea of reciprocity has to a large extent been absorbed and supplanted by specific norms and institutions; immediate, instinctive, raw, reciprocity has been "domesticated", as it were. The lower the degree of institutionalization of a legal order, however, the more mechanisms of direct reciprocity will still prevail as such. Hence, its continuing relevance for international law despite the latter's undeniable movement from bilateralism towards community interest: as long as the international legal order lacks regular and comprehensive mechanisms of centralized enforcement and thus has to live with auto-determination and self-help, reciprocity will remain a major *leitmotiv* — in some instances a constructive force maintaining stability in the law, in some others a threat to that very stability. Reciprocity at the basis of international law thus bears a Janus head: one and the same idea can serve both as a propelling force in the making and keeping of the law and as a trigger in the breakdown of legal order. Focusing on the positive impact of our phenomenon, it will be reciprocal interest in the observance of rules — "each . . . State within the community of nations accepting some subtraction from its full sovereignty in return for similar concessions on the side of the others"<sup>3</sup> — that supplies one, if not the main reason for international law somehow managing to accomplish its tasks, despite the absence of most features considered indispensable by domestic lawyers. The possibility of a State reciprocating in kind a breach of an international obligation will provide a powerful argument for its observance. The idea of reciprocity therefore lies at the root of various methods of self-help by which States may secure their rights. The historical development of these methods provides convincing examples of how "raw" reciprocity has been channelled and civilized by subjecting it to legal limits. In this way, reciprocity has been crystallized into international law's sanctioning mechanisms, among them reprisals (nowadays politically correctly called "countermeasures") and non-performance of treaties due to breach.

11. It is to that second category that the *exceptio* belongs. To use the terms of the law in force on the matter (Article 60 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, on which *infra*), if an international

<sup>3</sup> *The Cristina* (1938), A.C. 485.

10. Avant même de s'interroger sur le bien-fondé des vues de la Grèce, il apparaît d'ores et déjà que la notion d'*exceptio* découle du principe de réciprocité. L'importance que celui-ci revêt pour la «bonne santé» du droit international ne saurait être sous-estimée. La réciprocité constitue en effet un phénomène fondamental des rapports sociaux et, partant, un facteur déterminant qui contribue également au développement et à l'application du droit. Dans les systèmes juridiques nationaux les plus développés, l'idée de réciprocité a, dans une large mesure, été absorbée et supplantée par des normes et institutions spécifiques; la réciprocité immédiate, instinctive, brute y a, pour ainsi dire, été «domestiquée». Cependant, moins un ordre juridique est institutionnalisé, plus les mécanismes de réciprocité directe prévaudront en tant que tels. C'est pourquoi le principe en question conserve sa pertinence en droit international, et ce, bien que celui-ci soit incontestablement en train de passer du bilatéralisme à l'intérêt collectif: tant que l'ordre juridique international ne sera pas doté de mécanismes de contrainte centralisés à la fois réguliers et généraux — et devra donc s'accommoder de l'autodétermination et de l'autoprotection —, la réciprocité demeurera un *leitmotiv* essentiel, tantôt en tant que force constructive garantissant la stabilité du droit, tantôt en tant que menace à cette stabilité même. La réciprocité, qui est à la base du droit international, a donc deux visages: cette seule et même idée peut aussi bien servir de moteur dans l'élaboration et la préservation du droit que se révéler l'élément déclenchant d'un effondrement de l'ordre juridique. Si l'on s'attache à l'effet positif de ce phénomène, c'est l'intérêt réciproque dans le respect des règles — «chaque ... Etat qui fait partie de la communauté des nations acceptant de renoncer à une partie de sa souveraineté pleine et entière en échange de concessions similaires de la part des autres»<sup>3</sup> — qui constituera l'un, si ce n'est le principal, des facteurs permettant au droit international de parvenir à remplir plus ou moins sa fonction, nonobstant l'absence de la plupart des éléments que les juristes nationaux estiment indispensables. La possibilité qu'un Etat réponde au manquement à une obligation internationale en adoptant à son tour un comportement similaire se révélera ainsi un argument de poids pour que cette obligation soit respectée. La notion de réciprocité est donc à la base de différentes méthodes d'autoprotection permettant aux Etats de garantir leurs droits. L'évolution historique qu'ont connue ces méthodes illustre bien la manière dont la réciprocité «brute» a été canalisée et civilisée en étant soumise à certaines limites juridiques. La réciprocité a ainsi été cristallisée dans des mécanismes de sanction établis par le droit international, parmi lesquels les représailles (que le politiquement correct a conduit à rebaptiser «contre-mesures») et l'inexécution d'obligations conventionnelles en réponse à des violations du traité en question.

11. C'est à cette seconde catégorie qu'appartient l'*exceptio*. Pour reprendre les termes employés dans le droit en vigueur en la matière (c'est-à-dire l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités

<sup>3</sup> *The Christina* (1938), A.C. 485.

treaty has been breached, the other party, or parties, to the treaty may invoke the breach as a ground for terminating it or suspending its operation; such reaction is permissible as a consequence of — and thus depending on — the synallagmatic character of international agreements. Expressed a bit more emphatically: “The rule *pacta sunt servanda* is linked to the rule *do ut des*”<sup>4</sup>; “good sense and equity rebel at the idea of a State being held to the performance of its obligations under a treaty which the other contracting party is refusing to respect”<sup>5</sup>.

12. The functional synallagma thus confirmed to be applicable also in international law has its historical roots in the law of contracts of most legal systems. Its genealogy can be traced back to the ancient Roman law foundations of the civil law tradition (the Roman *bonae fidei iudicia*)<sup>6</sup>, as well as to early English contract law concepts of reciprocity in dependent obligations or mutual promises, the doctrine of consideration, and breach of condition<sup>7</sup>. According to what is probably the majority view in international legal doctrine, the widespread acceptance of the principle in the main legal traditions of the civil and common law systems allows to recognize it as a general principle of law under Article 38, paragraph 1 (*c*), of the Court’s Statute.

13. The question is, of course, the transferability of such a concept developed *in foro domestico* to the international legal plane, respectively the amendments that it will have to undergo in order for such a general principle to be able to play a constructive role also at the international level. The problem that we face in this regard is that in fully developed national legal systems the functional synallagma will operate under the control of the courts, that is, at least, such control will always be available if a party affected by its application does not accept the presence of the conditions required to have recourse to our principle. What we encounter at the level of international law, however, will all too often be instances of non-performance of treaty obligations accompanied by invocation of our principle, but without availability of recourse to impartial adjudication of the legality of these measures<sup>8</sup>. Absent the leash of judicial control, our principle will thus become prone to abuse; the issue of legality will often

<sup>4</sup> M. Bartos in the course of the discussion of what would become Article 60, at the 692nd meeting of the International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission (YBILC)*, 1963, Vol. I, p. 124, para. 30.

<sup>5</sup> H. Waldock, Second Report on the Law of Treaties, commentary to Article 20, para. 1, *YBILC*, 1963, Vol. II, p. 73.

<sup>6</sup> R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, pp. 801-802, note 133.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 803-804.

<sup>8</sup> For extensive references to State practice, see my 1970 article, *op. cit. supra* note 1.

de 1969, qui sera commenté ci-après), si un traité international a été violé, l'autre partie ou les autres parties à cet instrument sont autorisées à invoquer ladite violation comme motif pour en suspendre l'application en totalité ou en partie; si pareille réaction est autorisée, c'est en raison — et donc en fonction — du caractère synallagmatique des accords internationaux. Pour l'exprimer avec un peu plus d'emphase, «la règle *pacta sunt servanda* est liée à la règle *do ut des*»<sup>4</sup>; «[[l]e bon sens et l'équité s'opposent à ce qu'un Etat puisse être tenu d'exécuter les obligations qui lui incombent aux termes d'un traité alors que l'autre partie contractante refuserait de respecter les siennes»<sup>5</sup>.

12. L'élément synallagmatique fonctionnel, dont il est ainsi confirmé qu'il s'applique également en droit international, trouve ses racines historiques dans le droit des contrats de la plupart des systèmes juridiques. Son origine remonte aux fondements de la tradition de droit civil sous la Rome antique (le *bonae fidei iudicia* romain)<sup>6</sup>, ainsi qu'à la notion de réciprocité des obligations ou engagements mutuels, à la doctrine de la «considération» et au manquement à une condition de l'ancien droit contractuel anglais<sup>7</sup>. Selon ce qui constitue sans doute l'opinion dominante dans la doctrine juridique internationale, le fait que ce principe soit généralement reconnu dans les principaux systèmes de droit civil et de *common law* autorise à le considérer comme un principe général de droit au sens de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour.

13. Se pose alors, bien évidemment, la question de la possibilité de transposer cette notion forgée *in foro domestico* dans l'ordre juridique international, et, plus précisément, celle des modifications qui devront être apportées à ce principe général de sorte qu'il puisse également jouer un rôle constructif sur le plan international. A cet égard, le problème est que, dans les systèmes juridiques nationaux les plus développés, l'élément synallagmatique fonctionnel s'exercera sous le contrôle des juridictions, ce qui signifie, à tout le moins, que pareil contrôle sera toujours possible si une partie affectée par l'application de ce principe estime que les conditions requises pour y recourir n'étaient pas réunies; dans l'ordre juridique international, en revanche, les cas d'inexécution d'obligations conventionnelles s'accompagnant de l'invocation dudit principe mais dans lesquels il ne peut être recouru à une décision judiciaire impartiale quant à la licéité des mesures en cause sont par trop fréquents<sup>8</sup>. Le garde-fou que constitue le

<sup>4</sup> M. Bartos, au cours de la discussion de ce qui allait devenir l'article 60, à la 692<sup>e</sup> séance de la Commission du droit international (CDI), *Annuaire de la CDI*, 1963, vol. I, p. 124, par. 30.

<sup>5</sup> H. Waldock, deuxième rapport sur le droit des traités, commentaire du paragraphe 1 de l'article 20, *Annuaire de la CDI*, 1963, vol. II, p. 73.

<sup>6</sup> R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, p. 801-802, note 133.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 803-804.

<sup>8</sup> Pour des références détaillées à la pratique étatique, voir mon article de 1970, *op. cit. supra* note 1.

remain contested; a State resorting to unilateral abrogation might have been

“determined for quite other reasons [than an alleged breach] to put an end to the treaty and, having alleged the violation primarily to provide a respectable pretext for its action, has not been prepared to enter into a serious discussion of the legal principles governing the denunciation of treaties on the basis of violations by the other party”<sup>9</sup>.

The frequency of precisely these circumstances in the relevant State practice renders state-of-the art recognition of the principle’s consecration as customary international law very difficult — a point not always heeded in doctrine.

14. The traditional, “standard”, treatment of the functional synallagma in the international legal literature has thus consisted in its recognition in principle, supported by its apparent matter-of-course-ness, often with a hint to the existence of a respective general principle, but then frequently accompanied by a warning of the danger of auto-determination of its pre-conditions<sup>10</sup>. The complications brought about by the emergence of multilateral treaties did not unduly bother the bulk of the literature.

15. The recognition of our principle dates back to the classic writers of our discipline. According to Hugo Grotius, for instance, “[i]f one of the parties violates a treaty, such a violation releases the other from its engagements. For every clause has the binding force of a condition.”<sup>11</sup> And in the same sense Emeric de Vattel: “[T]he State which is offended or injured by the failure of the other to carry out the treaty can choose either to force the offender to fulfil its promises or can declare the treaty dissolved because of the violation of its provisions.”<sup>12</sup> Similar statements abound in the literature up to the time of the Vienna Convention, to which I will turn shortly.

16. Among the confirmations of the consequences of synallagmatic treaty provisions in the case of breach in the (pre-Vienna Convention) jurisprudence of international courts and tribunals, the voices of Judges Anzilotti and Hudson in their opinions in the case of *Diversion of Water from the Meuse*, decided by the Permanent Court in 1937, are probably most representative. In that case Belgium had contended that by construc-

<sup>9</sup> H. Waldock, Second Report on the Law of Treaties, commentary to Article 20, *op. cit. supra* note 5.

<sup>10</sup> Extensive references in my 1970 article, *op. cit. supra* note 1.

<sup>11</sup> *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres*, Vol. II, Chap. 15, para. 15 (1625; English translation from B. P. Sinha, *Unilateral Denunciation of Treaty because of Prior Violations of Obligations by other Party Nine* (1966)).

<sup>12</sup> *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Vol. II, Chap. 13, para. 200 (1758; English translation by Fenwick, Carnegie Edition, 1916). For extensive references to the views of early and contemporary writers on our principle, see my 1970 article, *op. cit. supra* note 1.

contrôle judiciaire faisant défaut, ce principe se révélera donc propice aux abus; la question de la licéité demeurera souvent contestée; un Etat ayant recours à une dénonciation unilatérale peut en effet avoir été

«résolu, pour des raisons tout à fait différentes [d'une violation alléguée], à mettre fin au traité et, ayant invoqué la violation surtout pour avoir un prétexte honorable de dénoncer le traité, n'était pas disposé à examiner sérieusement les principes juridiques régissant la dénonciation des traités pour cause de violation par l'autre partie»<sup>9</sup>.

Les circonstances ainsi décrites sont fréquentes dans la pratique étatique pertinente. Aussi est-il fort délicat, en l'état actuel des choses, d'admettre que ledit principe a été consacré en tant que droit international coutumier, ce point n'étant cependant pas toujours pris en compte dans la doctrine.

14. Ainsi la doctrine juridique internationale reconnaît-elle traditionnellement, «classiquement», le principe de l'élément synallagmatique fonctionnel, reconnaissance étayée par le caractère apparemment naturel que celui-ci revêt; il est souvent fait allusion à l'existence d'un principe général correspondant et, non moins fréquemment, mis en garde contre le danger que présente l'autodétermination des conditions préalables à sa mise en œuvre<sup>10</sup>. A cet égard, les complications entraînées par l'émergence des traités multilatéraux n'ont guère perturbé la majorité des auteurs.

15. La reconnaissance du principe en question remonte aux auteurs classiques de la discipline. Ainsi, selon Hugo Grotius, «[s]i une partie a violé le traité, l'autre pourra se retirer de l'alliance, car chacun des articles du traité a la force d'une condition»<sup>11</sup>. Dans le même ordre d'idées, je citerai également Emeric de Vattel: «L'allié offensé, ou lésé dans ce qui fait l'objet du traité, peut ... choisir, ou de contraindre un infidèle à remplir ses engagements, ou de déclarer le traité rompu, par l'atteinte qui y a été donnée.»<sup>12</sup> Jusqu'à l'époque de la convention de Vienne, instrument que j'aborderai incessamment, de fort nombreux auteurs ont exprimé des vues similaires.

16. Parmi les confirmations des conséquences résultant de dispositions synallagmatiques dans le cas de violations conventionnelles que l'on trouve dans la jurisprudence des juridictions internationales (antérieure à la convention de Vienne), les vues exprimées par les juges Anzilotti et Hudson dans leurs opinions en l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse* sont sans doute les plus représentatives. Dans cette affaire, la Belgique soute-

<sup>9</sup> H. Waldock, deuxième rapport sur le droit des traités, commentaire du paragraphe 2 de l'article 20, *op. cit. supra* note 5.

<sup>10</sup> Des références détaillées figurent dans mon article de 1970, *op. cit. supra* note 1.

<sup>11</sup> *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres*, livre II, chap. 15, par. 15 (1625; traduction française, Léviathan, PUF, 1999).

<sup>12</sup> *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, vol. II, chap. 13, par. 200 (1758; publié dans *Classics of International Law*, Carnegie Institution of Washington, 1916). Pour des références plus détaillées aux vues des auteurs — classiques et contemporains — sur ce point, voir mon article de 1970, *op. cit. supra* note 1.

ting certain works contrary to a nineteenth-century treaty, the Netherlands had forfeited the right to invoke the treaty, and requested the Court to declare that it was entitled to reserve the rights accruing to it from the breaches of the treaty. The Court found that the Netherlands had not breached the treaty and therefore did not pronounce upon Belgium's contention. Judge Anzilotti took a different view, however, and emphasized in his dissenting opinion that he was

“convinced that the principle underlying this submission (*inadimplenti non est adimplendum*) is so just, so equitable, so universally recognized, that it must be applied in international relations also. In any case, it is one of these ‘general principles of law recognized by civilized nations’ which the Court applies in virtue of Article 38 of its Statute.”<sup>13</sup>

In the same vein, Judge Hudson, in his individual opinion in the case, expressed the view

“that where two parties have assumed an identical or a reciprocal obligation, one party which is engaged in a continuing non-performance of that obligation should not be permitted to take advantage of a similar non-performance of that obligation by the other party”.<sup>14</sup>

17. Like any decent principle, ours, too, got a Latin name, respectively a Latin circumscription — in fact not just one, but several: *frangenti fidem non est fides servanda*, *inadimplenti non est adimplendum*, *exceptio non(rite) adimpleti contractus*<sup>15</sup>. Returning to plain English, what is relevant here is that in the overwhelming part of the literature, no distinction was ever, or is currently, made between the maxim *inadimplenti non est adimplendum* and its expression in the form of an *exceptio*; both Latin terms pronounce the same principle — *inadimplenti* in its entirety, the *exceptio* viewed from the position of a State which, upon another contracting party's demand for performance of a treaty obligation, responds in the good old Roman law way by connecting its own non-performance with a breach on the part of the other. This is important in the light of my following point: the “reach” of the codification of our principle in Article 60 of the Vienna Convention.

18. In the work of the International Law Commission on the law of treaties, the provision dealing with breach, Article 60, is essentially based on a proposal made by Special Rapporteur H. Waldock in 1963, that is,

<sup>13</sup> *Diversion of Water from the Meuse, Judgment, 1937, P.C.I.J., Series A/B, No. 70*, p. 50 (dissenting opinion Judge Anzilotti).

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 77 (individual opinion Judge Hudson).

<sup>15</sup> It remained for the editors of the *Yearbook of the International Law Commission* to combine the two terms by speaking of a maxim *exceptio inadimplenti non est adimplendum*, and ascribing this strange creation to me: *YBILC*, 1999, Vol. I, p. 165, para. 41.

nait que, par la construction de certains ouvrages en violation d'un traité du XIX<sup>e</sup> siècle, les Pays-Bas avaient renoncé à leur droit d'invoquer cet instrument, et elle priait la Cour de dire qu'elle était fondée à réserver ses droits découlant desdites violations. Ayant conclu que les Pays-Bas n'avaient pas violé le traité en question, la Cour ne s'est pas prononcée sur l'assertion de la Belgique. Le juge Anzilotti a toutefois exprimé un avis différent, et souligné dans son opinion dissidente qu'il n'avait

«vraiment aucun doute que le principe qui [était] à la base de cette conclusion (*inadimplenti non est adimplendum*) soit si juste, si équitable, si universellement reconnu qu'il doit être appliqué aussi dans les rapports internationaux. Il s'agit, en tout cas, d'un de ces «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» que la Cour applique en vertu de l'article 38 de son Statut.»<sup>13</sup>

De même, le juge Hudson a, dans son opinion individuelle en cette affaire, estimé

«que, quand deux parties ont assumé une obligation identique ou réciproque, une partie qui, de manière continue, n'exécute pas cette obligation, ne devrait pas être autorisée à tirer avantage d'une non-observation analogue de cette obligation par l'autre partie»<sup>14</sup>.

17. Comme tout principe qui se respecte, celui qui fait l'objet du présent examen a, lui aussi, un nom latin. Plus précisément, ses contours sont définis par une locution latine; pas seulement une, à vrai dire, mais plusieurs: *frangenti fidem non est fides servanda*, *inadimplenti non est adimplendum*, *exceptio non(rite) adimpleti contractus*<sup>15</sup>. Pour en revenir à une langue ordinaire, ce qu'il importe de relever, c'est que la très grande majorité des auteurs n'ont fait — et ne font toujours — aucune distinction entre la maxime *inadimplenti non est adimplendum* et son expression sous la forme d'une *exceptio*. Ces deux termes latins énoncent le même principe: l'*inadimplenti* l'exprime dans son intégralité, l'*exceptio* étant, quant à elle, considérée du point de vue d'un Etat qui, exhorté par une autre partie contractante à exécuter une obligation conventionnelle, répond à la bonne vieille manière du droit romain en établissant un lien entre sa propre inexécution et une violation commise par cet autre Etat. Ce point est important au regard de mon observation suivante, à savoir la «portée» de la codification du principe en question à l'article 60 de la convention de Vienne.

18. La disposition qui, dans les travaux de la Commission du droit international sur le droit des traités, porte sur les violations conventionnelles — à savoir l'article 60 — repose, pour l'essentiel, sur une proposition for-

<sup>13</sup> *Prises d'eau à la Meuse, arrêt, 1937, C.P.J.I. série A/B n° 70*, p. 50 (opinion dissidente de M. le juge Anzilotti).

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 77 (opinion individuelle de M. le juge Hudson).

<sup>15</sup> Restait aux rédacteurs de l'*Annuaire de la CDI* à combiner ces deux dernières expressions pour former la maxime *exceptio inadimplenti non est adimplendum*, et à m'attribuer cette curieuse création: *Annuaire de la CDI*, 1999, vol. I, p. 165, par. 41.



at a relatively late stage in the legislative history of the Vienna Convention<sup>16</sup>. It developed into a complex Article which, according to the general view, copes quite successfully with the challenge of retaining legal certainty in the face of the many complications in the operation of our principle, in particular of its application to different types of multilateral treaties<sup>17</sup>.

19. What is decisive in the present context, however, is that Article 60 of the Vienna Convention is meant to regulate the legal consequences of treaty breach in an exhaustive way. The exhaustive, conclusive nature of our provision is confirmed by the Convention's Article 42, paragraph 2, which reads as follows:

“2. The termination of a treaty, its denunciation or the withdrawal of a party, may take place only as a result of the application of the provisions of the treaty or of the present Convention. The same rule applies to suspension of the operation of a treaty.”

20. Thus, *extra conventionem nulla salus*; on this point, the Applicant got it quite right (cf. paragraph 5 above). But, as a matter of course, Article 42

<sup>16</sup> For details see my 1970 article, *op. cit. supra* note 1.

<sup>17</sup> Article 60 reads as follows:

“*Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach*

1. A material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part.
2. A material breach of a multilateral treaty by one of the parties entitles:
  - (a) the other parties by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty in whole or in part or to terminate it either:
    - (i) in the relations between themselves and the defaulting State; or
    - (ii) as between all the parties;
  - (b) a party specially affected by the breach to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part in the relations between itself and the defaulting State;
  - (c) any party other than the defaulting State to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty.
3. A material breach of a treaty, for the purposes of this article, consists in:
  - (a) a repudiation of the treaty not sanctioned by the present Convention; or
  - (b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty.
4. The foregoing paragraphs are without prejudice to any provision in the treaty applicable in the event of a breach.
5. Paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties.”

mulée par le rapporteur spécial H. Waldock en 1963, c'est-à-dire à un stade relativement avancé de la genèse de la convention de Vienne<sup>16</sup>. Cette proposition a débouché sur un article complexe qui, de l'avis général, parvient assez bien à préserver la sécurité juridique face aux nombreuses complications qu'induit la mise en œuvre du principe à l'examen, en particulier, son application à différents types de traités multilatéraux<sup>17</sup>.

19. L'élément déterminant aux fins présentes est cependant que l'article 60 de la convention de Vienne est censé régir de manière exhaustive les conséquences juridiques des violations conventionnelles. Le caractère exhaustif et absolu de cette disposition est confirmé au paragraphe 2 de l'article 42 de la convention, qui se lit comme suit :

«2. L'extinction d'un traité, sa dénonciation ou le retrait d'une partie ne peuvent avoir lieu qu'en application des dispositions du traité ou de la présente Convention. La même règle vaut pour la suspension de l'application d'un traité.»

20. Dès lors, *extra conventionem nulla salus*; sur ce point, le demandeur avait parfaitement raison (voir paragraphe 5 ci-dessus). Ce nonobstant, il

<sup>16</sup> Pour plus de détails, voir mon article de 1970, *op. cit. supra* note 1.

<sup>17</sup> L'article 60 se lit comme suit :

«*Extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation*

1. Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie.
2. 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'Etat auteur de la violation ;
    - ii) soit entre toutes les parties ;
  - b) une partie spécialement atteinte par la violation à invoquer celle-ci comme motif de suspension de l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et l'Etat auteur de la violation ;
  - c) toute partie autre que l'Etat 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.
3. Aux fins du présent article, une violation substantielle d'un traité est constituée par :
  - 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.
4. Les paragraphes qui précèdent ne portent atteinte à aucune disposition du traité applicable en cas de violation.
5. Les paragraphes 1 à 3 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.»

can only reach as far as the Vienna Convention as a whole is intended to reach. This leads us to the Convention's Article 73, according to which its provisions shall not prejudice any question that may arise in regard to a treaty from, *inter alia*, the international responsibility of a State. In the language of the ILC, by now generally accepted and adopted in the literature, the Vienna Convention is designed to provide an exhaustive restatement of the "primary rules" on treaty breach but does not touch upon matters of State responsibility, regulated by "secondary rules" as codified and progressively developed in the ILC's 2001 Articles. In other words, Article 60 has nothing to do with State responsibility, and State responsibility has nothing to do with the maxim *inadimplenti non est adimplendum* or the *exceptio non adimpleti contractus*. The functional synallagma attached to treaties embodying reciprocal obligations finds its (not necessarily Latin) expression entirely in the primary rules of the law of treaties. On the other hand, it is in the law on State responsibility where countermeasures have found their place, and it is justified, indeed necessary, therefore to deal with them separately — as the Parties to our case have done and as our Judgment does —, even though countermeasures resorted to as a consequence of the breach of a treaty may also lead to suspension of provisions of that same treaty, that is, they may "look alike" for practical purposes while being subjected to a different legal régime — a matter to which I have devoted particular attention in my scholarly contributions<sup>18</sup>.

21. Returning to the primary rules on the consequences of a breach of treaty embodied in Article 60, let me emphasize once again that this provision constitutes an exhaustive treatment of the matter. Thus, there is no place left besides it, so to speak, for the *exception* — Article 60 and the régime provided by the Vienna Convention to complete its operation embodies it.

22. I do not want to conceal that in my first publication on the legal régime of treaty breach, I took the view that it would have been advisable for the ILC to leave a — modest — place for the *exceptio* on the side of Article 60, in the sense that an extra-conventional *exceptio* would remain applicable (only) to non-material or immaterial breaches, with Article 60 comprehensively covering the suspension of performance of treaty obligations as a consequence of "material" breaches as defined in that Article. I thus pleaded for some limited room in general international law left for qualitatively proportional responses by a State in the sense that they may be applied in the form of suspension of the reacting State's own performance if, when and as long as that obligation's counterpart duty is violated. This kind of suspension, while constituting a protective measure or remedy with its *sedes materiae* also in the law of treaties, i.e., in the realm

<sup>18</sup> Cf. the writings referred to *supra* in note 1.

est bien évident que la portée de l'article 42 ne saurait dépasser celle que la convention de Vienne en tant que telle est censée avoir. Cela nous amène à l'article 73 de cet instrument, aux termes duquel les dispositions de celui-ci ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité du fait, notamment, de la responsabilité internationale d'un Etat. Pour reprendre les termes de la CDI, qui sont désormais généralement acceptés et adoptés par la doctrine, la convention de Vienne vise à réaffirmer l'ensemble des « règles primaires » relatives aux violations conventionnelles, mais n'aborde pas les questions ayant trait à la responsabilité de l'Etat, qui sont régies par les « règles secondaires » telles que codifiées et progressivement développées dans les articles de la CDI de 2001. Autrement dit, l'article 60 n'a rien à voir avec la responsabilité de l'Etat, laquelle n'a rien à voir avec la maxime *inadimplenti non est adimplendum* ou avec l'*exceptio non adimpleti contractus*. L'élément synallagmatique fonctionnel associé aux traités qui énoncent des obligations réciproques trouve entièrement son expression (et pas nécessairement en latin) dans les règles primaires du droit des traités. En revanche, c'est dans le droit de la responsabilité de l'Etat que les contre-mesures s'inscrivent ; il est dès lors justifié, et même nécessaire, de les traiter séparément — ainsi que cela a été fait par les Parties à la présente espèce comme dans l'arrêt —, et ce, même si des contre-mesures prises par suite d'une violation conventionnelle peuvent elles aussi conduire à la suspension de certaines dispositions de ce même instrument, ce qui signifie que, dans la pratique, elles « ressemblent » à des mesures prises en vertu de l'article 60, tout en étant soumises à un régime juridique différent. Il s'agit là d'une question que j'ai examinée de manière particulièrement approfondie dans mes travaux de recherche<sup>18</sup>.

21. Pour en revenir aux règles primaires régissant les conséquences d'une violation conventionnelle telles que consacrées à l'article 60, je soulignerai une fois encore que cette disposition traite la question de manière exhaustive. Cela ne laisse donc, pour ainsi dire, plus aucune place à l'*exceptio* en tant que telle ; l'article 60 et le régime énoncé dans la convention de Vienne qui en complète l'application la renferment.

22. Je ne cacherai pas que, dans mon premier article consacré au régime juridique des violations conventionnelles, j'ai estimé qu'il aurait été souhaitable que la CDI ménageât, au côté de l'article 60, une place — modeste — à l'*exceptio*, au sens où une *exceptio* extraconventionnelle demeurerait applicable aux (seules) violations non substantielles ou sans grande importance, l'article 60 régissant dans son intégralité la suspension de l'exécution d'obligations conventionnelles par suite de violations « substantielles » telles que définies dans cet article. J'ai ainsi défendu la position selon laquelle une place limitée devait être réservée en droit international général à des réponses qualitativement proportionnelles d'un Etat, qui prendraient la forme d'une suspension, par celui-ci, de l'exécution de sa propre obligation si la contrepartie de cette obligation est violée, au moment où elle l'est et aussi longtemps qu'elle le demeure. Une suspension de ce type, quoique

<sup>18</sup> Voir les articles auxquels il est fait référence plus haut, dans la note 1.

of primary rules, would not be covered by Article 60 because Article 60 *de minimis non curat*<sup>19</sup>. As I mentioned in my description of the arguments of the Parties to our case (cf. *supra* paragraph 9), Greece put forward this view, but in effect did not profit from it because it regarded the treaty breaches allegedly committed by the FYROM as “material”. As I regard the matter now, I am not convinced that the solution I considered desirable 40 years ago would be constructive and I do not maintain it. I doubt that it would make sense to let reactions to lesser, immaterial breaches off the leash set up by Article 60, particularly its procedural conditions. Rather, I now join the ranks of those who regard Article 60 as truly exhaustive, that is, totally eclipsing the earlier non-written law on the functional synallagma operating behind treaties. But of course a look across the fence into the realm of State responsibility would still show that the impression of a general *de minimis non curat lex* possibly created by the Vienna Convention’s lack of consideration of breaches not fulfilling the conditions laid down in Article 60 is misleading because if a breach not “material” enough to trigger the responses codified in that Article were nevertheless to constitute an internationally wrongful act under the law of State responsibility, it would still entitle another affected contracting party, as an injured State, to resort to countermeasures, within the limits of proportionality.

23. Article 60 of the Vienna Convention has received the imprimatur by our Court at two earlier occasions, in both instances in ways which confirm that the provision is to be understood as an exhaustive treatment of the consequences of treaty breach under the primary rules of the law of treaties.

<sup>19</sup> Cf. my 1970 article, *op. cit. supra* note 1, pp. 59-60. I was not alone with this concern; it was shared 13 years later by the ILC’s Special Rapporteur, W. Riphagen; cf. his fourth report on the content, forms and degrees of international responsibility, *YBILC*, 1983, Vol. II (Part One), p. 18, para. 98:

“Since Article 60 of the Vienna Convention applies only to material breaches, it would be necessary to cover other cases of reciprocity of the performance of treaty obligations. Indeed, if it appears from the treaty or is otherwise established that the performance of an obligation by a State party is the counterpart (*quid pro quo*) of the performance of the same or another obligation by another State party, the non-performance by the first mentioned State need not be a material breach in order to justify non-performance by the other State.”

On Professor Riphagen’s subsequent proposal of “reciprocal countermeasures”, see *infra* note 28.

constituant une mesure de protection ou un remède trouvant également son *sedes materiae* dans le droit des traités — ce qui signifie qu'elle relève de règles primaires —, n'entrerait pas dans les prévisions de l'article 60 puisque celui-ci *de minimis non curat*<sup>19</sup>. Ainsi que je l'ai mentionné dans mon exposé de l'argumentation des Parties à la présente espèce (voir paragraphe 9 ci-dessus), la Grèce a avancé cette idée sans toutefois en tirer concrètement profit puisqu'elle considérait que les violations conventionnelles commises, selon elle, par l'ERYM étaient «substantielles». Selon la perception de la question qui est aujourd'hui la mienne, je ne suis toutefois pas persuadé que cette solution que je jugeais souhaitable il y a quarante ans serait constructive, et je ne la maintiendrai pas. Je doute en effet que cela aurait un sens de permettre que des réactions à des violations moins graves, sans grande importance, échappent aux prévisions de l'article 60 et, en particulier, aux conditions procédurales qui y sont énoncées. Je me range donc à l'avis de ceux qui estiment que cette disposition est réellement exhaustive, c'est-à-dire qu'elle l'emporte totalement sur le droit antérieur, non écrit, qui autorisait le libre jeu de l'élément synallagmatique fonctionnel sous-jacent aux traités. A l'évidence, une brève incursion dans le domaine de la responsabilité de l'Etat suffirait toutefois à dissiper l'impression — qui peut être suscitée par le fait que les violations ne satisfaisant pas aux conditions énoncées à l'article 60 de la convention de Vienne ne sont pas traitées dans cet instrument — qu'il existe une *de minimis non curat lex* générale. En effet, si une violation qui ne serait pas assez «substantielle» pour entraîner les réponses codifiées dans cet article constituait néanmoins un acte internationalement illicite au regard du droit de la responsabilité de l'Etat, elle autoriserait tout de même une autre partie contractante qui en serait affectée à recourir, en tant qu'Etat lésé, à des contre-mesures, à condition que soit respectée la règle de la proportionnalité.

23. La Cour a donné son imprimatur à l'article 60 de la convention de Vienne en deux occasions, chaque fois d'une manière confirmant que cette disposition doit être entendue comme traitant de manière exhaustive les conséquences des violations conventionnelles au regard des règles primaires du droit des traités.

<sup>19</sup> Voir mon article de 1970, *op. cit. supra* note 1, p. 59-60. Je n'ai pas été le seul à exprimer cette préoccupation, puisqu'elle a été partagée treize ans plus tard par le rapporteur spécial de la CDI, W. Riphagen; voir son quatrième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale, *Annuaire de la CDI*, 1983, vol. II (première partie), p. 19, par. 98:

«Etant donné que l'article 60 de la convention de Vienne ne s'applique qu'aux violations substantielles, il faudrait prévoir d'autres cas de réciprocité de l'exécution des obligations conventionnelles. En effet, s'il ressort du traité ou s'il est établi autrement que l'exécution d'une obligation par un Etat partie est le pendant (*quid pro quo*) de l'exécution de la même obligation ou d'une autre par un autre Etat partie, il n'est pas nécessaire que la non-exécution par le premier Etat constitue une violation substantielle pour justifier la non-exécution par l'autre Etat.»

En ce qui concerne la proposition de «contre-mesures réciproques» que M. Riphagen a formulée par la suite, voir ci-après, note 28.

24. The first instance was the 1971 Advisory Opinion on *Namibia* in which the Court, among many other issues, dealt with the declaration by the United Nations General Assembly in its resolution 2145 (XXI) of 1966 to the effect that South Africa's mandate over South West Africa/Namibia was to be regarded as terminated due to material breach by the former mandatory<sup>20</sup>. The Court set out by referring rather broadly to the "fundamental principl[e] . . . that a party which disowns or does not fulfil its own obligations cannot be recognized as retaining the rights which it claims to derive from the relationship"<sup>21</sup>, as well as to its own earlier jurisprudence according to which the mandate constituted an international treaty<sup>22</sup>. It then stated that Article 60 of the Vienna Convention (at the time of the rendering of the Opinion still nine years away from its entry into force) "may in many respects be considered as a codification of existing customary law on the subject"<sup>23</sup>. Subsequently, the Court applied the law thus presented to the facts of the case and found that the action of the General Assembly had been justified and had reached the desired effect.

25. The second occasion on which the Court applied Article 60 was in its 1997 Judgment in the case of the *Gabčíkovo-Nagymaros Project* between Hungary and Slovakia, in which one of Hungary's arguments was to the effect that it was entitled to terminate the 1977 Treaty on the hydro-electric project on the ground that Czechoslovakia had committed a number of breaches of that treaty<sup>24</sup>. The Court took the view that only material breaches gave an affected State a right to terminate an agreement while

"[t]he violation of other treaty rules or of rules of general international law may justify the taking of certain measures, including countermeasures, by the injured State, but it does not constitute a ground for termination under the law of treaties"<sup>25</sup>.

Following this statement on the relationship between Article 60 and the law of State responsibility, the Court investigated the breaches alleged by the claimant, in particular Czechoslovakia's Ersatz construction of "Variant C", and arrived at the conclusion that the conditions for the invocation of Article 60-type termination were not fulfilled<sup>26</sup>.

26. In the light of the foregoing, the pre-Vienna Convention *exceptio* is to be declared dead. But I do not want to conclude my opinion without

<sup>20</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pp. 46-50, paras. 91-104.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 46, para. 91.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 46-47, para. 94.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, pp. 65-67, paras. 105-110.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 65, para. 106.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pp. 66-67, paras. 108-110.

24. Tel a tout d'abord été le cas dans l'avis consultatif sur la *Namibie* de 1971, dans lequel la Cour a notamment examiné la déclaration faite par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2145 (XXI) de 1966, selon laquelle le mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain/la Namibie devait être considéré comme terminé en raison d'une violation substantielle commise par l'ancien mandataire<sup>20</sup>. La Cour a débuté son examen par une référence assez générale à «[l]un des principes fondamentaux ... qu'une partie qui renie ou ne remplit pas ses propres obligations ne saurait être considérée comme conservant les droits qu'elle prétend tirer de ce rapport»<sup>21</sup>, ainsi qu'à sa propre jurisprudence suivant laquelle le mandat constituait un traité international<sup>22</sup>. Elle a ensuite précisé que l'article 60 de la convention de Vienne (qui n'allait entrer en vigueur que neuf ans après le prononcé de cet avis) «p[ouvait], à bien des égards, être considéré comme une codification du droit coutumier existant dans ce domaine»<sup>23</sup>. La Cour a alors appliqué le droit ainsi exposé aux faits de l'espèce et estimé que l'action de l'Assemblée générale avait été justifiée et avait eu l'effet souhaité.

25. La Cour a appliqué l'article 60 pour la deuxième fois dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1997 en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* entre la Hongrie et la Slovaquie, dans laquelle la Hongrie soutenait notamment qu'elle était fondée à mettre fin au traité de 1977 relatif au projet hydroélectrique, au motif que la Tchécoslovaquie avait commis un certain nombre de violations de cet instrument<sup>24</sup>. La Cour a considéré que seules des violations substantielles donnaient le droit à un Etat lésé de mettre fin à un accord, alors que

«[l]a violation d'autres règles conventionnelles ou d'autres règles du droit international général p[ouvait] justifier l'adoption par l'Etat lésé de certaines mesures, y compris des contre-mesures, mais ... ne saurait justifier qu'il soit mis fin au traité sur la base du droit des traités»<sup>25</sup>.

A la suite de ce prononcé sur le rapport entre l'article 60 et le droit de la responsabilité de l'Etat, la Cour a examiné les violations invoquées par le demandeur, et, plus particulièrement, la construction de remplacement, par la Tchécoslovaquie, de la «variante C»; elle est parvenue à la conclusion qu'il n'avait pas été satisfait aux conditions qui auraient permis à la Hongrie de se prévaloir d'une terminaison au sens de l'article 60<sup>26</sup>.

26. Au vu de ce qui précède, l'*exceptio* pré-convention de Vienne doit être considérée comme enterrée. Je ne conclurai cependant pas la présente opinion

<sup>20</sup> *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 46-50, par. 91-104.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 46, par. 91.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 46-47, par. 94.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 65-67, par. 105-110.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 65, par. 106.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 66-67, par. 108-110.



mentioning a recent attempt to resuscitate it, in another legal incarnation, as it were. In the context of the ILC's work on State responsibility and in the course of the second reading of the Commission's draft articles on the subject, Special Rapporteur James Crawford, when dealing with the so-called "Circumstances precluding wrongfulness", proposed a provision, draft article 30*bis*, which had no predecessor in the first-reading text. The proposal read as follows:

*"Article 30bis. Non-compliance caused by prior non-compliance by another State*

The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the State has been prevented from acting in conformity with the obligation as a direct result of a prior breach of the same or a related international obligation by another State."<sup>27</sup>

27. Professor Crawford expressly wanted draft article 30*bis* to restate the *exceptio*, recognition of which he thought to find in the PCIJ's *Factory at Chorzów (Jurisdiction)* Judgment as well as in later decisions. In order to provide a further foundation for his proposal, the Special Rapporteur referred to the ILC's prior codification efforts both relating to the law of treaties and on State responsibility; in the context of the latter to proposals made by Special Rapporteur W. Riphagen introducing so-called "reciprocal countermeasures"<sup>28</sup>.

Professor Crawford pleaded for recognition of the *exceptio* as a distinct circumstance precluding wrongfulness because in his view, it was not enough to deal with it under the law relating to the suspension of treaties because that law required a material breach, which was narrowly defined<sup>29</sup>. What we thus see is that the Special Rapporteur wanted to fill what he considered to be a gap in the primary rules of the law of treaties

<sup>27</sup> For a comprehensive analysis of this article by the Special Rapporteur, see his Second report on State responsibility, *YBILC*, 1999, Vol. II (Part One), paras. 316-329.

<sup>28</sup> *YBILC*, 1999, Vol. II (Part Two), pp. 78-79. Professor Riphagen's concept of "reciprocal countermeasures" is to be found in his fifth report on the content, forms and degrees of international responsibility (Part Two of the draft articles), *YBILC*, 1984, Vol. II (Part One), p. 3. In draft Article 8, Riphagen proposed to express this concept as follows:

"Subject to . . . [certain other provisions governing countermeasures], the injured State is entitled, by way of reciprocity, to suspend the performance of its obligations towards the State which has committed an internationally wrongful act, if such obligations correspond to, or are directly connected with, the obligation breached." (*Ibid.*)

This proposal was not discussed by the Commission until 1992, when it was rejected; see, *YBILC*, 1992, Vol. II (Part Two), p. 23, para. 151. For a critique, see B. Simma, "Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der *International Law Commission*", 24 *Archiv des Völkerrechts*, pp. 393-395 (1986).

<sup>29</sup> *YBILC*, 1999, Vol. II (Part Two), p. 79.

sans faire mention d'une récente tentative de l'exhumer, si je puis dire sous une autre incarnation juridique. Dans le cadre des travaux de la CDI sur la responsabilité de l'Etat et au cours de la seconde lecture des projets d'articles de la Commission en la matière, le rapporteur spécial, James Crawford, a, au moment de l'examen des «circonstances excluant l'illicéité», proposé une disposition, le projet d'article 30 *bis*, qui n'avait pas de précédent dans le texte de la première lecture. Cette proposition se lisait comme suit :

« Article 30 bis. — *Inobservation causée par l'inobservation préalable d'un autre Etat.*

L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si l'incapacité de se conformer à son obligation, dans laquelle celui-ci s'est trouvé, résulte directement d'une violation préalable par un autre Etat de la même obligation internationale ou d'une obligation connexe.»<sup>27</sup>

27. M. Crawford concevait expressément l'article 30 *bis* comme une reformulation de l'*exceptio*, qu'il pensait pouvoir fonder sur l'arrêt rendu par la CPJI en l'affaire de l'*Usine de Chorzów (compétence)* ainsi que sur des décisions ultérieures. Afin d'étayer davantage sa proposition, le rapporteur spécial s'est référé aux travaux de codification antérieurs effectués par la CDI en matière de droit des traités et de responsabilité des Etats et, s'agissant de ce dernier domaine, à des propositions formulées par le rapporteur spécial, W. Riphagen, tendant à introduire la notion de «contre-mesures réciproques»<sup>28</sup>.

M. Crawford était partisan de reconnaître l'*exceptio* en tant que circonstance distincte excluant l'illicéité; selon lui, il ne suffisait en effet pas de la considérer au regard du droit relatif à la suspension des traités, étant donné que celui-ci posait comme condition la commission d'une violation substantielle, dont la définition était restrictive<sup>29</sup>. Il apparaît donc que le rapporteur spécial souhaitait combler ce qu'il considérait comme un vide

<sup>27</sup> Pour une analyse approfondie de cet article par le rapporteur spécial, voir son deuxième rapport sur la responsabilité de l'Etat, *Annuaire de la CDI*, 1999, vol. II, première partie, par. 316-329.

<sup>28</sup> *Annuaire de la CDI*, 1999, vol. II (deuxième partie), p. 78-79. La notion de «contre-mesures réciproques» a été présentée par M. Riphagen dans son cinquième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie des projets d'articles), *Annuaire de la CDI*, 1984, vol. II (première partie), p. 3. M. Riphagen a, dans le projet d'article 8, proposé d'énoncer cette notion comme suit :

« Sous réserve de [certaines autres dispositions régissant les contre-mesures], l'Etat lésé peut, par mesure de réciprocité, suspendre l'exécution de ses obligations à l'égard de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite, si lesdites obligations correspondent ou sont directement liées à l'obligation qui a été violée. » (*Ibid.*)

Cette proposition ne fut examinée par la Commission qu'en 1992, et elle fut écartée; voir *Annuaire de la CDI*, 1992, vol. II (deuxième partie), p. 23, par. 151. Pour une critique de cette proposition, voir B. Simma, «Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der International Law Commission», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 24, p. 393-395 (1986).

<sup>29</sup> *Annuaire de la CDI*, 1999, vol. II (deuxième partie), p. 79.

(Art. 60) by a secondary rule belonging to the realm of State responsibility.

28. Draft article 30*bis* got a mixed reception in the Commission, to put it mildly<sup>30</sup>. As was to be expected, criticism focused on the relationship between the State-responsibility re-appearance of the *exceptio* now proposed and its expression in the Vienna Convention on the Law of Treaties; the point was made that the proposed article brought together several concepts that were only partially interrelated<sup>31</sup>. Overall, the debate was quite confused; for instance, while according to one suggestion, the content of article 30*bis* really belonged to the concept of *force majeure* — an idea which not only the Special Rapporteur found rather odd —, another member regarded the provision as “reflecting a special department of impossibility”; again others were reminded of the “clean hands” principle<sup>32</sup> and so forth. In light of this, the Commission did well in finally scrapping this doctrinal cross-breed. In its final report upon adoption of the 2001 Articles on State responsibility, it waved goodbye to the proposal made in draft article 30*bis* by confirming once again that “the exception of non-performance (*exceptio inadimpleti contractus*) is best seen as a specific feature of certain mutual or synallagmatic obligations and not a circumstance precluding wrongfulness”<sup>33</sup>.

29. Let me summarize: in the present case, the Court would have had the opportunity to clarify a number of legal issues arising from the Respondent’s “defences” against the Applicant’s accusation of treaty breach, in particular, by giving an authoritative answer to the question whether Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties still leaves some place for the so-called *exceptio non adimpleti contractus*. For some reason, the Court avoided touching upon these issues. In my view, the correct answer would have to be negative: on the plane of international law’s primary rules, Article 60 regulates the legal consequences of treaty breach in an exhaustive way; thus no version of the *exceptio* has survived the codification of the law of treaties — may it rest in peace.

(Signed) Bruno SIMMA.

<sup>30</sup> Cf. *YBILC*, 1999, Vol. I, pp. 165-171, and the summary of the discussion; *ibid.*, 1999, Vol. II (Part Two), p. 79.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Cf. *ibid.*

<sup>33</sup> Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its Fifty-Third Session, *YBILC*, 2001, Vol. II (Part Two), p. 72, para. 9.

dans les règles primaires du droit des traités (art. 60), au moyen d'une règle secondaire relevant de la responsabilité des Etats.

28. Le projet d'article 30 *bis* a reçu un accueil mitigé, pour ne pas dire plus, de la part de la Commission<sup>30</sup>. Comme on pouvait s'y attendre, les critiques ont essentiellement porté sur le rapport entre la réapparition de l'*exceptio* par le biais de la responsabilité de l'Etat ainsi proposée et l'expression de cette notion dans la convention de Vienne sur le droit des traités. Il a été objecté que l'article présenté réunissait plusieurs notions qui n'étaient que partiellement interdépendantes<sup>31</sup>. D'une manière générale, les discussions ont été assez confuses. A titre d'exemple, alors qu'une des vues exprimées était que, par son contenu, l'article 30 *bis* se rattachait en réalité à la notion de force majeure — idée que le rapporteur spécial n'a pas été le seul à juger pour le moins étrange —, un autre membre de la Commission a estimé que cette disposition constituait une «forme distincte d'impossibilité»; à d'autres encore, ladite disposition rappelait la doctrine dite des «mains propres»<sup>32</sup>, etc. Dès lors, la Commission a été bien avisée de mettre finalement ce croisement doctrinal au rebut. Dans son rapport final, après l'adoption, en 2001, du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, elle a définitivement remis la proposition formulée dans le projet d'article 30 *bis*, confirmant une fois encore que «l'exception d'inexécution (*exceptio inadimpleti contractus*) [était] surtout perçue comme une caractéristique particulière de certaines obligations réciproques ou synallagmatiques et non comme une circonstance excluant l'illicéité»<sup>33</sup>.

29. Je résumerai ainsi mon propos: la présente espèce était, pour la Cour, l'occasion de clarifier un certain nombre de questions juridiques liées aux «moyens de défense» présentés par le défendeur contre l'accusation du demandeur selon laquelle il aurait commis une violation conventionnelle; c'était, en particulier, l'occasion de fournir une réponse faisant autorité à la question de savoir si l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités laisse encore une place, quelle qu'elle soit, à l'*exceptio non adimpleti contractus*. Pour une raison quelconque, la Cour s'est abstenue de se pencher sur ces questions. Selon moi, il aurait fallu répondre par la négative: sur le plan des règles primaires du droit international, l'article 60 régit de manière exhaustive les conséquences juridiques des violations conventionnelles; l'*exceptio* n'a donc survécu sous aucune forme à la codification du droit des traités. Qu'elle repose en paix.

(Signé) Bruno SIMMA.

<sup>30</sup> Voir *Annuaire de la CDI*, 1999, vol. I, p. 145-153, ainsi que le résumé de la discussion; *ibid.*, 1999, vol. II (deuxième partie), p. 79.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Voir *ibid.*

<sup>33</sup> Rapport de la Commission sur les travaux de sa 53<sup>e</sup> session, *Annuaire de la CDI*, 2001, vol. II (deuxième partie), p. 72, par. 9.