PROJET D'ARTICLES SUR LA RESPONSABILITE DE L'ÉTAT POUR FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS

2001

Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session. Le rapport, qui contient également des commentaires sur le projet d'articles, sera reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international, 2001*, vol. II(2) avec une correction.

Copyright © Nations Unies
2005

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE

1) Les présents articles ont pour objet d'énoncer par codification et développement progressif les règles fondamentales du droit international relatives à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en s'attachant essentiellement aux règles secondaires de cette responsabilité, c'est-à-dire aux conditions générales que pose le droit international pour que l'État soit considéré comme responsable d'actions ou omissions illicites, et aux conséquences juridiques qui en découlent. Ils ne cherchent pas à définir le contenu des obligations internationales dont la violation engage la responsabilité: c'est là le rôle des règles primaires, que l'on ne pourrait codifier qu'en paraphrasant la plus grande partie du droit international positif, coutumier et conventionnel.

2) Roberto Ago, à qui revint la tâche de définir la structure et les orientations de base du projet, considérait que ces articles devaient préciser…

> «les principes qui régissent la responsabilité des États pour faits illicites internationaux, en maintenant une distinction rigoureuse entre cette tâche et celle qui consiste à définir les règles mettant à la charge des États les obligations dont la violation peut être cause de responsabilité… [D]éfinir une règle et le contenu de l'obligation qu'elle impose est une chose et établir si cette obligation a été violée et quelles doivent être les suites de cette violation en est une autre[33].»

3) Dans l'hypothèse où il existe une règle primaire imposant une obligation à un État selon le droit international et où se pose la question de savoir si l'État a respecté cette obligation, plusieurs autres questions de caractère général doivent encore être abordées, notamment les suivantes:

a) Le rôle que joue le droit international, indépendamment du droit interne de l'État considéré, dans la qualification du comportement comme illicite;

b) Les circonstances dans lesquelles un comportement est attribuable à l'État en tant que sujet de droit international;

---

[33] *Annuaire ... 1970*, vol. II, p. 327, par. 66 *c*.

c) La détermination du moment et de la durée de la violation par un État d'une obligation internationale;

d) Les circonstances dans lesquelles un État peut être responsable du comportement d'un autre État, incompatible avec une obligation internationale de celui-ci;

e) Les circonstances dans lesquelles l'illicéité du comportement en droit international peut être exclue;

f) Le contenu de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire les relations juridiques nouvelles qui résultent de la commission par un État d'un fait internationalement illicite, en ce qui concerne la cessation du fait illicite et la réparation des éventuels préjudices;

g) Les conditions préalables, de procédure ou de fond, qui doivent être réunies pour qu'un État puisse invoquer la responsabilité d'un autre État, et les circonstances dans lesquelles le droit d'invoquer la responsabilité peut disparaître;

h) Les conditions dans lesquelles un État peut avoir le droit de réagir à une violation d'une obligation internationale en prenant des contre-mesures pour obtenir l'exécution des obligations qui incombent à l'État responsable en vertu des présents articles.

Toutes ces questions entrent dans le champ des règles secondaires de la responsabilité des États.

4) Un certain nombre de questions, en revanche, ne relèvent pas du domaine de la responsabilité des États, tel qu'il est circonscrit dans les présents articles:

> Premièrement, comme on l'a déjà dit, ces articles n'ont pas pour fonction de préciser le contenu des obligations énoncées par telle ou telle règle primaire, pas plus que de les interpréter. Ils ne traitent pas non plus de la question de savoir si des obligations primaires particulières sont en vigueur à l'égard d'un État, et pour combien de temps. C'est au droit des traités qu'il appartient de déterminer si un État est partie à un traité valide, si ce traité est en vigueur à l'égard de cet État et pour quelles dispositions, et comment il doit être interprété. Cela est vrai aussi, *mutatis mutandis*, d'autres «sources» d'obligations internationales, telles que le droit international coutumier. Les articles envisagent les règles primaires

du droit international telles qu'elles existent et avec le contenu qu'elles ont au moment considéré; ils aident à déterminer si les obligations qui en découlent pour chaque État ont été violées, et quelles conséquences juridiques cela entraîne pour les autres États.

Deuxièmement, les conséquences prévues par ces articles sont celles qui résultent de la commission d'un fait internationalement illicite en soi[34]. Il n'est nullement question des conséquences que peut avoir une violation sur le maintien de la validité ou de l'effet obligatoire de la règle primaire (par exemple, le droit de l'État lésé de mettre fin à un traité ou d'en suspendre l'application en cas de violation substantielle du traité, qui est reconnu à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Les articles ne disent rien non plus des conséquences indirectes ou additionnelles qui peuvent résulter de la réaction des organisations internationales à un comportement illicite. Dans l'exercice de leurs fonctions, les organisations internationales peuvent certes avoir à prendre position sur la question de savoir si un État a violé une obligation internationale. Mais, même lorsque c'est le cas, les conséquences seront celles qui sont déterminées par l'acte constitutif de l'organisation, ou dans le cadre de cet acte constitutif, et elles échappent à l'application de ces articles. C'est en particulier le cas des mesures que peut prendre l'Organisation des Nations Unies en vertu de la Charte, qui sont expressément réservées par l'article 59.

Troisièmement, les articles concernent uniquement la responsabilité pour un comportement qui est internationalement illicite. Il peut se trouver qu'un État soit tenu de réparer les conséquences préjudiciables d'un comportement que le droit international n'interdit pas, voire qu'il autorise expressément (par exemple verser une indemnité du fait d'une expropriation opérée en bonne et due forme pour cause d'utilité publique). Il peut se trouver également qu'un État soit tenu de rétablir le *statu quo ante* après qu'une activité licite a pris fin. Ces obligations d'indemnisation ou de rétablissement de l'état antérieur mettent en jeu des obligations primaires: c'est leur inexécution qui engagerait la responsabilité internationale de l'État considéré. Ainsi aux fins des présents articles, la responsabilité

[34] Aux fins des articles, l'expression «fait internationalement illicite» désigne aussi une omission, et elle s'étend au comportement consistant en plusieurs actions ou omissions qui, ensemble, constituent un fait internationalement illicite. Voir le commentaire de l'article premier, par. 1).

internationale résulte-t-elle exclusivement d'un fait illicite contraire au droit international. C'est ce qu'indique l'intitulé des articles.

Quatrièmement, les articles ne portent que sur la responsabilité des États pour un comportement internationalement illicite, laissant de côté la question de la responsabilité des organisations internationales ou d'autres acteurs non étatiques (voir les articles 57 et 58).

5) Par contre, les présents articles portent sur l'ensemble du domaine de la responsabilité des États. Ils ne sont donc pas limités aux violations d'obligations bilatérales, celles qui résultent par exemple d'un traité bilatéral conclu avec un autre État, mais s'appliquent à l'ensemble des obligations internationales des États, que l'obligation existe envers un ou plusieurs États, envers un individu ou un groupe, ou envers la communauté internationale dans son ensemble. De caractère général, ils sont aussi, pour la plupart, supplétifs. En principe, les États, lorsqu'ils établissent une règle ou acceptent d'être liés par une règle, sont libres de préciser que sa violation n'entraînera que certains effets particuliers, écartant ainsi l'application des règles ordinaires de la responsabilité. C'est ce que précise l'article 55.

6) Les présents articles sont divisés en quatre parties. La première, qui s'intitule «Le fait internationalement illicite de l'État», traite des conditions dans lesquelles la responsabilité internationale d'un État est engagée. La deuxième, intitulée «Contenu de la responsabilité internationale de l'État», concerne les conséquences juridiques du fait internationalement illicite pour l'État responsable, principalement du point de vue de la cessation et de la réparation. La troisième partie, qui a pour titre «Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État», précise quels États peuvent réagir à un fait internationalement illicite, et quelles formes cette réaction peut prendre, y compris, dans certaines circonstances, l'adoption des contre-mesures nécessaires pour obtenir la cessation du fait illicite et la réparation de ses conséquences. La quatrième partie contient diverses dispositions générales applicables à l'ensemble des articles.

PREMIÈRE PARTIE

LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE DE L'ÉTAT

La première partie définit les conditions générales qui doivent être réunies pour que la responsabilité de l'État soit engagée. Le chapitre premier énonce trois principes de base dont procède l'ensemble des articles. Le chapitre II définit les conditions dans lesquelles un comportement est attribuable à l'État. Le chapitre III énonce en termes généraux les conditions dans lesquelles un comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'État considéré. Le chapitre IV est consacré à certains cas exceptionnels dans lesquels un État peut être responsable du comportement d'un autre État qui n'est pas en conformité avec une obligation internationale de ce dernier. Enfin, le chapitre V définit les circonstances excluant l'illicéité d'un comportement non conforme aux obligations internationales d'un État.

Chapitre premier

Principes généraux

Article premier

Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale.

Commentaire

1) L'article premier énonce le principe qui est à la base de l'ensemble des articles, à savoir que la violation du droit international par un État engage sa responsabilité internationale. Le comportement internationalement illicite d'un État peut consister en une ou plusieurs actions ou omissions, ou en une combinaison d'actions et d'omissions. Le point de savoir s'il y a eu fait internationalement illicite dépend, en premier lieu, du contenu de l'obligation qui est censée avoir été violée et, en second lieu, des conditions générales qui définissent le caractère illicite du fait et qui sont exposées dans la première partie. L'expression «responsabilité internationale» s'applique aux relations juridiques nouvelles qui naissent en droit international du fait internationalement illicite d'un État. Le contenu de ces relations est précisé dans la deuxième partie.

2) La Cour permanente de Justice internationale a appliqué le principe énoncé à l'article premier dans plusieurs affaires. Ainsi, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, elle a affirmé que, lorsqu'un État commet un fait internationalement illicite à l'encontre d'un autre État, la responsabilité internationale s'établit «directement dans le plan des relations entre ces États[35]». La Cour internationale de Justice a elle aussi fait application du principe à diverses reprises, par exemple dans les affaires du *Détroit de Corfou*[36], des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[37], et du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[38]. La Cour a également invoqué ce principe dans ses avis consultatifs sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*[39] et sur l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (deuxième phase)*[40], où elle a déclaré qu'«il est clair que le refus de s'acquitter d'une obligation conventionnelle est de nature à engager la responsabilité internationale[41]». Les tribunaux arbitraux de leur côté ont maintes fois affirmé ce principe, notamment dans les affaires des *Réclamations des sujets italiens résidant au Pérou*[42], de la *Dickson Car Wheel Company*[43], de l'*International*

---

[35] *Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires*, 1938, *C.P.J.I., série A/B, n° 74*, p. 28. Voir aussi *Vapeur «Wimbledon»*, 1923, *C.P.J.I., série A, n° 1*, p. 30; *Usine de Chorzów, compétence*, 1927, *C.P.J.I., série A, n° 9*, p. 21, et *fond*, 1928, *C.P.J.I., série A, n° 17*, p. 29.

[36] *Détroit de Corfou*, *fond*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 23.

[37] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui*-ci (*Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique*), *fond*, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 142, par. 283; p. 149, par. 292.

[38] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (*Hongrie/Slovaquie*), *C.I.J. Recueil 1997*, p. 38, par. 47.

[39] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 184.

[40] *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1950*, p. 221.

[41] Ibid., p. 228.

[42] Dans sept de ces sentences arbitrales, rendues en 1901, il est dit qu'«un principe de droit international universellement reconnu veut que l'État soit responsable des violations du droit des gens commises par ses agents…». Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XV (1901), p. 399, 401, 404, 407, 408, 409 et 411.

[43] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (1931), p. 678.

Fisheries Company[44], des *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*[45], et dans l'affaire *Armstrong Cork Company*[46]. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*[47], le tribunal arbitral a insisté sur le fait que «toute violation par un État d'une obligation, quelle qu'en soit la source, engage la responsabilité de l'État[48]».

3) Que chaque fait internationalement illicite d'un État engage la responsabilité internationale de celui-ci, donnant ainsi naissance à des relations juridiques nouvelles s'ajoutant à celles qui existaient avant la survenance de ce fait, cela était déjà largement reconnu avant que la Commission ne formule l'article premier[49] et l'est encore[50]. Il est vrai que, au début, des divergences d'opinion sont apparues sur la définition des relations juridiques nées d'un fait internationalement illicite. Une école de pensée, menée par Anzilotti, décrivait les conséquences juridiques résultant d'un fait internationalement illicite uniquement comme un rapport bilatéral obligatoire instauré entre l'État auteur du fait et l'État lésé,

---

[44] Ibid., vol. IV (1931), p. 701.

[45] Selon l'arbitre, Max Huber, c'est un principe indiscutable que «la responsabilité est le corollaire nécessaire du droit. Tous droits d'ordre international ont pour conséquence une responsabilité internationale…», Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1925), p. 641.

[46] Selon la Commission de conciliation italo-américaine, aucun État «ne peut échapper à la responsabilité qui naît de l'exercice d'une action illicite du point de vue des principes généraux du droit international», Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (1953), p. 163.

[47] *Rainbow Warrior* (*Nouvelle-Zélande/France*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 217.

[48] Ibid., p. 251, par. 75.

[49] Voir par exemple D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* (4e éd., Padoue, CEDAM, 1955), vol. I, p. 385; W. Wengler, *Völkerrecht* (Berlin, Springer, 1964), vol. I, p. 499; G. I. Tunkin, *Teoria mezhdunarodnogo prava*, Mezhduranodnye othoshenia (Moscou, 1970), p. 470; E. Jiménez de Aréchaga, «International Responsibility», in M. Sørensen (dir. publ.), *Manual of Public International Law* (Londres, Macmillan, 1968), p. 533.

[50] Voir par exemple I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998), p. 435; B. Conforti, *Diritto Internazionale* (4e éd., Milan, Editoriale Scientifica, 1995), p. 332; P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public* (*Nguyen Quoc Dinh*) (6e éd., Paris, L.G.D.J., 1999), p. 742; P.-M. Dupuy, *Droit international public* (3e éd., Paris, Précis Dalloz, 1998), p. 414; R. Wolfrum, «Internationally Wrongful Acts», in R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North Holland, 1995), vol. II, p. 1398.

rapport opposant l'obligation de réparer du premier au droit «subjectif» du second d'exiger réparation. Une autre façon de voir, celle de Kelsen notamment, partant de l'idée que l'ordre juridique est un ordre de contrainte, considérait l'autorisation accordée à l'État lésé d'appliquer à l'État responsable un acte de contrainte à titre de sanction comme la principale conséquence juridique découlant directement du fait illicite[51]. Selon ce point de vue, le droit international général donnait à l'État lésé le pouvoir de réagir à un fait illicite: l'obligation de réparer était considérée comme subsidiaire, comme un moyen pour l'État responsable de se soustraire à l'application de l'acte de contrainte. Un troisième point de vue, qui a fini par l'emporter, était que les conséquences d'un fait internationalement illicite ne peuvent se limiter ni à la réparation ni à une «sanction[52]». En droit international, comme dans tout système de droit, le fait illicite peut donner naissance à différents types de rapports juridiques, selon les circonstances.

4) Les avis ont aussi été partagés sur la question de savoir si les relations juridiques qui naissent de la survenance d'un fait internationalement illicite sont essentiellement bilatérales, c'est-à-dire n'existent qu'entre l'État responsable et l'État lésé. Il est de plus en plus généralement reconnu que certains faits illicites engagent la responsabilité de l'État en question envers plusieurs États, ou un grand nombre d'États, ou même envers la communauté internationale dans son ensemble. La Cour internationale de Justice a fait un pas important sur cette voie en relevant, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, que:

> «une distinction essentielle doit … être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*[53].»

---

[51] Voir H. Kelsen (R. W. Tucker, dir. publ.), *Principles of International Law* (New York, Holt, Rhinehart et Winston, 1966), p. 22.

[52] Voir par exemple R. Ago, «Le délit international», *Recueil des cours*, vol. 68 (1939/II), p. 430; H. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law* (8e éd.) (Londres, Longmans, 1955), vol. I, p. 352 à 354.

[53] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *deuxième phase*, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33.

Chaque État, du fait qu'il appartient à la communauté internationale, a un intérêt juridique à ce que certains droits fondamentaux soient protégés et certaines obligations essentielles respectées. La Cour a indiqué que ces obligations découlent par exemple «de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale[54]». Dans des affaires ultérieures, la Cour a réaffirmé cette idée[55]. Les conséquences d'une conception élargie de la responsabilité internationale doivent nécessairement se refléter dans ces articles qui, bien que s'appliquant aux situations normales bilatérales de responsabilité, ne sont pas limités à ces situations.

5) Ainsi, l'expression «responsabilité internationale», au sens de l'article premier, recouvre les relations qui, selon le droit international, naissent du fait internationalement illicite d'un État, qu'elles se limitent au rapport existant entre l'État auteur du fait illicite et un seul État lésé, ou qu'elles s'étendent aussi à d'autres États ou même à d'autres sujets de droit international, et qu'elles soient centrées sur des obligations de restitution ou de réparation ou qu'elles donnent aussi à l'État lésé la possibilité de réagir en prenant des contre-mesures.

6) Le fait que, selon l'article premier, tout fait internationalement illicite d'un État engage la responsabilité internationale de celui-ci ne signifie pas que d'autres États ne puissent pas aussi être tenus pour responsables du comportement en question, ou du dommage qui en résulterait. En vertu du chapitre II, un même comportement peut être attribuable à plusieurs États à la fois. En vertu du chapitre IV, un seul et même État peut être responsable du fait internationalement illicite d'un autre, par exemple si ce fait a été commis sous sa direction et son contrôle. Néanmoins, le principe de base du droit international est que chaque État est responsable de son propre comportement en ce qui concerne ses propres obligations internationales.

---

[54] Ibid., par. 34.

[55] Voir *Timor oriental* (*Portugal* c. *Australie*), *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, par. 29; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 258, par. 83; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *exceptions préliminaires*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 615 et 616, par. 31 et 32.

7) Les présents articles ne portent que sur la responsabilité des États. Bien entendu, comme l'a affirmé la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, l'Organisation des Nations Unies «est un sujet de droit international, … a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et … de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale[56]». La Cour a aussi appelé l'attention sur la responsabilité de l'Organisation pour la conduite de ses organes ou de ses agents[57]. Il est possible que la responsabilité pour fait illicite soit un attribut essentiel de la personnalité juridique internationale, mais il n'est pas moins vrai que des considérations particulières s'appliquent à la responsabilité des autres personnes juridiques internationales, et que celles-ci ne sont pas visées par ces articles[58].

8) En ce qui concerne la terminologie, l'expression «fait internationalement illicite» est préférable en français au mot «délit» ou à d'autres termes analogues qui peuvent avoir un sens particulier en droit interne. Pour la même raison, il est préférable d'éviter en anglais des termes comme «*tort*», «*delict*» ou «*delinquency*», et en espagnol le terme «*delito*». Si l'expression française «fait internationalement illicite» est préférable à «acte internationalement illicite», c'est parce que l'illicéité résulte souvent d'une omission, ce que n'indique guère le mot «acte». En outre, celui-ci semble impliquer que les conséquences juridiques sont voulues par l'auteur. C'est aussi pour ces raisons que l'on a adopté l'expression «*hecho internacionalmente ilícito*» dans le texte espagnol. Dans le texte anglais, il est nécessaire de s'en tenir à l'expression «*internationally wrongful act*», le mot français «fait» n'ayant pas d'équivalent exact; le mot «*act*» est néanmoins censé s'appliquer aux omissions, ce qui est indiqué clairement à l'article 2.

Article 2

Éléments du fait internationalement illicite de l'État

Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission:

---

[56] *C.I.J. Recueil 1949*, p. 179.

[57] *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 88 et 89, par. 66.

[58] Pour la situation des organisations internationales, voir l'article 57 et le commentaire y relatif.

a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international; et

b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.

Commentaire

1) L'article premier pose le principe de base que tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale. L'article 2 précise les conditions requises pour établir l'existence d'un fait internationalement illicite de l'État, c'est-à-dire les éléments constitutifs d'un tel fait. Deux éléments sont dégagés: premièrement, le comportement en question doit être attribuable à l'État d'après le droit international; deuxièmement, pour qu'une responsabilité naisse du fait de l'État, ce comportement doit constituer une violation d'une obligation juridique internationale qui était alors à la charge de cet État.

2) Ces deux éléments ont été précisés, par exemple, par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*[59], où la Cour a lié expressément la naissance d'une responsabilité internationale à l'existence «d'un acte imputable à l'État et décrit comme contraire aux droits conventionnels d'un autre État[60]». La Cour internationale de Justice s'est également référée à ces deux éléments à maintes reprises. Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[61], elle a souligné que pour établir la responsabilité de l'Iran...

> «[t]out d'abord elle doit déterminer dans quelle mesure les comportements en question peuvent être considérés comme juridiquement imputables à l'État iranien. Ensuite, elle doit rechercher s'ils sont compatibles ou non avec les obligations incombant à l'Iran en vertu des traités en vigueur ou de toute autre règle de droit international éventuellement applicable[62].»

---

[59] *Phosphates du Maroc*, *exceptions préliminaires*, 1938, *C.P.J.I., série A/B, n° 74*, p. 10.

[60] Ibid., p. 28

[61] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.

[62] Ibid., p. 29, par. 56. Cf. p. 41, par. 90. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique*), *fond*, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 117 et 118, par. 226; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 54, par. 78.

De même dans l'affaire de la *Dickson Car Wheel Company*, la Commission générale des réclamations États-Unis d'Amérique/Mexique a indiqué comme condition pour que l'État puisse encourir une responsabilité internationale le fait «qu'un acte illicite international lui soit imputé, c'est-à-dire qu'il existe une violation d'une obligation imposée par une norme juridique internationale[63]».

3) L'élément de l'attribution a parfois été qualifié de «subjectif» et celui de la violation d'«objectif», mais cette terminologie n'a pas été retenue dans les articles[64]. Le fait qu'il y ait ou non manquement à une règle peut dépendre de l'intention des organes ou agents habilités de l'État ou de la connaissance qu'ils ont; en ce sens, déterminer l'existence ou l'inexistence d'une violation peut être «subjectif». Ainsi, l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dispose: «Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel ...». Dans d'autres cas, le critère de violation d'une obligation peut être «objectif», en ce sens que le fait que les organes ou agents habilités de l'État en aient été conscients ou non peut être sans objet. Que la responsabilité soit «objective» ou «subjective» en ce sens dépend donc des circonstances et surtout du contenu de l'obligation primaire en question. Les présents articles n'énoncent aucune règle générale à cet égard. Cela est vrai aussi pour d'autres critères, qu'ils fassent apparaître, à un degré ou à un autre, une faute, une culpabilité, une négligence ou un manquement de diligence. Ils varient selon le contexte, pour des raisons qui tiennent principalement à l'objet et au but de la disposition conventionnelle considérée ou d'une autre règle créant l'obligation primaire. De même, les articles n'établissent à cet égard aucune présomption parmi les différents critères possibles. Cela relève de l'interprétation et de l'application des règles primaires en jeu dans le cas d'espèce.

4) Le comportement attribuable à l'État peut consister en une action ou une omission. Les cas dans lesquels la responsabilité internationale d'un État a été invoquée sur la base d'une omission sont au moins aussi nombreux que ceux qui sont fondés sur des faits positifs, et il n'existe en principe aucune différence entre les deux. De plus, il peut s'avérer difficile d'isoler une «omission» des circonstances qui l'entourent et qui interviennent dans la détermination de la responsabilité. Par exemple, dans l'affaire du Détroit de Corfou, la Cour internationale de Justice a estimé que le fait que l'Albanie savait,

---

[63] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (1931), p. 678.

[64] Cf. *Annuaire ... 1973*, vol. II, p. 182, par. 1.

ou aurait dû savoir, que des mines se trouvaient dans ses eaux territoriales et n'avait rien fait pour avertir les États tiers de leur présence constituait une base suffisante pour établir sa responsabilité[65]. Dans l'affaire relative au Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, la Cour a conclu que la responsabilité de l'Iran était engagée par l'«inaction» des autorités iraniennes qui avaient «manqué de prendre des mesures appropriées», dans des circonstances où celles-ci s'imposaient à l'évidence[66]. Dans certains cas, ce peut être le cumul d'une action et d'une omission qui fonde la responsabilité[67].

5) Pour qu'un comportement déterminé puisse être qualifié de fait internationalement illicite, il doit avant tout être un comportement attribuable à l'État. L'État est une entité organisée réelle, une personne juridique ayant pleine qualité pour agir d'après le droit international. Mais le reconnaître ne veut pas dire nier la vérité élémentaire que l'État comme tel n'est pas capable d'agir. Un «fait de l'État» met nécessairement en jeu une action ou une omission d'un être humain ou d'un groupe: «Les États ne peuvent agir qu'au moyen et par l'entremise de la personne de leurs agents et représentants[68]». Il s'agit de déterminer quelles sont les personnes qui devraient être considérées comme agissant au nom de l'État, c'est-à-dire ce que constitue un «fait de l'État» aux fins de la responsabilité des États.

6) Lorsque l'on parle de l'attribution d'un comportement à l'État, on entend par État un sujet de droit international. Dans de nombreux systèmes juridiques les organes de l'État consistent

---

[65] *Détroit de Corfou*, *fond*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 22 et 23.

[66] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980*, p. 31 et 32, par. 63 et 67. Voir aussi l'affaire *Velásquez Rodríguez,* Inter-Am.Ct.H.R., Série C, n° 4 (1989), par. 170: «d'après le droit international, un État est responsable des actes accomplis par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ainsi que de leurs omissions…»; *Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. I (1924), p. 425.

[67] Par exemple, selon l'article 4 de la Convention de La Haye (VIII) du 18 octobre 1907 relative à la pose des mines sous-marines automatiques de contact, toute puissance neutre qui place des mines automatiques de contact devant ses côtes mais omet d'en avertir dans les formes les autres États parties est susceptible d'être tenue pour responsable des conséquences de cette omission; voir J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague Peace Conferences: The Conference of 1907* (New York, Oxford University Press, 1920), vol. I, p. 643.

[68] *Colons allemands en Pologne*, *1923*, *C.P.J.I.*, *série B*, *n° 6*, p. 22.

en différentes personnes juridiques (ministères ou autres entités) qui sont considérées comme ayant des droits et obligations distincts au titre desquels elles sont seules susceptibles de faire l'objet d'une action en justice et responsables. Aux fins du droit international de la responsabilité des États, cette conception est différente. L'État est considéré comme une unité, conformément au fait qu'il est reconnu comme une personne juridique unique en droit international. En ceci, comme à d'autres égards, l'attribution d'un comportement à l'État est nécessairement une opération normative. Ce qui est déterminant ici est qu'il y ait suffisamment de liens entre un événement donné et un comportement (qu'il s'agisse d'une action ou d'une omission) attribuable à l'État en vertu de l'une ou l'autre des règles énoncées au chapitre II.

7) La deuxième condition pour qu'il y ait fait internationalement illicite de l'État est que le comportement attribuable à l'État constitue une violation par cet État d'une obligation internationale existant à sa charge. L'expression «violation par l'État d'une obligation internationale existant à sa charge» est établie de longue date et s'applique aux obligations tant conventionnelles que non conventionnelles. Dans son arrêt concernant la compétence dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, la Cour permanente de Justice internationale s'est servie de l'expression «violation d'un engagement[69]». Elle a repris la même expression dans son arrêt concernant le fond[70]. La Cour internationale de Justice s'est référée explicitement à ces termes dans son avis consultatif concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*[71]. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le tribunal arbitral a employé l'expression «toute violation par un État de toute obligation[72]». Dans la pratique, des expressions telles que «non-exécution d'obligations internationales», «actes incompatibles avec des obligations internationales», «violation d'une obligation internationale», «violation d'un engagement» sont également utilisées[73]. Toutes ces

---

[69] *Usine de Chorzów, compétence*, *1927*, *C.P.J.I.*, *série A*, *n° 9*, p. 21.

[70] *Usine de Chorzów*, *fond*, *1928*, *C.P.J.I.*, *série A*, *n° 17*, p. 29.

[71] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 184.

[72] *Rainbow Warrior* (*Nouvelle-Zélande/France*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 251, par. 75.

[73] À la Conférence pour la codification du droit international tenue en 1930 par la Société des Nations, l'expression «tout manquement aux obligations internationales d'un État» a été adoptée; *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 226.

formules ont essentiellement la même signification. L'expression retenue dans les présents articles est «violation d'une obligation internationale» en tant qu'elle correspond au libellé du paragraphe 2 *c* de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice.

8) En droit international, l'idée de violation d'une obligation a souvent été considérée comme l'équivalent de celle de comportement contraire aux droits d'autrui. La Cour permanente de Justice internationale a parlé d'un «acte […] contraire aux droits conventionnels d'un autre État» dans son arrêt concernant l'affaire des *Phosphates du Maroc*[74]. Cette affaire concernait un traité multilatéral restreint qui régissait les droits et devoirs mutuels des parties, mais certains ont considéré que la corrélation entre obligations et droits était une caractéristique générale du droit international: il n'existe en effet pas d'obligations incombant à un sujet du droit international auxquelles ne correspondrait pas un droit international d'un autre sujet ou d'autres sujets, voire de l'ensemble des autres sujets (la communauté internationale dans son ensemble). Mais différentes conséquences secondaires découlent d'un droit appartenant en commun à tous les autres sujets de droit international, par opposition à un droit spécifique d'un État donné ou d'États donnés. Différents États peuvent être les bénéficiaires d'une obligation de différentes manières, ou peuvent avoir différents intérêts s'agissant de son exécution. Les obligations multilatérales peuvent donc être distinctes des obligations bilatérales, compte tenu de la diversité des règles et institutions juridiques et de la grande variété des intérêts que l'on cherche à protéger au moyen de celles-ci. Mais le point de savoir si une obligation a été violée conduit encore à se poser les deux questions fondamentales dégagées à l'article 2, et ce quelle que soit la nature ou l'origine de l'obligation violée. Quant à savoir qui peut invoquer la responsabilité découlant de la violation d'une obligation, c'est une question distincte qui est traitée dans la troisième partie[75].

9) Partant, il n'y a pas d'exception au principe énoncé à l'article 2 selon lequel deux conditions doivent être réunies pour qu'il y ait fait internationalement illicite - la présence d'un comportement, attribuable à l'État d'après le droit international et la violation, par ce comportement d'une obligation internationale à sa charge. La question est de savoir si ces deux conditions nécessaires sont aussi suffisantes. On a parfois dit que la responsabilité internationale ne peut être engagée

---

[74] *Phosphates du Maroc*, *exceptions préliminaires*, *1938, C.P.J.I.*, *série A/B*, *n° 74*, p. 28.

[75] Voir aussi le paragraphe 2 de l'article 33 et le commentaire y relatif.

par le comportement d'un État qui manque à ses obligations que s'il existe un autre élément, en particulier celui du «dommage» causé à un autre État. Mais la nécessité de tenir compte de tels éléments dépend du contenu de l'obligation primaire, et il n'y a pas de règle générale à cet égard. Ainsi, l'obligation contractée par traité d'adopter une loi uniforme est violée si cette loi n'est pas adoptée, et il n'est pas nécessaire qu'un autre État partie argue d'un dommage spécifique qu'il aurait subi par ce manquement. Pour être en mesure de déterminer si une obligation particulière est violée du seul fait que l'État responsable n'a pas agi ou si pour qu'elle le soit quelque autre événement doit se produire, il faut partir du contenu et de l'interprétation de l'obligation primaire, et l'on ne peut le faire dans l'abstrait[76].

10) Une question connexe est de savoir si la faute constitue un élément nécessaire du fait internationalement illicite de l'État. Il n'en va certainement pas ainsi si, par «faute», on vise par exemple l'existence d'une intention malveillante. En l'absence de toute exigence spécifique d'un élément psychologique aux termes de l'obligation primaire, seul importe le fait de l'État, indépendamment de toute intention.

11) L'article 2 introduit et place dans le contexte juridique indispensable les questions traitées aux chapitres suivants de la première partie. À l'alinéa *a* – qui affirme la nécessité de l'existence, pour qu'il y ait fait internationalement illicite, d'un comportement attribuable à l'État d'après le droit international – correspond le chapitre II, tandis que le chapitre IV traite des cas spécifiques où un État est responsable du fait internationalement illicite d'un autre État. À l'alinéa *b* – qui affirme la nécessité que ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale – correspondent les principes généraux énoncés au chapitre III, tandis que le chapitre V traite des cas où est exclue l'illicéité d'un comportement qui, sans cela, serait constitutif d'une violation d'une obligation.

12) À l'alinéa *a*, le terme «attribution» est employé pour désigner l'opération du rattachement à l'État d'une action ou omission donnée. Dans la pratique et la jurisprudence internationales,

---

76 Pour une analyse des différentes obligations, voir, par exemple, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 30 à 33, par. 62 à 68; *Rainbow Warrior*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 266 et 267, par. 107 à 110; Rapport du Groupe spécial de l'OMC, *États-Unis - Art. 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, document WT/DS152/R, 22 décembre 1999, par. 7.41 et suiv.

le terme «imputation» est également utilisé[77]. Mais le terme «attribution» permet d'éviter de laisser entendre que le processus juridique consistant à rattacher le comportement de l'État est une fiction, ou que le comportement en question est «en réalité» celui de quelqu'un d'autre.

13) À l'alinéa *b*, on parle de violation d'une obligation internationale et non de violation d'une règle ou d'une norme de droit international. Ce qui importe en l'occurrence n'est pas simplement l'existence d'une règle, mais son application dans le cas d'espèce à l'État responsable. Le terme «obligation» est couramment employé dans la jurisprudence et dans la pratique internationales ainsi que dans la doctrine pour couvrir toutes les possibilités. Le mot «obligation» renvoie uniquement à une obligation de droit international, ce que l'article 3 précise.

Article 3

Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite

La qualification du fait d'un État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne.

Commentaire

1) L'article 3 énonce de façon explicite un principe qui ressort déjà implicitement de l'article 2, à savoir que la qualification d'un fait donné comme internationalement illicite est indépendante de la qualification de ce même fait comme licite en vertu du droit interne de l'État concerné. Ce principe comporte deux éléments. Tout d'abord, le fait d'un État ne peut être qualifié d'internationalement illicite s'il ne constitue pas une violation d'une obligation internationale, et ce même s'il enfreint une prescription du droit interne de ce même État. Ensuite, et surtout, un État ne peut pas éviter en faisant valoir que son comportement est conforme aux dispositions de son droit interne, que ce comportement soit qualifié d'illicite selon le droit international. Le fait d'un État doit être qualifié d'internationalement illicite dès lors qu'il constitue une violation

---

77 Voir, par exemple, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 29, par. 56 et 58; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 51, par. 86.

d'une obligation internationale, même au cas où ledit fait ne contreviendrait pas au droit interne de cet État - et même au cas où, d'après ce droit, l'État se trouverait en réalité tenu à ce comportement.

2) En ce qui concerne le premier de ces éléments, la décision judiciaire sans doute la plus claire est celle de la Cour permanente de Justice internationale, dans l'affaire concernant le *Traitement des nationaux polonais*[78]. La Cour dénia au Gouvernement polonais le droit de soumettre aux organes de la Société des Nations des questions concernant l'application à des ressortissants polonais de certaines dispositions de la Constitution de la Ville libre de Dantzig, car:

> «… d'après les principes généralement admis, un État ne peut, vis-à-vis d'un autre État, se prévaloir des dispositions constitutionnelles de ce dernier, mais seulement du droit international et des engagements internationaux valablement contractés … inversement, un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur (...) L'application de la Constitution de la Ville libre peut (…) avoir pour résultat la violation d'une obligation internationale de Dantzig envers la Pologne, découlant soit de stipulations conventionnelles, soit du droit international commun (…) Toutefois, dans une éventualité de ce genre, ce n'est pas la Constitution, en tant que telle, mais bien l'obligation internationale qui donne naissance à la responsabilité de la Ville libre[79].»

3) C'est un principe également bien établi que la conformité aux dispositions du droit interne n'empêche nullement que le comportement d'un État soit qualifié d'internationalement illicite. La jurisprudence internationale ne laisse pas subsister le moindre doute à ce sujet. En particulier, la Cour permanente de Justice internationale a expressément reconnu ce principe dès son premier arrêt, dans l'affaire du *Vapeur «Wimbledon*[80]*»*. La Cour a rejeté l'argumentation du Gouvernement allemand, selon lequel le passage du navire par le canal de Kiel aurait représenté une infraction aux ordonnances allemandes en matière de neutralité, en observant que:

> «… une ordonnance de neutralité, acte unilatéral d'un État, ne saurait prévaloir sur les dispositions du Traité de paix (…) en vertu de l'article 380 du Traité de Versailles, elle [l'Allemagne] avait le devoir formel d'y consentir [au passage du Wimbledon par

---

[78] *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire du Dantzig, 1932*, *C.P.J.I*, *série A/B*, *n° 44*, p. 4.

[79] Ibid., p. 24 et 25. Voir également l'affaire du *Lotus, 1927*, *C.P.J.I.*, *série A*, *n° 10*, p. 24.

[80] *Vapeur «Wimbledon», 1923*, *C.P.J.I.*, *série A, n° 1*.

> le canal]. Elle ne pouvait opposer aux engagements qu'elle avait pris en vertu de cet article ses ordonnances de neutralité[81].»

Ce principe a été réaffirmé à plusieurs reprises:

> «… c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité[82].»

> «… il est constant que la France ne saurait se prévaloir de sa législation pour restreindre la portée de ses obligations internationales[83].»

> «… un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur[84].»

Une autre facette du même principe se retrouve également affirmée dans les avis consultatifs concernant l'*Échange des populations grecques et turques*[85] et la *Compétence des tribunaux de Dantzig*[86].

4) La Cour internationale de Justice a souvent invoqué et appliqué ce principe[87]. Par exemple dans l'avis consultatif concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*[88],

---

[81] Ibid., p. 29 et 30.

[82] *«Communautés» greco-bulgares, 1930*, *C.P.J.I.*, *série B*, *n° 17*, p. 32.

[83] *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, 1930*, *C.P.J.I.*, *série A*, *n° 24*, p. 12; *1932*, *C.P.J.I.*, *série A/B*, *n° 46*, p. 167.

[84] *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, *1932*, *C.P.J.I.*, *série A/B*, *n° 44*, p. 24.

[85] *Échange des populations grecques et turques, 1925*, *C.P.J.I.*, *série B*, *n° 10*, p. 20.

[86] *Compétence des tribunaux de Dantzig, 1928*, *C.P.J.I.*, *série B*, *n° 15*, p. 26 et 27. Voir également les observations de Lord Finlay relatives à l'avis consultatif sur l'*Acquisition de la nationalité polonaise*, *1923*, *C.P.J.I.*, *série B*, *n° 7*, p. 26.

[87] Voir les affaires *Pêcheries*, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 132; *Nottebohm, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1953*, p. 123; *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, C.I.J. Recueil 1958*, p. 67; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1988*, p. 34 et 35, par. 57.

[88] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 180.

elle a indiqué: «La réclamation étant fondée sur un manquement à une obligation internationale, manquement dont l'Organisation impute la responsabilité à l'un de ses Membres, ce Membre ne peut prétendre que cette obligation est régie par son droit national.» Dans l'affaire *ELSI*[89], une chambre de la Cour a mis l'accent sur ce principe, en indiquant que:

> «La conformité d'un acte au droit interne et sa conformité aux dispositions d'un traité sont des questions différentes. Ce qui constitue une violation d'un traité peut être licite en droit interne, et ce qui est illicite en droit interne peut n'entraîner aucune violation d'une disposition conventionnelle. Même si le préfet avait jugé que la réquisition était tout à fait justifiée au regard du droit italien, cela n'exclurait pas la possibilité qu'elle ait constitué une violation du traité de 1948[90].»

Inversement, comme la Chambre l'a expliqué:

> «… il faut tenir compte du fait qu'un acte d'une autorité publique peut avoir été illégitime en droit interne sans que cela signifie nécessairement que cet acte était illicite en droit international, en tant que violation d'un traité ou autrement. Une décision d'une juridiction interne selon laquelle un acte était illégitime peut bien être produite à l'appui d'une argumentation d'après laquelle cet acte était aussi arbitraire, mais on ne peut pas dire que l'illégitimité équivaudrait, par elle-même et sans plus, à l'arbitraire (…) Il ne découle pas non plus du fait qu'une juridiction nationale a conclu qu'un acte était injustifié, déraisonnable ou arbitraire, que cet acte doive être qualifié d'arbitraire en droit international, bien que la qualification donnée par une autorité nationale à l'acte attaqué puisse constituer une indication utile[91].»

Ce principe a été aussi appliqué par de nombreux tribunaux arbitraux[92].

---

[89] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15.

[90] Ibid., p. 51, par. 73.

[91] Ibid., p. 74, par. 124.

[92] Voir par exemple, l'arbitrage relatif à «*Alabama*» (1872), in J. B. Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 4156 et 4157; *Norwegian Shipowners' Claims* (*Norvège/États-Unis d'Amérique*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (1922), p. 331; l'affaire *Tinoco* (*Royaume-Uni/Costa Rica*), ibid., vol. I (1923), p. 386; l'affaire *Shufeldt Claim*, ibid., vol. II (1930), p. 1098 («… c'est un principe établi du droit international qu'un souverain ne saurait être admis à opposer une de ses lois nationales comme fin de non-recevoir à la réclamation d'un autre souverain pour préjudice causé à un ressortissant de ce dernier»); l'affaire *Wollemborg*, ibid., vol. XIV (1956), p. 289; l'affaire *Flegenheimer*, ibid., vol. XIV (1958), p. 360.

5) Le principe a été expressément entériné lors des travaux engagés sous les auspices de la Société des Nations concernant la codification de la responsabilité des États[93], ainsi que dans ceux entrepris sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies sur la codification des droits et devoirs des États et sur le droit des traités. L'article 13 du projet de Déclaration sur les droits et devoirs des États adopté par la Commission du droit international était ainsi libellé:

> «Tout État a le devoir d'exécuter de bonne foi ses obligations nées des traités et autres sources du droit international, et il ne peut invoquer pour manquer à ce devoir les dispositions de sa Constitution ou de sa législation[94].»

6) De même, ce principe a été entériné dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, dont l'article 27 se lit comme suit:

> «Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46[95].»

---

[93] Au point I de la demande d'informations adressée aux États par le Comité préparatoire de la Conférence de 1930 sur la responsabilité des États, il était précisé:

> «En particulier, un État ne peut échapper à sa responsabilité selon le droit international, si elle existe, en invoquant les dispositions de son droit interne.»

Dans leurs réponses, les États se déclarèrent expressément ou implicitement d'accord avec ce principe: Société des Nations, Conférence de codification du droit international, *Bases de discussion pour la Conférence établies par le Comité préparatoire*, vol. III: *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers* (SDN, document C.75.M.69.1929.V.), p. 16. Au cours du débat qui eut lieu lors de la Conférence, les États marquèrent leur adhésion générale à l'idée énoncée dans le point I, et la Troisième Commission de la Conférence de La Haye de 1930 adopta l'article 5, conçu comme suit: «Un État ne peut décliner sa responsabilité internationale en invoquant l'état de son droit interne.» (SDN, document C.351c)M.145c).1930.V; reproduit dans *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 226).

[94] Voir la résolution 375 (IV) de l'Assemblée générale du 6 décembre 1949. Pour les débats à la Commission, voir *Annuaire ... 1949*, p. 105 et 106, 150 et 171. Pour les débats à l'Assemblée générale, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Sixième Commission,* 168e à 173e séances, 18-25 octobre 1949; 175e à 183e séances, 27 octobre-3 novembre 1949; *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, séances plénières*, 270e séance, 6 décembre 1949.

[95] Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331. L'article 46 prévoit la possibilité d'invoquer une disposition du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités dans des cas limités, c'est-à-dire lorsque la violation de ladite disposition a été manifeste et concerne une règle de droit interne d'importance fondamentale.

7) Le principe selon lequel la qualification du fait d'un État comme illicite en droit international n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite en droit interne ne comporte pas d'exception pour les cas où le droit international prescrit à un État de se conformer aux dispositions de son droit interne, par exemple en réservant aux étrangers le même traitement juridique qu'à ses ressortissants. Il est vrai que dans ce cas, la conformité avec le droit interne est pertinente sous l'angle de la responsabilité internationale. Mais il en est ainsi parce que la règle de droit international la rend pertinente, par exemple en intégrant la norme de conformité avec le droit interne dans la norme internationale applicable ou un aspect de celle-ci. En particulier en ce qui concerne les préjudices causés aux étrangers et à leurs biens et les droits de l'homme, les dispositions et l'application du droit interne seront souvent pertinentes dans l'optique de la responsabilité internationale. Dans chaque cas, l'analyse dira si les dispositions du droit interne sont pertinentes en tant que faits dans la mise en œuvre de la norme internationale applicable, ou si elles sont en réalité intégrées, sous une forme ou sous une autre, de manière conditionnelle ou inconditionnelle, dans cette norme.

8) En ce qui concerne l'énoncé de la règle, la formule «le droit interne d'un État ne peut être invoqué pour empêcher qu'un fait de cet État soit qualifié d'illicite selon le droit international», qui est similaire à l'article 5 du projet adopté en première lecture à la Conférence de La Haye de 1930, ainsi qu'à l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, a le mérite de faire ressortir clairement que les États ne sauraient arguer de leur droit interne pour se soustraire à la responsabilité internationale. Toutefois, une telle formule évoque une règle de procédure et se prête mal à une déclaration de principe. Les questions relatives à l'invocation de la responsabilité sont traitées dans la troisième partie, tandis que ce principe soulève la question sous-jacente de l'origine de la responsabilité. En outre, dans de nombreux cas, les questions de droit interne sont pertinentes pour déterminer l'existence d'une responsabilité ou l'absence de responsabilité. Comme cela a déjà été indiqué, dans de tels cas c'est le droit international qui détermine la portée et les limites de tout renvoi au droit interne. La meilleure manière de rendre compte de cet élément est de dire, tout d'abord, que la qualification du fait de l'État comme internationalement illicite est régie par le droit international, et d'affirmer ensuite qu'un fait qualifié d'illicite selon le droit international ne peut être excusé sous prétexte qu'il est licite en droit interne.

9) En ce qui concerne la terminologie, dans la version anglaise, l'expression «internal law» est préférée à «municipal law» parce que cette dernière est parfois utilisée dans un sens restreint, et aussi parce que dans la Convention de Vienne sur le droit des traités c'est l'expression «internal law» qui est employée. À cet égard, il serait encore moins approprié d'utiliser l'expression «national law», qui ne se réfère, dans certains systèmes juridiques, qu'aux lois émanant de l'organe législatif central, par opposition aux autorités provinciales, cantonales ou locales. Le principe dont il est question à l'article 3 s'applique à toutes les lois et à tous les règlements adoptés dans le cadre de l'État, par quelque autorité que ce soit et à quelque niveau que ce soit[96]. Dans la version française, l'expression «droit interne» est préférée à «législation interne» et à «loi interne», parce qu'elle couvre toutes les dispositions de l'ordre juridique interne, que celles-ci soient écrites ou non écrites, ou qu'elles prennent la forme de règles constitutionnelles ou législatives, de décrets ou de décisions judiciaires.

Chapitre II

Attribution d'un comportement à l'État

1) Selon l'article 2, l'une des conditions essentielles de la responsabilité internationale de l'État est qu'au regard du droit international le comportement en cause soit attribuable à l'État. Le chapitre II définit les circonstances dans lesquelles cette attribution se justifie, c'est-à-dire lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission ou une série d'actions ou d'omissions doit être considéré comme le comportement de l'État.

2) Théoriquement, le comportement de tous les êtres humains, sociétés commerciales ou collectivités liés à l'État par la nationalité, le lieu de résidence habituelle ou le lieu de constitution peut être attribué à l'État, qu'ils soient ou non liés aux pouvoirs publics. En droit international, ce principe est écarté, à la fois pour limiter la responsabilité à un comportement qui engage l'État en tant qu'organisation et pour tenir compte de l'autonomie des personnes qui agissent pour leur propre compte et non à l'instigation d'une entité publique. La règle générale est donc que le seul comportement attribué à l'État sur le plan international est celui de ses

---

[96] Cf. *LaGrand* (*Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique*)*, demande en indication de mesures conservatoires*, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 16, par. 28.

organes de gouvernements ou d'autres entités qui ont agi sous la direction, à l'instigation ou sous le contrôle de ces organes, c'est-à-dire en qualité d'agents de l'État[97].

3) Par voie de conséquence, le comportement de personnes privées n'est pas en tant que tel attribuable à l'État. Cette règle a été établie par exemple dans l'affaire *Tellini* de 1923. Le Conseil de la Société des Nations a soumis à un comité spécial de juristes certaines questions soulevées par un incident opposant l'Italie à la Grèce[98]. Au cours de cet incident, le président et plusieurs membres d'une commission internationale chargée de délimiter la frontière gréco-albanaise furent assassinés en territoire grec. En réponse à la question V, le Comité déclara que:

> «La responsabilité d'un État, pour crime politique commis sur la personne des étrangers sur son territoire, ne se trouve engagée que si cet État a négligé de prendre toutes les dispositions appropriées en vue de prévenir le crime et en vue de la poursuite, de l'arrestation et du jugement du criminel[99].»

4) L'attribution d'un comportement à l'État en tant que sujet de droit international repose sur des critères déterminés par ce droit et non sur la simple reconnaissance d'un lien de causalité factuel. En tant qu'opération normative, l'attribution doit être clairement distinguée de la qualification d'un comportement comme internationalement illicite. Elle a pour objet d'établir

---

97 Voir par exemple I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsability (Part I)* (Oxford, Clarendon Press, 1983), p. 132 à 166; D. D. Caron, «The Basis of Responsibility: Attribution and Other Trans-Substantive Rules», *in* R. Lillich & D. Magraw (dir. publ.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (Irvington-on-Hudson, Transnational Publishers, 1998), p. 109; L. Condorelli, «L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances», *Recueil des cours…,* vol. 189 (1984-VI), p. 9; H. Dipla, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme – problèmes d'imputation* (Paris, Pédone, 1994); A. V. Freeman, «Responsability of States for Unlawful Acts of Their Armed Forces», *Recueil des cours…,* vol. 88 (1956), p. 261; F. Przetacznik, «The International Responsability of States for the Unauthorized Acts of their Organs», *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 1 (1989), p. 151.

98 SDN, *Journal officiel*, quatrième année, n° 11 (novembre 1923), p. 1349.

99 SDN, *Journal officiel*, cinquième année, n° 4 (avril 1924), p. 524. Voir aussi l'affaire *Janes*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (1925), p. 86.

l'existence d'un fait de l'État aux fins de la responsabilité. Montrer qu'un comportement est attribuable à l'État ne permet pas en soi de déterminer s'il est licite ou illicite, et les règles d'attribution ne doivent pas être formulées en des termes qui laisseraient entendre le contraire. Mais les différentes règles d'attribution énoncées dans le chapitre II ont un effet cumulatif, de telle manière qu'un État peut être responsable des effets du comportement d'entités privées s'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour prévenir ces effets. Par exemple, un État accréditaire n'est pas responsable, en cette qualité, des faits de particuliers qui s'emparent d'une ambassade, mais il sera responsable s'il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour protéger l'ambassade ou pour en reprendre le contrôle[100]. À cet égard, il y a souvent un lien étroit entre le fondement de l'attribution et l'obligation dont la violation est alléguée, même si ces deux éléments sont distincts du point de vue de l'analyse.

5) La question de l'attribution d'un comportement à l'État aux fins de la responsabilité est à distinguer d'autres processus du droit international par lesquels certains organes sont autorisés à contracter des engagements au nom de l'État. Ainsi, le chef de l'État ou de gouvernement ou le Ministre des affaires étrangères sont réputés être habilités à représenter l'État sans avoir besoin de produire des pleins pouvoirs[101]. De telles règles n'ont rien à voir avec l'attribution aux fins de la responsabilité. En principe, la responsabilité de l'État est engagée par tout comportement incompatible avec ses obligations internationales, quel que soit le niveau de l'administration ou du gouvernement auquel ce comportement intervient[102]. Ainsi, les règles concernant l'attribution énoncées dans le présent chapitre sont formulées à cette fin particulière, et non à d'autres fins pour lesquelles il peut être nécessaire de définir l'État ou son gouvernement.

---

[100] Voir *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980,* p. 3.

[101] Voir art. 7, 8, 46 et 47 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies*, Recueil des Traités,* vol. 1155, p. 331.

[102] Ce point a été souligné, s'agissant des États fédéraux, dans l'affaire *LaGrand (Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999*, p. 16, par. 28. Il ne vaut naturellement pas pour les seuls États fédéraux. Voir ci-après l'article 5 et le commentaire y relatif.

6) Le droit interne et la pratique de chaque État jouent un rôle décisif dans la détermination de ce qui constitue un organe de l'État. La structure de l'État et les fonctions de ses organes ne sont pas, en règle générale, régies par le droit international. Il appartient à chaque État de décider de la structure de son appareil administratif et des fonctions qui doivent être assumées par les pouvoirs publics. Mais s'il est vrai que l'État demeure libre de déterminer sa structure et ses fonctions internes selon ses lois et sa pratique, le droit international joue un rôle distinct. Par exemple, le comportement de certaines institutions assumant des fonctions publiques et exerçant des prérogatives de puissance publique (comme la police) est attribué à l'État même si, en droit interne, elles sont réputées être autonomes et indépendantes du pouvoir exécutif[103]. De même, en droit international, le comportement d'organes de l'État qui outrepassent leur compétence peut être attribué à l'État, quelle que puisse être la position du droit interne à cet égard[104].

7) Le présent chapitre a donc pour objet d'indiquer les conditions dans lesquelles un comportement peut être attribué à l'État en sa qualité de sujet de droit international aux fins de déterminer sa responsabilité internationale. Le comportement est ainsi attribué à l'État en sa qualité de sujet de droit international et non en celle de sujet de droit interne. En droit interne, il est courant que l'«État» soit subdivisé en entités juridiques distinctes. Par exemple, il se peut qu'en droit interne, les ministères, directions, services de toutes sortes, commissions ou établissements publics soient dotés d'une personnalité juridique distincte, aient des comptes distincts et des obligations en matière de réparation distinctes. Mais en droit international, un État ne peut se soustraire à ses responsabilités internationales du seul fait de son organisation interne. En sa qualité de sujet de droit international, l'État est responsable du comportement de tous les organes, institutions et fonctionnaires qui font partie de son organisation et agissent en cette qualité, qu'ils aient ou non la personnalité juridique en droit interne.

8) Le chapitre II comprend huit articles. L'article 4 énonce la règle fondamentale d'attribution à l'État du comportement de ses organes. L'article 5 traite du comportement d'entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique de l'État, et l'article 6 du cas particulier dans

---

103 Voir le commentaire de l'article 4, par. 11); voir aussi l'article 5 et le commentaire y relatif.

104 Voir l'article 7 et le commentaire y relatif.

lequel un organe d'un État est mis à la disposition d'un autre État et est habilité à exercer des prérogatives de puissance publique de cet État. L'article 7 indique clairement que le comportement d'un organe ou d'une entité habilité à exercer des prérogatives de puissance publique est attribué à l'État même si l'organe ou la personne concerné a agi *ultra vires* ou contrairement à ses instructions. Les articles 8 à 11 envisagent d'autres situations dans lesquelles un comportement, qui n'est pas celui d'un organe ou d'une entité de l'État, n'en est pas moins attribué à l'État par le droit international. L'article 8 a trait au comportement mené sur instructions d'un organe de l'État ou sous la direction ou le contrôle d'un tel organe. L'article 9 vise un comportement impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique en l'absence des autorités officielles. L'article 10 a trait à un cas particulier, à savoir la responsabilité, dans certaines circonstances, à raison du comportement d'un mouvement insurrectionnel. L'article 11 traite du comportement qui n'est pas attribuable à l'État en vertu d'un des articles qui précèdent mais que l'État fait néanmoins sien, expressément ou par sa conduite.

9) Ces règles sont cumulatives mais elles sont également limitatives. En l'absence d'un engagement ou d'une garantie spécifique (qui relèverait de la *lex specialis*[105]), un État n'est pas responsable du comportement de personnes ou d'entités dans des circonstances qui ne sont pas couvertes par le présent chapitre. Comme l'a confirmé le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, «Pour attribuer un fait à l'État, il est nécessaire d'identifier avec une certitude raisonnable les acteurs et leur relation avec l'État[106].». Ceci se déduit déjà des dispositions de l'article 2.

Article 4

Comportement des organes de l'État

1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.

---

[105] Voir l'article 55 et le commentaire y relatif.

[106] *Yeager v. Islamic Republic of Iran* (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, p. 101 et 102.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.

Commentaire

1) Le paragraphe 1 de l'article 4 énonce le premier principe qui régit l'attribution aux fins de la responsabilité de l'État en droit international, à savoir que le comportement d'un organe de l'État est attribuable à cet État. L'expression «organe de l'État» s'entend de toutes les personnes ou entités qui entrent dans l'organisation de l'État et qui agissent en son nom. Elle englobe les organes de toute collectivité publique territoriale à l'intérieur de l'État, au même titre que les organes du gouvernement central de cet État: cela est précisé dans le dernier membre de phrase.

2) Certains faits d'individus ou d'entités qui n'ont pas le statut d'organe de l'État peuvent être attribués à l'État en droit international, et ces cas sont visés dans d'autres articles du présent chapitre. Mais la règle n'en constitue pas moins un point de départ. Elle définit les principaux cas d'attribution et en annonce d'autres. Par exemple, en vertu de l'article 8, un comportement que l'État autorise au point qu'il lui est attribuable doit avoir été autorisé par un organe de l'État, directement ou indirectement.

3) Le fait que l'État est responsable du comportement de ses organes, agissant en cette qualité, est reconnu de longue date par la jurisprudence internationale. Dans l'affaire *Moses*, par exemple, tranchée par la Commission mixte des réclamations États-Unis d'Amérique/Mexique, le surarbitre Lieber affirmait: «Un fonctionnaire ou une personne investie d'une autorité représente *pro tanto* son gouvernement qui, internationalement considéré, est l'ensemble de tous les fonctionnaires et de toutes les personnes investies d'une autorité[107].». Ce principe a été réaffirmé à plusieurs reprises depuis lors[108].

---

[107] Moore, *International Arbitrations*, vol. III (1871), p. 3129.

[108] Voir par exemple *Claims of Italian Nationals Resident in Peru,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (1901), p. 399 (réclamation *Chiessa*); p. 401 (réclamation *Sessarego*); p. 404 (réclamation *Sanguinetti*); p. 407 (réclamation *Vercelli*); p. 408 (réclamation *Queirolo*); p. 409 (réclamation *Roggero*); p. 411 (réclamation *Miglia*); *Salvador Commercial*

4) Dans les réponses qu'ils ont adressées au Comité préparatoire de la Conférence de 1930 pour la codification du droit international[109] ils ont été unanimes à considérer que les actions ou omissions des organes de l'État doivent être attribuées à celui-ci. La Troisième Commission de la Conférence a adopté en première lecture, à l'unanimité, l'article 1er, qui prévoyait que «tout manquement aux obligations internationales d'un État du fait de ses organes[110]» engage la responsabilité internationale de cet État.

5) Le principe de l'unité de l'État veut que les actions ou omissions de tous les organes de l'État soient réputées être des actions ou omissions de l'État aux fins de la responsabilité internationale. Il va sans dire qu'il n'existe pas de catégorie d'organes ayant spécialement vocation à commettre un fait internationalement illicite, et pratiquement tout organe de l'État peut être l'auteur d'un tel fait. La diversité des obligations internationales ne permet pas d'établir de distinction générale entre les organes qui peuvent commettre un fait internationalement illicite et ceux qui ne le peuvent pas. Cette idée est rendue dans le dernier membre de phrase du paragraphe 1, qui énonce clairement la règle de droit international en la matière.

6) Ainsi l'expression «un organe de l'État» utilisée à l'article 4 doit s'entendre dans son acception la plus large. Elle ne se limite pas aux organes du gouvernement central, aux hauts responsables ou aux personnes chargés des relations extérieures de l'État. Elle recouvre les organes publics de quelque nature et de quelque catégorie que ce soit, remplissant quelque fonction que ce soit et à quelque niveau que ce soit, y compris au niveau régional, voire local. Aucune distinction n'est faite en l'occurrence entre les organes qui appartiennent à la branche

---

Company, ibid. vol. XV (1902), p. 477; affaire des *Finnish Shipowners* entre la Grande-Bretagne et la Finlande, ibid., vol. III (1934), p. 1501.

[109] Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussions établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence,* tome III: *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 25, 41 et 52; *Supplément au tome III: Réponses des États à la liste de points; Réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique* (doc. C.75a).M.69a).1929.V), p. 2, 3 et 6.

[110] Reproduit dans *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 225, annexe 3.

législative, exécutive ou judiciaire. C'est ainsi que dans l'affaire *Salvador Commercial Company*, le Tribunal a déclaré:

> «… Un État est responsable des actes de ses dirigeants, qu'ils appartiennent à la branche législative, exécutive ou judiciaire de l'État, pour autant qu'ils aient commis ces actes en leur qualité officielle[111].»

La Cour internationale de Justice a elle aussi confirmé cette règle de manière catégorique dans l'avis qu'elle a rendu dans l'affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*:

> «Selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État. Cette règle … revêt un caractère coutumier [112].»

Dans cette affaire, la Cour s'est intéressée principalement à des décisions de tribunaux nationaux, mais le même principe vaut pour les faits des organes législatifs et exécutifs[113]. Ainsi que la Cour permanente de Justice internationale l'a dit dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond):*

---

[111] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (1902), p. 477. Voir également affaire *Chattin*, ibid., vol. IV (1927), p. 285 et 286; *Différend concernant l'interprétation de l'article 79 du Traité de paix*, ibid., vol. XIII (1955), p. 438.

[112] *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, C.I.J. Recueil 1999*, p. 87, par. 62, avec une référence au projet d'articles sur la responsabilité des États, notamment à l'article 6, devenu l'article 4.

[113] Pour les faits d'organes législatifs, voir par exemple les affaires *Colons allemands en Pologne, 1923, C.P.J.I., série B, n° 6*, p. 35 et 36; *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, 1932, C.P.J.I., série A/B, n° 44,* p. 24 et 25; *Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires, 1938, C.P.J.I., série A/B, n° 74*, p. 25 et 26; *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, C.I.J. Recueil 1952*, p. 193 et 194. Pour ce qui est des faits d'organes exécutifs, voir, par exemple, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre ce pays (Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986*, p. 14; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), C.I.J. Recueil 1989,* p. 15. En ce qui concerne les faits d'organes judiciaires, voir l'affaire du *Lotus, 1927, C.P.J.I., série A, n° 10,* p. 24; *Compétence des tribunaux de Dantzig, C.P.J.I., 1928, série B, n° 15,* p. 24; *Ambatielos, fond, C.I.J. Recueil 1953*, p. 21 et 22. Dans certains cas, le comportement en cause peut comprendre des faits de l'exécutif et du judiciaire; voir par exemple *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, C.I.J. Recueil 1958,* p. 65.

> «Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont […] [des] manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives[114].»

Il s'ensuit que l'article 4 vise les organes, qu'ils exercent «des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres». Cette formule tient compte du fait que le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas appliqué de manière uniforme, et que de nombreux organes exercent des prérogatives combinant des éléments d'ordre législatif, exécutif ou judiciaire. De plus, les mots «ou autres» montrent clairement que l'énumération des fonctions n'est pas limitative[115].

Peu importe, aux fins de l'attribution, que le comportement d'un organe de l'État soit qualifié de «commercial» ou de «*acta jure gestionis*». Bien entendu, la non-exécution d'un contrat par un État ne constitue pas en soi une violation du droit international[116]. Pour que le droit international s'applique, il faut quelque chose de plus, par exemple un déni de justice commis par les tribunaux de l'État dans le cadre d'une procédure intentée par le cocontractant.

La conclusion ou la non-exécution d'un contrat par un organe de l'État n'en demeure pas moins un fait de cet État aux fins de l'article 4[117], et peut dans certaines circonstances constituer un fait internationalement illicite[118].

---

[114] *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, 1926, C.P.J.I., série A, n° 7,* p. 19.

[115] Ces fonctions peuvent comprendre, par exemple, la promulgation par l'administration de directives à l'intention du secteur privé. Le point de savoir si de telles directives constituent une violation d'une obligation internationale peut constituer un problème, mais en tant que «directives», elles sont à l'évidence attribuables à l'État. Voir, par exemple, GATT, *Japon – Commerce des semi-conducteurs*, rapport du Groupe spécial du 24 mars 1988, par. 110 et 111. OMC, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs,* rapport du Groupe spécial, WT/DS44, par. 10.12 à 10.16.

[116] Voir l'article 3 et le commentaire y relatif.

[117] Voir par exemple les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Swedish Engine Drivers' Union, C.E.D.H., Série A, n° 20* (1976), p. 14, et l'affaire *Schmidt et Dahlström*, ibid., *Série A, n° 21* (1976), p. 15.

[118] Tous les membres de la Sixième Commission qui ont répondu à une question spécifique posée par la Commission sur ce point ont déclaré que la distinction entre *acta jure gestionis* et *acta jure imperii* n'était pas pertinente en la matière: voir *Rapport de la Commission … 1998* (A/53/10), par. 35.

7) De la même manière, aucune distinction de principe n'est établie entre les faits des «supérieurs hiérarchiques» et ceux des «subordonnés», pour autant qu'ils agissent en leur qualité officielle. C'est ce que rend l'expression «quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État» utilisée à l'article 4. Certes, les subordonnés exercent des tâches de portée plus limitée et peuvent n'être pas habilités à prendre les décisions finales. Mais leur comportement en leur qualité officielle n'en est pas moins attribuable à l'État aux fins de l'article 4. Les commissions mixtes constituées après la Seconde Guerre mondiale ont souvent eu à connaître du comportement d'organes subalternes de l'État, par exemple administrateurs de biens ennemis, maires et membres des forces de police, et elles ont toujours considéré que les faits de ces personnes étaient attribuables à l'État[119].

8) De même, le principe posé à l'article 4 s'applique aux organes aussi bien du gouvernement central que de l'administration régionale ou locale. Ceci est admis depuis longtemps. Par exemple, dans l'affaire *Héritiers de S. A. R. Monseigneur le Duc de Guise*, la Commission de conciliation franco-italienne a dit:

> «Il importe peu pour décider dans la présente affaire que le décret du 29 août 1947 émane non pas de l'État italien mais de la Région sicilienne. L'État italien est responsable, en effet, de l'exécution du Traité de paix même pour la Sicile, nonobstant l'autonomie accordée à celle-ci dans les rapports internes, par le droit public de la République italienne[120].»

Cette position a été vigoureusement défendue au cours des travaux préparatoires de la Conférence de 1930 pour la codification du droit international. Les gouvernements avaient été expressément invités à dire si la responsabilité de l'État se trouvait engagée à la suite des «actes

---

[119] Voir par exemple l'affaire *Currie*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XIV (1954), p. 24; le *Différend concernant l'interprétation de l'article 79 du Traité de paix italien*, ibid., vol. XIII (1955), p. 431 et 432; l'affaire *Mossé*, ibid., vol. XIII (1953), p. 492 et 493. Pour des décisions antérieures, voir l'affaire *Roper*, ibid., vol. IV (1927), p. 145; l'affaire *Massey*, ibid., vol. IV (1927), p. 155; l'affaire *Way*, ibid., vol IV (1928), p. 400; l'affaire *Baldwin*, ibid., vol. VI (1933), p. 328. Voir également la question de la réquisition d'une usine par le maire de Palerme dans l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), C.I.J. Recueil 1989*, p. 15, par exemple, p. 50, par. 70.

[120] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (1951), p. 161. Pour des décisions antérieures, voir par exemple l'affaire *Pieri Dominique and Co.*, ibid., vol. X (1905), p. 156.

ou omissions de collectivités (communes, provinces, etc.) […] qui exercent des fonctions publiques d'ordre législatif ou administratif». Tous les gouvernements répondirent par l'affirmative[121].

9) Peu importe, en l'occurrence, que l'unité territoriale en cause fasse partie d'un État fédéral ou soit une région autonome spécifique, et peu importe également que le droit interne de l'État en question habilite ou non le parlement fédéral à contraindre l'unité territoriale à respecter les obligations internationales de l'État. La sentence rendue dans l'affaire du *Montijo* est le point de départ d'une jurisprudence constante dans ce sens[122]. Dans l'affaire *Pellat*, la Commission des réclamations France/Mexique a réaffirmé «le principe de la responsabilité internationale […] d'un État fédéral pour tous les actes des États particuliers qui donnent lieu à des réclamations d'États étrangers» et noté en particulier que cette responsabilité «… ne saurait être niée, pas même dans les cas où la Constitution fédérale dénierait au gouvernement central le droit de contrôle sur les États particuliers ou le droit d'exiger d'eux qu'ils conforment leur conduite aux prescriptions du droit international[123]». Depuis lors, cette règle a été appliquée avec constance. Par exemple, dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a déclaré ce qui suit:

> «Considérant que la responsabilité internationale d'un État est engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet État, quels qu'ils soient; que les États-Unis doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente

---

[121] Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence, t. III: Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 90. *Supplément au tome III: Réponses des États à la liste de points; Réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique* (doc. C.75a).M.69a).1929.V), p. 90. *Supplément au tome III: Réponses des États à la liste de points: Réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique* (doc. C.75a).M.69a).1929.V), p. 3 et 18.

[122] Voir Moore, *International Arbitrations*, vol. II, (1875), p. 1440. Voir également les affaires *De Brissot and others*, ibid., vol. III (1855), p. 2970 et 2971; *Pieri Dominique and Co.*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. X (1905), p. 156 et 157; *Davy,* ibid., vol. IX (1903), p. 468; *Janes*, ibid., vol. IV (1925), p. 86; *Swinney*, ibid., p. 101; *Quintanilla*, ibid., p. 103; *Youmans*, ibid., p. 116; *Mallén*, ibid., p. 177; *Venable*, ibid., p. 230; et *Tribolet,* ibid., p. 601.

[123] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (1929), p. 536.

> instance n'aura pas été rendue; que, selon les informations dont dispose la Cour, la mise en œuvre des mesures indiquées dans la présente ordonnance relève de la compétence du Gouverneur de l'État de l'Arizona; que le Gouvernement des États-Unis est par suite dans l'obligation de transmettre la présente ordonnance audit gouverneur; et que le Gouverneur de l'Arizona est dans l'obligation d'agir conformément aux engagements internationaux des États-Unis; …[124]»

10) Cette position s'explique d'autant plus que les États fédéraux varient considérablement quant à leur structure et à la répartition des pouvoirs et que, dans la plupart des cas, les entités fédérées ne jouissent ni d'une personnalité juridique internationale propre (aussi limitée fût-elle) ni du pouvoir de conclure des traités. Dans les cas où une entité fédérée est habilitée à conclure des accords internationaux pour son compte[125], l'autre partie peut avoir accepté de se borner à exercer un recours contre cette entité en cas de violation; l'affaire n'engagera donc pas la responsabilité de l'État fédéral et ne relèvera pas des présents articles. Autre possibilité, la responsabilité de l'État fédéral en vertu d'un traité peut être limitée par les termes d'une clause fédérale incorporée dans le traité[126]. Il s'agit à l'évidence d'une exception à la règle générale, qui ne s'applique que dans les relations entre les États parties au traité et dans les matières couvertes par celui-ci. Elle produit des effets en vertu du principe de la *lex specialis*, envisagé à l'article 55.

11) Le paragraphe 2 définit le rôle du droit interne dans la détermination du statut d'un organe de l'État. La qualification d'un organe comme tel par le droit interne s'impose. Toutefois, il ne suffit pas de se référer au droit interne pour déterminer le statut d'un organe de l'État. Dans certains systèmes, le statut et les fonctions des diverses entités sont définis non seulement par la loi mais aussi par la pratique, et se reporter exclusivement au droit interne peut induire en erreur. De plus, la loi nationale peut être laconique, voire muette, quant aux entités qui ont le statut d'«organe». Dans ce cas, les pouvoirs de l'entité considérée et sa relation avec d'autres entités

---

[124] Affaire *LaGrand (Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique)*, *mesures conservatoires*, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 16, par. 28. Voir aussi l'arrêt du 27 juin 2001, par. 81.

[125] Voir par exemple l'article 56, par. 3, et l'article 172, par. 3, de la Constitution de la Confédération suisse, 18 avril 1999.

[126] Voir par exemple la Convention pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel, Paris, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1037, p. 174, art. 34.

en vertu du droit interne entreront en ligne de compte pour sa qualification en tant qu'«organe», mais le droit interne en lui-même ne permettra pas d'opérer cette classification. Et même s'il le permet, le mot «organe» peut avoir en droit interne un sens particulier et non celui, très général, qu'il a à l'article 4. Par exemple, dans certains systèmes juridiques, le mot «gouvernement» vise seulement les organes qui se situent au plus haut niveau, comme le chef de l'État et le conseil des ministres. Dans d'autres, la police jouit d'un statut spécial, indépendant de l'exécutif; ceci ne signifie pas pour autant qu'aux fins du droit international elle n'est pas un organe de l'État[127]. En conséquence, un État ne saurait, pour se soustraire à sa responsabilité du fait d'une entité qui agit véritablement en tant qu'un de ses organes, se contenter de dénier ce statut à l'entité en cause en invoquant son droit interne. C'est cette idée que rend le mot «comprend» employé au paragraphe 2.

12) L'expression «personne ou entité» est utilisée au paragraphe 2 de l'article 4 ainsi qu'aux articles 5 et 7. Elle s'entend au sens large et vise toute personne physique ou morale, qu'il s'agisse du titulaire d'un emploi public, d'un ministère, d'une commission ou d'un autre organe exerçant des prérogatives de puissance publique, etc. Le mot «entité» est employé dans un sens similaire dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens adopté en 1991[128].

13) Bien que le principe posé à l'article 4 soit clair et incontesté, son application peut soulever des difficultés. En particulier, il s'agit de déterminer si une personne qui est un organe de l'État agit en cette qualité. Peu importe à cette fin que la personne concernée ait nourri des arrière-pensées ou agi sur la base de motifs illicites ou qu'elle ait pu abuser de prérogatives de puissance publique. Lorsqu'elle agit à titre apparemment officiel, ou en se prévalant d'une compétence, les faits en question seront attribuables à l'État. La distinction entre le comportement d'un organe de l'État non autorisé et un comportement purement privé a été

---

[127] Voir par exemple l'affaire de l'*Église de scientologie*, Cour fédérale (République fédérale d'Allemagne), arrêt du 26 septembre 1978, *VI ZR* 267/76, *N.J.W.* 1979, p. 1101; *I.L.R.,* vol. 65, p. 193; *Propend Finance Pty. Ltd. v. Sing* (1997); *I.L.R*, vol. 111, p. 611 (Angleterre, *Court of Appeal*). Il s'agissait d'affaires mettant en jeu les immunités de l'État, mais le même principe s'applique dans le domaine de la responsabilité des États.

[128] *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 13 à 18.

clairement établie dans des sentences arbitrales internationales. Par exemple, la sentence rendue par la Commission mixte des réclamations États-Unis d'Amérique/Mexique dans l'affaire *Mallén* (1927) mettait en jeu, premièrement, le fait d'un fonctionnaire agissant à titre privé et, deuxièmement, un autre fait commis par le même fonctionnaire agissant en sa qualité officielle, mais en abusant de son pouvoir[129]. Le second fait a été jugé attribuable à l'État, mais pas le premier. Dans l'affaire *Caire*, la Commission des réclamations France/Mexique a exclu la responsabilité «dans le seul cas où l'acte n'a eu aucun rapport avec la fonction officielle et n'a été, en réalité, qu'un acte d'un particulier[130]». Il faut se garder de confondre l'hypothèse d'un comportement purement privé avec celle d'un organe agissant en tant que tel mais *ultra vires* ou en violation des règles régissant son activité. Dans ce dernier cas, l'organe agit néanmoins au nom de l'État: ce principe est affirmé à l'article 7[131]. Ce critère doit naturellement être appliqué compte tenu des faits et circonstances de chaque cas d'espèce.

Article 5

Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique

Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

Commentaire

1) L'article 5 traite de l'attribution à l'État du comportement d'organismes qui ne sont pas des organes de l'État au sens de l'article 4 mais qui sont néanmoins autorisés à exercer des prérogatives de puissance publique. L'objet de cet article est de faire en sorte que soit pris en

---

[129] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (1927), p. 175.

[130] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (1929), p. 531. Voir également l'affaire *Bensley* (1850) dans Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 3018 («un geste irresponsable ne présentant aucune apparence de démarche officielle et n'ayant aucun rapport avec ses responsabilités officielles»); affaire *des Castelains* (1880), ibid., p. 2999. Voir également l'article 7 et le commentaire y relatif.

[131] Voir également le commentaire de l'article 7, par. 7.

compte le phénomène de plus en plus répandu des entités paraétatiques qui exercent des prérogatives de puissance publique à la place d'organes de l'État, ainsi que les situations où d'anciennes entreprises publiques ont été privatisées mais conservent certaines prérogatives publiques ou réglementaires.

2) Le terme générique «entité» traduit la grande diversité des organismes qui, bien que n'étant pas des organes de l'État, peuvent être habilités par le droit interne à exercer des prérogatives de puissance publique. Il peut s'agir d'entreprises publiques, d'entités parapubliques, d'institutions publiques diverses, voire, dans certains cas particuliers, de sociétés privées, pour autant que, dans le cas d'espèce, l'entité est habilitée par le droit interne à exercer des fonctions à caractère public normalement exercées par des organes de l'État et que son comportement se rapporte à l'exercice des prérogatives de puissance publique en cause. C'est ainsi que dans certains pays, des employés d'entreprises de sécurité privées peuvent être chargés d'assurer des fonctions de gardien de prison et, en cette qualité, d'exercer des prérogatives de puissance publique comportant, par exemple, un pouvoir de détention et des pouvoirs disciplinaires en application d'une sentence judiciaire ou d'un règlement pénitentiaire. Des compagnies aériennes privées ou publiques peuvent se voir déléguer certains pouvoirs ayant trait au contrôle de l'immigration ou à la mise en quarantaine. Dans une affaire dont a été saisi le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, une fondation autonome créée par un État était détentrice de biens à des fins caritatives, sous le contrôle étroit de cet État. Elle avait notamment pour pouvoir d'identifier les biens à saisir. Le Tribunal a jugé que cette fondation était une entité publique et non privée, relevant donc de sa compétence; l'administration par cette fondation des biens présumés expropriés aurait de toute manière été couverte par l'article 5[132].

3) Le fait qu'une entité puisse être qualifiée de publique ou de privée d'après les critères d'un système juridique donné, le fait que l'État détienne une part plus ou moins grande de son capital ou, de manière plus générale, de ses actifs, et le fait qu'elle soit ou non soumise au contrôle du pouvoir exécutif ne sont pas des critères décisifs pour déterminer si le comportement de cette entité peut être attribué à l'État. L'article 5 renvoie par contre à la vraie caractéristique commune

---

[132] *Hyatt International Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1985) 9 *Iran-U.S.C.T.R.* 72, p. 88 à 94.

de ces entités, à savoir qu'elles sont habilitées, même dans une mesure limitée ou dans un domaine spécifique, à exercer certaines prérogatives de puissance publique.

4) Les entités paraétatiques peuvent être considérées comme un phénomène relativement moderne mais le principe consacré dans l'article 5 est reconnu depuis un certain temps déjà. C'est ainsi qu'il ressort des réponses à la demande d'informations adressées aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930 que certains gouvernements étaient résolument en faveur de l'attribution à l'État du comportement des organismes autonomes exerçant des fonctions publiques à caractère administratif ou législatif.
Le Gouvernement allemand, par exemple, a fait valoir que:

> «lorsque, en vertu d'une délégation de pouvoir, les collectivités exercent des fonctions publiques, comme par exemple, des fonctions de police … les principes qui régissent la responsabilité de l'État, pour ses organes, s'appliquent d'une façon analogue. Au point de vue du droit international, il est indifférent qu'un État, par exemple, remplisse intégralement la fonction de police par ses propres agents ou qu'il en charge, dans une mesure plus ou moins grande, des corporations autonomes[133]».

Le Comité préparatoire a donc établi la base de discussion ci-après, que la Troisième Commission de la Conférence n'a toutefois pas eu le temps d'examiner:

> «La responsabilité de l'État se trouve engagée si le dommage subi par un étranger résulte des actes ou omissions … [d']institutions autonomes qui exercent des fonctions publiques d'ordre législatif ou administratif, lorsque ces actes ou omissions sont contraires aux obligations internationales de l'État[134].»

5) La justification de l'attribution à l'État, en droit international, du comportement d'une entité «paraétatique» réside dans le fait que le droit interne de l'État autorise l'entité en question à exercer certaines prérogatives de puissance publique. Pour que le comportement d'une entité

---

[133] Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III: *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 90. Le Gouvernement allemand faisait remarquer que ces observations s'appliqueraient à la situation où «l'État charge, exceptionnellement, de fonctions publiques des organisations privées ou autorise de telles organisations à exercer des droits de souveraineté, comme c'est le cas, par exemple, quand des fonctions de police sont conférées à une compagnie de chemin de fer privée»; ibid.

[134] Ibid., p. 92.

de ce type soit considéré comme un fait de l'État aux fins de la responsabilité internationale, il faut donc que ce comportement ait trait à l'activité publique en question et non à d'autres activités, privées ou commerciales, que cette entité exercerait. Ainsi, à titre d'exemple, le comportement d'une entreprise de chemin de fer dotée de certains pouvoirs de police sera considéré comme un fait de l'État d'après le droit international s'il a trait à l'exercice de ces pouvoirs mais pas s'il se rapporte à d'autres activités (vente de billets, achat de matériel roulant, etc.).

6) L'article 5 ne vise pas à délimiter précisément le champ de la «puissance publique» aux fins de l'attribution à l'État du comportement d'une entité donnée. Passé un certain point, ce qui est considéré comme «public» relève de chaque société, de son histoire et de ses traditions. Particulièrement importants seront non seulement le contenu des prérogatives, mais aussi la manière dont elles sont conférées à une entité, les fins auxquelles elles vont être exercées et la mesure dans laquelle l'entité doit rendre compte de leur exercice à l'État. Il s'agit là essentiellement de problèmes d'application d'un critère général à des circonstances diverses.

7) De par sa formulation, l'article 5 se limite clairement aux entités que le droit interne habilite à l'exercice de la puissance publique. Il convient donc de distinguer ce cas de figure des situations où une entité agit sous la direction ou le contrôle de l'État, lesquelles font l'objet de l'article 8, et de celles où une entité ou un groupe s'empare du pouvoir en l'absence des organes de l'État mais dans des circonstances qui requièrent l'exercice de la puissance publique, situations qui sont couvertes par l'article 9. Aux fins de l'article 5, sont visées les entités qui, dans l'exercice de la puissance publique, disposent d'un pouvoir d'appréciation et peuvent agir de manière indépendante: il n'est nul besoin de montrer que le comportement était soumis au contrôle de l'État. Mais l'article 5 ne va pas jusqu'à couvrir les situations où le droit interne autorise ou justifie un certain comportement au titre de l'auto-assistance ou de la légitime défense, pouvoir que tous les citoyens de l'État sont habilités à exercer. Le droit interne doit autoriser expressément ce comportement comme relevant de l'exercice de la puissance publique; il ne suffit pas que l'activité considérée soit autorisée dans le cadre de la réglementation générale des affaires de la communauté. L'on est donc en présence d'une catégorie restreinte.

Article 6

Comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État

Le comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve, est considéré comme un fait du premier État d'après le droit international.

Commentaire

1) L'article 6 traite de la situation précise et limitée où un organe d'un État est effectivement mis à la disposition d'un autre État pour qu'il agisse temporairement au bénéfice et sous l'autorité de ce dernier. Dans un tel cas, l'organe d'un État donné agit exclusivement aux fins et au nom d'un autre État et son comportement est attribué à ce dernier État et à lui seul.

2) L'expression «mis à la disposition» exprime la condition essentielle qui doit être remplie pour que le comportement de l'organe visé soit, en droit international, considéré comme un fait de l'État d'accueil et non de l'État d'envoi. La notion d'organe «mis à la disposition» de l'État d'accueil est précise et implique que l'organe agit avec le consentement, sous l'autorité et aux fins de l'État d'accueil. L'organe en question ne doit pas seulement être chargé d'exercer des fonctions propres à l'État à la disposition duquel il est mis. Dans l'exercice des fonctions qui lui ont été confiées par l'État bénéficiaire, l'organe doit aussi agir en liaison avec l'appareil de cet État et sous la direction et le contrôle exclusifs de celui-ci, et non pas sur instructions de l'État d'envoi. L'article 6 ne traite donc pas de situations ordinaires de coopération ou de collaboration interétatique, en vertu d'un traité ou autrement[135].

3) Parmi les exemples des situations qui pourraient entrer dans le cadre de cette notion limitée d'organe d'un État «mis à la disposition» d'un autre État pourrait figurer le cas d'une section de services sanitaires ou autres placée sous les ordres d'un autre pays pour aider à maîtriser une

---

[135] Ainsi les mesures prises par l'Italie pour contrôler l'immigration illégale en mer en vertu d'un accord avec l'Albanie n'étaient pas imputables à l'Albanie: *Xhavara et consorts* c. *Italie et Albanie*, requête n° 39473-98, *C.E.D.H.*, décision du 11 janvier 2001. À l'inverse, les mesures prises par la Turquie dans le cadre de l'Union douanière Communautés européennes-Turquie demeuraient attribuables à la Turquie: voir OMC, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS34/R, 31 mai 1999, par. 9.33 à 9.44.

épidémie ou faire face aux conséquences d'une catastrophe naturelle, ou de juges chargés dans des cas particuliers d'agir en tant qu'organes judiciaires d'un autre État. En revanche, le cas de la simple fourniture d'une aide ou d'une assistance par les organes d'un État à un autre État sur le territoire de ce dernier n'est pas couvert par l'article 6. Ainsi, des forces armées peuvent être envoyées sur le territoire d'un autre État pour l'aider dans l'exercice du droit de légitime défense collective ou à d'autres fins. Lorsque les forces en question demeurent sous l'autorité de l'État d'envoi, elles exercent des prérogatives de puissance publique de cet État et non de l'État d'accueil. Il se peut aussi que l'organe d'un État agisse sur instructions conjointes de cet État et d'un autre, ou qu'une entité soit un organe mixte de plusieurs États. Dans de tels cas, le comportement en cause est imputable aux deux États en vertu d'autres dispositions du présent chapitre[136].

4) L'élément crucial aux fins de l'article 6 est donc l'établissement d'un lien fonctionnel entre l'organe en question et la structure ou l'autorité de l'État d'accueil. La notion d'organe «mis à la disposition» d'un autre État exclut le cas des organes d'un État, envoyés dans un autre État aux fins du premier État ou même à des fins communes, qui conservent leur propre autonomie et leur propre statut, par exemple les missions culturelles, les missions diplomatiques ou consulaires ou les organisations d'aide ou de secours étrangères. Sont aussi exclues du champ d'application de l'article 6 les situations où les fonctions de l'État «bénéficiaire» sont exercées sans son consentement, comme c'est le cas lorsqu'un État, placé dans une situation de dépendance, d'occupation territoriale ou autre, est forcé de tolérer que l'action de ses propres organes soit mise à l'écart et remplacée dans une plus ou moins large mesure par celle d'organes de l'autre État[137].

5) Deux autres conditions doivent être réunies pour que l'article 6 s'applique. Premièrement, l'organe en question doit posséder le statut d'organe de l'État d'envoi et, deuxièmement, il doit agir dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État d'accueil. La première de ces

---

[136] Voir aussi l'article 47 et le commentaire y relatif.

[137] Pour la responsabilité d'un État qui exerce une direction ou un contrôle dans la commission d'un fait internationalement illicite par un autre État ou contraint un autre État à commettre un tel fait, voir les articles 17 et 18 et les commentaires y relatifs.

conditions exclut du champ d'application de l'article 6 le comportement d'entités privées ou de particuliers qui n'ont jamais eu le statut d'organe de l'État d'envoi. Par exemple, des experts ou des conseillers mis à la disposition d'un État dans le cadre de programmes d'assistance technique n'ont généralement pas le statut d'organes de l'État d'envoi. La deuxième condition est que l'organe mis à la disposition d'un État par un autre État doit «agir dans l'exercice de prérogatives de puissance publique» de l'État d'accueil. Il n'y aura fait attribuable à l'État d'accueil que si l'organe prêté agit dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de cet État. Au regard du nombre des cas d'actions de coopération menées par les États dans des domaines tels que la défense mutuelle, l'aide et le développement, l'article 6 ne couvre qu'une notion précise et limitée de «responsabilité transférée». Cette situation n'est toutefois pas inconnue dans la pratique des États.

6) Dans l'affaire *Chevreau*[138], un consul britannique en Perse qui était temporairement chargé d'affaires du consulat de France avait perdu des documents qui lui avaient été confiés. Saisi d'une réclamation de la France, l'arbitre Beichmann avait estimé que «le Gouvernement britannique ne saurait être tenu responsable d'une négligence de son consul, en sa qualité de gérant du consulat d'une autre puissance[139]». La conclusion de l'arbitre montre implicitement que les termes de l'accord sur la base duquel le consul britannique agissait ne contenaient pas de disposition attribuant la responsabilité de ses actes. Si un État tiers avait voulu présenter une réclamation, il aurait dû, aux termes de l'article 6, la présenter à l'État pour le compte duquel le comportement en cause avait été mené.

7) La Commission européenne des droits de l'homme a examiné des questions similaires dans deux affaires relatives à l'exercice par la police suisse de pouvoirs «délégués» au Liechtenstein[140]. À l'époque des faits, le Liechtenstein n'était pas partie à la Convention européenne, de sorte que si le comportement contesté était attribuable au seul Liechtenstein, aucune violation de la Convention ne pouvait avoir eu lieu. La Commission déclara la requête

---

[138] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1931), p. 1113.

[139] Ibid., p. 1141.

[140] *X et Y* c. *Suisse* (Requêtes n^{os} 7289/75, 7349/76) (1977), 9 *D.R.* 57, *C.E.D.H.*, *Annuaire n^{o} 20*, p. 402 à 406.

recevable au motif que, selon le traité de 1923 régissant les relations entre la Suisse et le Liechtenstein, la Suisse exerçait au Liechtenstein sa propre compétence en matière de douanes et d'immigration, bien qu'avec le consentement de ce dernier et dans leur intérêt mutuel. Les fonctionnaires concernés étaient exclusivement soumis au droit suisse et considérés comme exerçant des prérogatives de puissance publique suisse. En ce sens, ils n'étaient pas «mis à la disposition» de l'État d'accueil[141].

8) Un autre exemple de situation à laquelle l'article 6 s'applique est celui de la Section judiciaire du *Privy Council*, qui a fait fonction de cour d'appel de dernier ressort pour un certain nombre d'États indépendants dans le cadre du Commonwealth. Les décisions rendues par le *Privy Council* sur appel d'un État indépendant du Commonwealth étaient attribuables à cet État et non au Royaume-Uni. Le rôle du *Privy Council* est comparable à celui de certaines cours d'appel de dernier ressort agissant dans le cadre d'arrangements conventionnels[142]. Il existe de nombreux exemples de juges détachés par un État dans un autre pour une période donnée: les décisions qu'ils rendent en leur qualité de juge de l'État d'accueil ne sont pas attribuables à l'État d'envoi, même si ce dernier continue à leur verser leur traitement.

9) Des questions similaires pourraient se poser dans le cas d'organes d'organisations internationales mis à la disposition d'un État et exerçant des prérogatives de puissance publique de cet État. C'est un cas encore plus exceptionnel que ceux auxquels l'article 6 est à présent limité. Il soulève également les questions difficiles des relations entre États et organisations internationales, questions qui ne relèvent pas des présents articles. L'article 57 exclut donc du champ d'application des articles toutes les questions liées à la responsabilité encourue par des organisations internationales ou un État pour les actes d'une organisation internationale. De même, l'article 6 ne concerne pas les cas où, par exemple, des personnes accusées

---

[141] Voir aussi *Drozd et Janousek* c. *France et Espagne*, *C.E.D.H., Série A, n° 240* (1992), par. 96 et 110. Voir en outre *Comptroller and Auditor-General v. Davidson* (1996), *I.L.R.*, vol. 104 (Cour d'appel de Nouvelle-Zélande), p. 536 et 537 (Cooke, P.) et p. 574 à 576 (Richardson, J.). Un appel devant le *Privy Council* invoquant d'autres moyens fut rejeté: *I.L.R.*, vol. 108, p. 622.

[142] Par exemple, l'accord conclu entre Nauru et l'Australie relatif aux appels des décisions de la Cour suprême de Nauru devant la Haute Cour d'Australie, Nations Unies*, Recueil des Traités*, vol. 1216, p. 151.

d'infractions sont transférées par un État à une institution internationale en application d'un traité[143]. En coopérant avec les institutions internationales, l'État concerné n'assume pas la responsabilité de leur comportement ultérieur.

Article 7

Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions

Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepasse sa compétence ou contrevient à ses instructions.

Commentaire

1) L'article 7 traite de l'importante question des faits non autorisés ou *ultra vires* d'organes ou d'entités de l'État. Il établit clairement que le comportement d'un organe de l'État ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique, agissant en sa qualité officielle, est attribuable à l'État même si l'organe ou l'entité a dépassé son pouvoir ou contrevenu aux instructions reçues.

2) L'État ne peut pas se retrancher derrière la considération que selon les dispositions de son droit interne ou les instructions qui ont pu être données à ses organes ou à ses agents, les actions ou omissions de ces derniers n'auraient pas dû se produire ou auraient dû prendre une forme différente. Il en est ainsi même lorsque l'organe ou l'entité en question a ouvertement commis des faits illicites sous le couvert de sa qualité officielle, ou a manifestement dépassé sa compétence. Il en est ainsi même si d'autres organes de l'État ont désavoué le comportement en question[144]. Toute autre règle irait à l'encontre du principe fondamental énoncé à l'article 3, étant donné que sinon un État pourrait invoquer son droit interne pour faire valoir que le comportement visé, qui est en fait celui de ses organes, ne lui est pas attribuable.

---

[143] Voir, par exemple, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, A/CONF.183/9, art. 89.

[144] Voir par exemple la controverse relative au «*Star and Herald*», Moore*, Digest,* vol. VI, p. 775.

3) La règle a évolué en réponse à l'exigence de clarté et de sécurité des relations internationales. En dépit de premières prises de position équivoques dans la pratique diplomatique et dans des sentences arbitrales[145], la pratique des États a fini par étayer l'idée, exprimée par le Gouvernement britannique comme suite à une requête italienne, que «tout gouvernement doit toujours être tenu pour responsable pour tous les actes commis par ses agents en vertu de leur qualité officielle[146]». Comme l'a fait observer le Gouvernement espagnol: «Sinon, on finirait par autoriser l'abus, car dans la plupart des cas il n'y aurait pas de moyen pratique de prouver que l'agent a ou n'a pas procédé d'après ordres reçus[147].». À l'époque, les États-Unis étaient d'avis que «c'est une règle de droit international que les souverains ne peuvent être tenus pour responsables, par voie de procédure diplomatique, des dommages causés à des étrangers par la conduite illégale de fonctionnaires agissant en dehors du cadre de leur compétence non seulement réelle, mais apparente[148]». Il est probable que les différentes formulations aient eu essentiellement le même effet, étant donné que les actes n'entrant pas dans le cadre de la compétence tant réelle qu'apparente ne seraient pas commis par les agents de l'État «en vertu de leur qualité officielle». En tout état de cause, au moment de la Conférence de codification de La Haye (1930), dans leurs réponses à la demande d'informations que le Comité préparatoire de la Conférence leur avait soumise, la majorité des États se sont prononcés

---

[145] Dans un certain nombre de cas anciens, on a attribué à l'État la responsabilité internationale du comportement de ses agents sans préciser si ces derniers avaient dépassé leur pouvoir: voir par exemple les affaires suivantes: «*The Only Son*», Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 3404 et 3405; «*The William Lee*», ibid., vol. IV, p. 3405; *Donoughho*, Moore, *International arbitrations,* vol. III, p. 3012 (1876). Dans les cas où la question a été expressément examinée, les tribunaux n'ont pas systématiquement appliqué un seul principe: voir, par exemple, «*Collector of Customs*»*:* l'affaire du *Matilda A. Lewis*, ibid., vol. III, p. 3019; l'affaire *Gadino*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (1901), p. 414; «*The Lacaze»*, de Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 297 et 298; «*The William Yeaton»*, ibid., vol. III, p. 2946.

[146] Pour les avis des Gouvernements britannique et espagnol formulés en 1898 à la demande de l'Italie concernant un différend avec le Pérou, voir *Archivio del Ministero degli Affari esteri italiano*, serie politica P, n° 43.

[147] Note verbale du Duc Almodóvar del Rio, 4 juillet 1898, ibid.

[148] Incident de l'«American Bible Society», déclaration du Secrétaire d'État des États-Unis, 17 août 1885, Moore, *Digest,* vol. VI, p. 743; «Shine and Milligen», Hackworth, *Digest,* vol. V, p. 575; «Miller», Hackworth, *Digest*, vol. V, p. 570 et 571.

nettement pour la formulation la plus large de la règle, prévoyant l'attribution à l'État «d'actes accomplis par des fonctionnaires sur le territoire national en s'autorisant de leur qualité officielle (actes de fonction) mais en dehors de leur compétence[149]». Les Bases de discussion établies par le Comité reflétèrent ces vues. La Troisième Commission de la Conférence adopta en première lecture un article libellé comme suit:

> «La responsabilité internationale de l'État se trouve … engagée si le dommage subi par un étranger résulte d'actes contraires aux obligations internationales de l'État accomplis par ses fonctionnaires en dehors de leur compétence, mais sous le couvert de leur qualité officielle[150].»

4) La règle moderne est à présent fermement établie en ce sens par la jurisprudence internationale, la pratique des États et la doctrines[151]. Elle est confirmée par exemple dans l'article 91 du Protocole I de 1977 additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949[152], qui dispose que: «La partie au conflit … sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées.». Ceci inclut clairement les faits commis en violation des ordres et instructions. Le commentaire note que l'article 91 fut adopté par consensus et «correspond[s] to the general principles of law on international responsibility[153]».

---

[149] Point V, n° 2 *b*, Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III, (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 78; et *Supplément au tome III* (doc. C.75 a).M.69 a).1929.V), p. 3 et 17.

[150] Ibid., p. 238. Pour un compte rendu plus détaillé de l'évolution de la règle moderne, voir *Annuaire ... 1975*, vol. II, p. 65 à 75.

[151] Par exemple, l'avant-projet révisé de 1961 du Rapporteur spécial, F. V. García Amador, prévoyait que «l'acte ou l'omission est également imputable à l'État lorsque l'organe ou le fonctionnaire a agi en dehors de sa compétence, mais sous le couvert de sa qualité officielle». *Annuaire ... 1961*, vol. II, p. 49.

[152] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1125, p. 3.

[153] Comité international de la Croix-Rouge, *Commentary on the Additionnal Protocols* (Genève, 1987), p. 1053 et 1054.

5) Une formulation définitive de la règle moderne figure dans la décision rendue dans l'affaire *Caire*. Cette affaire concernait le meurtre d'un citoyen français par deux officiers mexicains qui, après avoir échoué dans leur tentative pour lui extorquer de l'argent, l'emmenèrent dans leur caserne et l'abattirent. La Commission considéra…

> «que les deux officiers, même s'ils doivent être censés avoir agi en dehors de leur compétence, […] et même si leurs supérieurs ont lancé un contre-ordre, ont engagé la responsabilité de l'État, comme s'étant couverts de leur qualité d'officiers et servis des moyens mis, à ce titre, à leur disposition[154]».

6) Les cours et les tribunaux internationaux des droits de l'homme ont appliqué la même règle. Ainsi dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a dit…

> «Cette conclusion [d'une violation de la Convention] est indépendante du fait de savoir si l'organe ou le fonctionnaire a contrevenu aux dispositions du droit interne ou outrepassé les limites de son pouvoir: en droit international un État est responsable des faits de ses agents pris en leur qualité officielle et de leurs omissions, même lorsque ces agents agissent hors de la sphère de leur pouvoir ou violent le droit interne[155].»

7) La question essentielle à examiner pour déterminer l'applicabilité de l'article 7 au comportement non autorisé d'un organe officiel est celle de savoir si l'organe en question a agi ou non en sa qualité officielle. Il faut distinguer, d'une part, les cas où les fonctionnaires ont agi en leur qualité en tant que telle, bien que de manière illicite ou en violation des instructions reçues, et, d'autre part, les cas où leur comportement est si éloigné du champ de leurs fonctions officielles qu'il devrait être assimilé à celui de personnes privées, non attribuable à l'État. Pour reprendre les termes employés par le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, la question est

---

[154] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (1929), p. 531. Pour d'autres énoncés de la règle, voir les affaires suivantes: *Maal*, ibid., vol. X (1903), p. 732 et 733; *La Masica*, ibid., vol. XI (1916), p. 560; *Youmans*, ibid., vol. IV (1916), p. 116; *Mallén*, ibid., vol. IV (1925), p. 177; *Stephens*, ibid., vol. IV (1927), p. 267 et 268; *Way*, ibid., vol. IV (1925), p. 400 et 401.
La décision rendue par le Tribunal des réclamations des États-Unis dans l'affaire *Royal Holland Lloyd v. United States*, 73 Ct. Cl. 722, (1931); *A.D.P.I.L.C.,* vol. 6, p. 442*,* est aussi souvent citée.

[155] *Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, n^{o} 4* (1989), par. 170; 95 *I.L.R*. 232, p. 296.

de savoir si le comportement a été «mené par des personnes bénéficiant de prérogatives publiques[156]».

8) Le problème de la frontière à définir entre un comportement non autorisé mais encore «public», d'une part, et un comportement «privé», d'autre part, peut être évité si le comportement qui fait l'objet de la réclamation est systématique ou récurrent, de façon telle que l'État en avait ou aurait dû en avoir connaissance et aurait dû prendre des mesures pour l'empêcher. La distinction entre les deux situations doit cependant encore être faite pour les cas spécifiques de comportements outrageux de la part de personnes qui sont fonctionnaires. Cette distinction apparaît dans la formule «si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité» qui figure à l'article 7. Cela signifie que le comportement visé ne comprend que les actions ou les omissions d'organes agissant prétendument ou apparemment sous le couvert de leurs fonctions officielles et non pas les actions ou les omissions d'individus agissant à titre privé qui se trouvent être des organes ou des agents de l'État[157]. En somme, la question est de savoir s'ils avaient apparemment qualité pour agir.

9) Tel qu'il est formulé, l'article 7 ne s'applique qu'au comportement d'un organe de l'État ou d'une entité habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire uniquement aux cas d'attribution couverts par les articles 4, 5, et 6. La question du comportement non autorisé d'autres personnes, groupes ou entités donne lieu à des problèmes distincts qui sont traités séparément dans les articles 8, 9 et 10.

---

[156] *Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1991) 27 *Iran-U.S.C.T.R.* 64, p. 92. Voir le commentaire de l'article 4, par. 13.

[157] Le fait pour l'agent d'un État d'accepter un pot-de-vin afin d'accomplir un acte donné ou de conclure une transaction serait une forme de comportement *ultra vires* visé par l'article 7. Les articles ne visent pas les questions qui pourraient alors se poser quant à la validité de la transaction (cf. Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 50). En ce qui concerne la responsabilité de l'acte de corruption, des situations diverses peuvent se présenter, qu'il n'est pas nécessaire de traiter expressément dans les présents articles. Lorsqu'un État soudoie un organe d'un autre État pour qu'il accomplisse un acte officiel, sa responsabilité est engagée en vertu de l'article 8 ou de l'article 17. La question de la responsabilité de l'État dont le représentant a été soudoyé à l'égard de l'État corrupteur ne pourrait guère être soulevée en pareil cas; des problèmes concernant sa responsabilité à l'égard d'une tierce partie pourraient se poser mais seraient résolus de manière appropriée par l'article 7.

10) Dans la mesure où il pose une règle d'attribution, l'article 7 ne vise pas la question de savoir si le comportement équivalait à une violation d'une obligation internationale. Le fait qu'un organe ou une entité n'ait pas tenu compte des instructions données ou que ses actions soient des faits *ultra vires* peut certes être utile pour déterminer si l'obligation a été ou non violée, mais il s'agit là d'une question distincte[158]. De même, l'article 7 ne vise pas la question de la recevabilité des réclamations découlant de faits internationalement illicites commis par des organes ou des agents agissant *ultra vires* ou en contradiction avec leurs instructions. Lorsqu'un fait non autorisé ou non valable d'après le droit interne a été commis et qu'un recours interne est donc disponible, il faut en faire usage conformément au principe de l'épuisement des recours internes avant de présenter une réclamation internationale[159].

Article 8

Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État.

Commentaire

1) En règle générale, le comportement de personnes ou d'entités privées n'est pas attribuable à l'État d'après le droit international. Des circonstances peuvent cependant survenir où un tel comportement est néanmoins attribuable à l'État, parce qu'il existe une relation de fait entre la personne ou l'entité ayant ce comportement et l'État. L'article 8 traite de deux circonstances de ce type. La première est celle où des personnes privées agissent sur les instructions de l'État lorsqu'elles mènent le comportement illicite. La seconde est une situation à caractère plus général, où des personnes privées agissent sur les directives ou sous le contrôle de l'État[160].

---

[158] Voir *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *C.I.J. Recueil 1989*, en particulier p. 52, 62 et 74.

[159] Voir également l'article 44 *b* et le commentaire y relatif.

[160] Tout autres sont les questions qui se posent lorsqu'un État mène un comportement internationalement illicite sur les directives ou sous le contrôle d'un autre État: voir l'article 17 et le commentaire y relatif, en particulier le paragraphe 7 pour le sens des termes anglais «direction» et «control» dans les diverses langues.

Étant donné le rôle important que joue le principe de l'effectivité en droit international, il faut tenir compte dans les deux cas de l'existence d'un lien réel entre la personne ou le groupe auteur du fait et la structure de l'État.

2) L'attribution à l'État d'un comportement qu'il a en fait autorisé est largement admise par la jurisprudence internationale[161]. Peu importe en pareil cas que la ou les personnes en question soient des personnes privées, ou que leur comportement relève ou non d'une «activité publique». La plupart du temps il s'agit de situations où les organes de l'État complètent leur propre action en recrutant des personnes ou groupes de personnes privées à titre «d'auxiliaires», ou les incitent à agir à ce titre tout en restant en dehors des structures officielles de l'État. Il peut s'agir, par exemple, d'individus ou de groupes de personnes privées qui, bien que n'étant pas spécifiquement recrutés par l'État et ne faisant pas partie de la police ou des forces armées de celui-ci, sont employés comme auxiliaires ou sont envoyés comme «volontaires» dans des pays voisins, ou qui effectuent des missions particulières à l'étranger sur instructions de l'État.

3) Plus complexes sont les problèmes qui se posent lorsqu'il s'agit de déterminer si le comportement a été mené «sur les directives ou sous le contrôle» de l'État. Ce comportement ne peut être attribué à l'État que si ce dernier a dirigé ou contrôlé l'opération elle-même et que le comportement objet de la plainte faisait partie intégrante de cette opération. Le principe d'attribution ne s'étend pas aux comportements dont le lien avec l'opération considérée n'était qu'incident ou périphérique, et qui échappaient à la direction ou au contrôle de l'État.

4) Le degré de contrôle que l'État doit avoir exercé pour que le comportement puisse lui être attribué a constitué l'un des problèmes clefs dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*[162]. La question était de savoir si le comportement des contras était attribuable aux États-Unis, au point de rendre ces derniers responsables d'une manière générale des violations

---

[161] Voir, par exemple, les affaires *Zafiro,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (1925), p. 160; *Stephens*, ibid., vol. IV (1927), p. 267; *Lehigh Valley Railroad Company, and others (USA) v. Germany (Sabotage Cases)*: incidents du «*Black Tom*» et du *«Kingsland»,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VIII (1930), p. 84, et vol. VIII (1939), p. 458.

[162] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique*), *fond*, *C.I.J. Recueil 1986,* p. 14.

du droit international humanitaire commises par les contras. La Cour a analysé cette question sous l'angle de la notion de «contrôle». D'un côté, elle a considéré que les États-Unis étaient responsables du fait que des agents des États-Unis avaient participé à «la préparation, au commandement et au soutien» des opérations[163]. Mais elle a rejeté l'argument de plus grande ampleur avancé par le Nicaragua selon lequel l'ensemble du comportement des contras était attribuable aux États-Unis en raison du contrôle qu'ils exerçaient sur ceux-ci. Elle parvint à la conclusion suivante:

> «[P]ourtant, malgré les subsides importants et les autres formes d'assistance que leur fournissent les États-Unis, il n'est pas clairement établi que ceux-ci exercent en fait sur les contras dans toutes leurs activités une autorité telle qu'on puisse considérer les contras comme agissant en leur nom … Toutes les modalités de participation des États-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les États-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'État demandeur. Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force contra en dehors du contrôle des États-Unis. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites[164].»

Ainsi, alors que les États-Unis furent tenus pour responsables de leur propre soutien aux contras, les faits des contras eux-mêmes ne leur ont été attribués que dans certains cas particuliers, où il y avait participation effective de cet État et ordres donnés par celui-ci. La Cour a confirmé que l'existence d'une situation générale de dépendance et d'appui ne suffisait pas pour justifier l'attribution du comportement à l'État.

5) La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a également examiné ces questions[165]. Dans l'affaire *Le Procureur* c. *Tadić*, la Chambre a souligné que:

---

[163] Ibid., p. 51, par. 86.

[164] Ibid., p. 62, 64 et 65, par. 109 et 115. Voir aussi l'opinion individuelle de M. Ago, membre de la Cour, ibid., p. 189, par. 17.

[165] Affaire IT-94-1, *Le Procureur* c. *Tadić* (1999) *I.L.M.*, vol. 38, p. 1518. Pour l'arrêt de la Chambre de première instance (1997), voir *I.L.R.*, vol. 112, p. 1.

> «La condition requise d'après le droit international pour que les actes commis par des personnes privées soient attribués à des États est que l'État exerce un contrôle sur ces personnes. Le *degré de contrôle* peut toutefois varier en fonction des faits de chaque cause. La Chambre d'appel ne voit pas pourquoi le droit international devrait imposer en toutes circonstances un seuil élevé pour le critère du contrôle[166].»

La Chambre d'appel a estimé que le degré de contrôle des autorités yougoslaves sur ces forces armées requis en droit international pour que le conflit armé puisse être considéré comme international était «*le contrôle global*, qui va au-delà du simple financement et équipement de ces forces et comporte également une participation à la planification et la supervision des opérations militaires[167]». Au cours de leur argumentation, la majorité des membres ont jugé nécessaire de rejeter l'approche adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires* mais les questions de droit et la situation de fait n'étaient pas les mêmes que celles dont la Cour avait été saisie dans cette affaire. Le mandat du Tribunal porte sur des questions de responsabilité pénale individuelle, pas sur la responsabilité des États, et la question qui se posait dans l'affaire considérée avait trait non pas à la responsabilité mais aux règles applicables du droit international humanitaire[168]. En tout état de cause, c'est au cas par cas qu'il faut déterminer si tel ou tel comportement précis était ou n'était pas mené sous le contrôle d'un État et si la mesure dans laquelle ce comportement était contrôlé justifie que le comportement soit attribué audit État[169].

6) Le comportement des sociétés ou des entreprises qui appartiennent ou sont contrôlées par l'État soulève des questions. Si de telles sociétés agissent d'une manière non conforme aux

---

[166] Affaire IT-94-1, *Le Procureur* c. *Tadić* (1999) *I.L.M.*, vol. 38, p. 1541, par. 117 (italiques dans le texte original) (traduction non officielle).

[167] Ibid., p. 1546, par. 145 (italiques dans le texte original).

[168] Voir l'explication donnée par le juge Shahabuddeen, ibid., p. 1614 et 1615.

[169] Le problème du degré que le contrôle de l'État doit atteindre pour que le comportement soit attribué à l'État a été également traité, entre autres, par le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran: *Yeager v. Islamic Republic of Iran* (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, p. 103. Voir aussi *Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1983) 4 *Iran-U.S.C.T.R.* 122, p. 143, et par la Cour européenne des droits de l'homme, *Loizidou* c. *Turquie*, *fond*, *C.E.D.H. Recueil*, 1996-VI, p. 2235 et 2236, par. 56. Voir aussi ibid., p. 2234, par. 52, et la décision sur les exceptions préliminaires: *C.E.D.H., Série A, n° 310* (1995), par. 62.

obligations internationales de l'État concerné, la question se pose de savoir si leur comportement lui est attribuable. Pour débattre de cette question, il est nécessaire de rappeler que le droit international admet l'existence distincte des sociétés au niveau national, sauf dans les cas où le «voile social» est un simple mécanisme ou un instrument de fraude[170]. Le fait que l'État a été à l'origine d'une société, que ce soit par le biais d'une loi spécifique ou autrement, n'est pas une base suffisante pour lui attribuer le comportement ultérieur de cette entité[171]. Dès lors que l'on considère que les sociétés, même si elles appartiennent à l'État et sont en ce sens soumises à son contrôle, ont un statut séparé, leur comportement dans l'exécution de leurs activités n'est pas *prima facie* attribuable à l'État, à moins qu'elles n'exercent des prérogatives de puissance publique au sens de l'article 5. Ce fut la position adoptée, par exemple, à l'égard d'une saisie de facto menée par une compagnie pétrolière appartenant à l'État, dans un cas où il n'existait pas de preuve que l'État ait utilisé sa position de propriétaire comme un moyen pour charger la compagnie de réaliser la saisie[172]. En revanche, quand la preuve a pu être établie que la société exerçait des prérogatives de puissance publique[173], ou que l'État utilisait sa position de

---

[170] *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 39, par. 56 à 58.

[171] Par exemple, les conseils de travailleurs examinés dans *Schering Corporation v. Islamic Republic of Iran* (1984) 5 *Iran-U.S.C.T.R.* 361; *Otis Elevator Co. v. Islamic Republic of Iran* (1987) 14 *Iran-U.S.C.T.R.* 283; *Eastman Kodak Co. v. Islamic Republic of Iran* (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 153.

[172] *SEDCO, Inc. v. National Iranian Oil Co.* (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 23. Voir aussi *International Technical Products Corp. v. Islamic Republic of Iran* (1985) 9 *Iran-U.S.C.T.R.* 206; *Flexi-Van Leasing, Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1986) 12 *Iran-U.S.C.T.R.* 335, p. 349.

[173] *Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran* (1989) 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79; *Petrolane, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1991) 27 *Iran-U.S.C.T.R.* 64.

propriétaire ou de contrôle de la société spécialement pour parvenir à un résultat particulier[174], le comportement en question a été attribué à l'État[175].

7) Il apparaît donc clairement qu'un État peut, s'il donne des orientations précises à un groupe de personnes ou exerce un contrôle sur ce groupe, devenir effectivement responsable du comportement de ce groupe. Chaque cause sera déterminée par ses propres faits, en particulier ceux qui concernent le lien entre les instructions ou les directives données ou le contrôle exercé et le comportement qui fait l'objet de la plainte. Dans le texte de l'article 8, les trois termes «instructions», «directives» et «contrôle» sont disjoints; il suffit d'établir la réalité de l'un d'entre eux. Parallèlement, le texte dit clairement que les instructions, les directives ou le contrôle doivent être en rapport avec le comportement qui est censé avoir constitué un fait internationalement illicite.

8) Lorsqu'un fait a été autorisé par un État ou a été commis sur ses directives ou sous son contrôle, des questions peuvent se poser quant à la responsabilité de l'État pour des actes allant au-delà de ce qui a été autorisé. Ainsi, des questions pourraient se poser si, dans l'exécution d'instructions ou de directives licites, l'agent se livre à une activité contraire à la fois aux instructions ou aux directives reçues et aux obligations internationales de l'État qui les a données. On peut régler ces questions en demandant si le comportement illicite ou non autorisé était réellement lié à la mission donnée ou si l'agent a manifestement dépassé sa compétence. En général, lorsqu'il donne des instructions licites à des personnes qui ne sont pas ses organes, l'État n'assume pas le risque que ces instructions soient exécutées de manière internationalement illicite. En revanche, lorsque des personnes ou des groupes de personnes ont agi sous le contrôle effectif d'un État, la condition d'attribution sera néanmoins remplie même s'il n'a pas été tenu compte d'instructions particulières. Le comportement aura été mené sous le contrôle de l'État et sera attribuable à l'État conformément à l'article 8.

---

[174] *Foremost Tehran, Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1986) 10 *Iran-U.S.C.T.R.* 228; *American Bell International, Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1986) 12 *Iran-U.S.C.T.R.* 170.

[175] Voir aussi *Hertzberg et consorts* c. *Finlande* (Communication n° R.14/61) (1982), A/37/40, annexe XIV, par. 9.1. Voir aussi *X* c. *Irlande* (Requête n° 4125/69) (1971), *C.E.D.H.*, *Annuaire n° 14*, p. 198; *Young, James et Webster* c. *Royaume-Uni*, *C.E.D.H., Série A, n° 44* (1981).

9) Les mots «… personne ou … groupe de personnes» employés à l'article 8 reflètent le fait que le comportement visé par cet article peut être celui d'un groupe non doté d'une personnalité juridique distincte mais agissant de facto. Ainsi, un État peut autoriser le comportement d'une personne morale telle qu'une société, mais il peut s'agir aussi d'un ensemble d'individus ou de groupes qui n'ont pas la personnalité juridique mais agissent néanmoins collectivement.

Article 9

Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives.

Commentaire

1) L'article 9 traite du cas de figure exceptionnel où une personne ou un groupe de personnes exerce des prérogatives de puissance publique en l'absence des autorités officielles et sans aucun pouvoir à cet effet. Le caractère exceptionnel des circonstances envisagées dans cet article apparaît dans le membre de phrase «dans des circonstances qui requièrent». Ces hypothèses ne surviennent que dans des circonstances exceptionnelles, telles qu'une révolution, un conflit armé ou une occupation étrangère au cours desquels les autorités régulières sont dissoutes, disparaissent, ont été supprimées ou sont temporairement inopérantes. Cela peut aussi se produire lors du rétablissement progressif de l'autorité légale, par exemple après une occupation étrangère.

2) Le principe sur lequel repose l'article 9 est un peu l'héritier de la vieille idée de la *levée en masse*, l'autodéfense des citoyens en cas d'absence des forces régulières[176]; il s'agit dans les faits d'une forme de représentation par nécessité. Le domaine de la responsabilité des États en recèle lui-même quelques exemples. Ainsi, le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran a considéré

[176] La légitimité de ce principe est reconnue par l'article 2 du Règlement de La Haye de 1907 relatif aux lois et coutumes de la guerre sur terre: J. B. Scott (dir. publ.), *The Proceedings of The Hague Peace Conferences: The Conference of 1907* (New York, Oxford University Press, 1920), vol. I, p. 623, et par l'article 4, par. A 6), de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 140.

que la position des Gardiens de la révolution ou «Komitehs», juste après la révolution iranienne, était couverte par le principe énoncé à l'article 9. L'affaire *Yeager v. Islamic Republic of Iran* concernait entre autres le fait qu'ils avaient exercé des fonctions liées à l'immigration, aux douanes et aux domaines de ce type à l'aéroport de Téhéran dans les lendemains immédiats de la révolution. Le Tribunal considéra que leur comportement était attribuable à la République islamique d'Iran, au motif que, même s'il n'avait pas été effectivement autorisé par le Gouvernement, les Gardiens

> «exerçaient au moins des prérogatives de puissance publique en cas d'absence des autorités officielles, dans le cadre d'opérations dont le nouveau gouvernement devait avoir eu connaissance et auxquelles il n'avait pas expressément fait objection[177]».

3) L'article 9 établit trois conditions qui doivent être réunies pour que le comportement puisse être attribué à l'État: premièrement, le comportement doit se rapporter effectivement à l'exercice de prérogatives de puissance publique, deuxièmement, le comportement doit avoir été adopté en cas d'absence ou de carence des autorités officielles, et troisièmement, il faut que les circonstances aient justifié l'exercice de ces prérogatives de puissance publique.

4) En ce qui concerne la première condition, la personne ou le groupe qui agit doit accomplir des fonctions publiques, mais il doit le faire de sa propre initiative. À cet égard, la nature de l'activité menée se voit attribuer plus de poids que l'existence d'un lien formel entre les auteurs de l'activité et l'appareil de l'État. Il convient de souligner que les personnes privées visées à l'article 9 ne sont pas assimilables à un gouvernement général de fait. Les hypothèses de l'article 9 supposent l'existence d'un gouvernement officiel et d'un appareil d'État dont des irréguliers prennent la place ou dont l'action est complétée dans certains cas. Ceci peut se produire sur une partie du territoire de l'État sur laquelle ce dernier n'est temporairement pas en mesure d'exercer un contrôle, ou dans d'autres circonstances spécifiques. Un gouvernement général de fait, en revanche, constitue lui-même un appareil d'État qui remplace celui qui existait

---

[177] (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, p. 104, par. 43.

auparavant. Le comportement des organes d'un tel gouvernement est couvert par l'article 4 et non l'article 9[178].

5) S'agissant de la deuxième condition, l'expression «en cas d'absence ou de carence des» vise à couvrir aussi bien la situation d'un effondrement total de l'appareil d'État que les situations où les autorités officielles n'exercent pas leurs fonctions sur un plan bien précis, par exemple, en cas d'effondrement partiel de l'appareil d'État ou de perte de contrôle d'une localité donnée. L'expression «en cas d'absence ou de carence» vise à couvrir ces deux cas.

6) La troisième condition d'attribution selon l'article 9 impose que les circonstances aient été telles que l'exercice de prérogatives de puissance publique par des personnes privées s'imposait. Le terme «requièrent» contient l'idée que des fonctions publiques devaient être d'une manière ou d'une autre exercées, sans que le comportement en question ait été lui-même nécessaire. En d'autres termes, il faut que les circonstances de l'exercice de prérogatives de puissance publique par des personnes privées aient justifié la tentative d'exercer des fonctions de police ou autres en l'absence de tout corps constitué. La forme de représentation qu'implique l'article 9 contient donc un élément normatif qui distingue ces situations de celles régies par le principe normal selon lequel le comportement d'entités privées, y compris de forces insurgées, n'est pas attribuable à l'État[179].

Article 10

Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre

1. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international.

---

[178] Voir, par exemple, la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims* (affaire Timoco)*,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. I (1923), p. 386. S'agissant de la responsabilité de l'État pour le comportement de fait de gouvernements, voir aussi J. A. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht* (Cologne, Heymanns, 1968), p. 70 et 71. Le comportement d'un gouvernement en exil pourrait être couvert par l'article 9, selon les circonstances.

[179] Voir, par exemple, l'affaire *Sambiaggio,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. X (1904), p. 499, et voir également plus loin l'article 10 et le commentaire y relatif.

2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel État d'après le droit international.

3. Le présent article est sans préjudice de l'attribution à l'État de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu des articles 4 à 9.

Commentaire

1) L'article 10 traite du cas particulier de l'attribution à un État du comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre, qui devient par la suite le nouveau gouvernement de l'État ou qui parvient à créer un nouvel État.

2) Dans un premier temps, le comportement des membres du mouvement apparaît comme celui de simples particuliers. Il peut être mis sur le même plan que le comportement de personnes ou de groupes qui participent à une émeute ou à une manifestation de masse, et n'est donc de ce fait pas attribuable à l'État. Lorsqu'un mouvement organisé acquiert une existence effective, il est d'autant moins possible d'attribuer son comportement à l'État que celui-ci ne peut exercer de contrôle réel sur ses activités. Le principe général applicable au comportement de tels mouvements, tout au long de leur lutte avec les autorités constituées, est qu'il n'est pas attribuable à l'État selon le droit international. En d'autres termes, les actions des mouvements insurrectionnels qui ont échoué ne sont pas attribuables à l'État, sauf dans les cas qui seraient prévus dans quelque autre article du chapitre II, par exemple dans les circonstances exceptionnelles envisagées à l'article 9.

3) La jurisprudence arbitrale confirme amplement ce principe général. Les organes arbitraux internationaux, notamment les commissions des réclamations mixtes[180] et les juridictions arbitrales[181] ont uniformément affirmé ce que le commissaire Nielsen a qualifié dans

---

[180] Voir les décisions des différentes commissions mixtes dans les affaires suivantes: *Zuloaga and Miramon Governments*, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 2873; *McKenny*, ibid., vol. III, p. 2881; *Confederate States,* ibid., vol. III, p. 2886; *Confederate Debt*, ibid., vol. III, p. 2900; *Maximilian Government*, ibid., vol. III, p. 2928 et 2929.

[181] Voir par exemple les affaires *Biens britanniques au Maroc espagnol,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. II (1925), p. 642; *Several British Subjects (Iloilo Claims),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. VI (1925), p. 159 et 160.

l'affaire *Solis* de «principe bien établi du droit international», à savoir qu'un gouvernement ne peut pas être tenu pour responsable d'une action commise en violation de son autorité par des groupes rebelles lorsqu'il n'est pas lui-même coupable d'un manquement à la bonne foi ou d'une négligence dans la répression de l'insurrection[182]. La pratique diplomatique reconnaît systématiquement que le comportement d'un mouvement insurrectionnel ne peut être attribué à l'État. C'est ce que révèlent, par exemple, les travaux préparatoires à la Conférence de codification de 1930. Des réponses données par les gouvernements au point IX de la demande d'informations que leur avait adressée le Comité préparatoire, il ressort que les États étaient en substance d'accord pour reconnaître: a) que le comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel ne saurait être attribué comme tel à l'État ni engager sa responsabilité internationale; b) que seul un comportement adopté par des organes de l'État en rapport avec des agissements préjudiciables des insurgés pourrait être attribué à l'État et engager sa responsabilité internationale, et encore seulement si ce même comportement constitue un manquement à une obligation internationale de cet État[183].

4) Le principe général selon lequel le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre n'est pas attribuable à l'État part de l'hypothèse que les structures et l'organisation du mouvement sont et demeurent indépendantes de celles de l'État. Tel est le cas lorsque l'État écrase la révolte. En revanche, lorsque le mouvement parvient à ses fins, et soit devient le nouveau gouvernement de l'État, soit réussit à créer un nouvel État sur une partie du territoire de l'État préexistant ou sur un territoire sous son administration, il serait anormal que le nouveau régime ou le nouvel État ne soit pas tenu pour responsable de ses agissements antérieurs. Dans ces circonstances exceptionnelles, l'article 10 prévoit l'attribution à l'État du comportement du mouvement insurrectionnel ou autre ayant abouti. L'attribution à l'État du comportement d'un

---

[182] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (1928), p. 361 (référence à l'affaire *Home Missionary Society*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (1920), p. 42. Voir l'affaire *Sambiaggio,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (1903), p. 524.

[183] SDN, Conférence pour la codification du droit international, t. III: *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence* (C.75.M.69.1929.V), p. 108; S*upplément au tome III: Réponses des États à la liste de points: Réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique* (C.75 a).M.69 a).1929.V), p. 3 et 20.

mouvement insurrectionnel ou autre ayant abouti est fondée en droit international sur la continuité entre le mouvement et le gouvernement qui en émanera. Le terme «comportement» ne concerne donc que le comportement du mouvement en tant que tel, et non les faits et gestes des membres du mouvement, agissant à titre individuel.

5) Lorsque le mouvement insurrectionnel, en tant que nouveau gouvernement, remplace le gouvernement précédent de l'État, l'organisation dirigeante du mouvement insurrectionnel devient l'organisation dirigeante de cet État. La continuité qui est ainsi maintenue entre la nouvelle organisation de l'État et celle du mouvement insurrectionnel conduit naturellement à attribuer à l'État le comportement que le mouvement insurrectionnel peut avoir eu pendant la lutte. Dans ce cas, l'État ne cesse pas d'exister en tant que sujet de droit international. Il demeure le même État, malgré les changements, les réorganisations et les adaptations qui se produisent dans ses institutions. En outre, c'est le seul sujet de droit international auquel la responsabilité peut être attribuée. La situation exige que les actions commises pendant la lutte pour le pouvoir par l'appareil du mouvement insurrectionnel soient attribuables à l'État, de même que les actions du gouvernement qui était alors en place.

6) Lorsque le mouvement insurrectionnel ou autre réussit à créer un nouvel État sur une partie du territoire de l'État préexistant ou sur un territoire qui était précédemment sous son administration, l'attribution au nouvel État du comportement du mouvement insurrectionnel ou autre est à nouveau justifiée par la continuité entre l'organisation du mouvement et l'organisation de l'État auquel celui-ci a donné naissance. En effet, l'entité qui avait auparavant les caractéristiques d'un mouvement insurrectionnel ou autre est devenue le gouvernement de l'État pour la création duquel elle luttait. L'État prédécesseur ne peut être tenu pour responsable de ces actions. La seule possibilité est donc que le nouvel État soit tenu d'assumer la responsabilité du comportement adopté en vue de sa propre création, et telle est la règle acceptée.

7) Le paragraphe 1 de l'article 10 a trait au cas de figure où le mouvement insurrectionnel victorieux a substitué ses structures à celles de l'ancien gouvernement de l'État en question. Le membre de phrase «qui devient le nouveau gouvernement» vise à rendre compte de cette conséquence. Toutefois, la règle énoncée au paragraphe 1 ne devrait pas être poussée trop loin dans le cas de gouvernements de réconciliation nationale, formés après un accord entre les

autorités en place et les dirigeants du mouvement insurrectionnel. L'État ne devrait pas être tenu pour responsable du comportement d'un mouvement d'opposition violent simplement parce que, pour qu'un accord de paix global soit conclu, des éléments de l'opposition ont été intégrés au gouvernement remanié. Ainsi, le critère d'application du paragraphe 1 est celui d'une continuité réelle et substantielle entre l'ancien mouvement insurrectionnel et le nouveau gouvernement qu'il a réussi à former.

8) Le paragraphe 2 de l'article 10 couvre le second cas de figure, c'est-à-dire celui où les structures du mouvement révolutionnaire insurrectionnel, ou autre, sont devenues celles d'un nouvel État, qui s'est constitué par sécession ou décolonisation d'une partie du territoire qui était précédemment soumis à la souveraineté ou à l'administration de l'État prédécesseur. Les mots «ou sur un territoire sous son administration» sont employés pour tenir compte des statuts juridiques variés de différents territoires dépendants.

9) Il est difficile de donner une définition complète des types de groupes que couvre l'expression «mouvement insurrectionnel» au sens de l'article 10, en raison du grand nombre de formes que peuvent prendre en pratique les mouvements insurrectionnels, selon que les troubles intérieurs sont relativement limités ou que l'on a affaire à une véritable guerre civile, une lutte anticoloniale, l'action d'un front de libération nationale, des mouvements révolutionnaires ou contre-révolutionnaires, etc. La base des mouvements insurrectionnels peut être située sur le territoire de l'État contre lequel leur action est dirigée, ou sur le territoire d'un État tiers. Malgré cette diversité, le critère pour l'application du droit des conflits armés établi par le Protocole additionnel II de 1977 peut servir de guide[184]. Le paragraphe 1 de l'article premier fait référence à «des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie du territoire [de l'État concerné] un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole», lequel ne s'applique pas «aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues» (par. 2 de l'article premier). Cette définition des «forces

---

[184] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 609.

armées dissidentes» traduit, dans le cadre des Protocoles, l'idée essentielle d'un «mouvement insurrectionnel».

10) Par rapport au paragraphe 1, la portée de la règle d'attribution énoncée au paragraphe 2 est étendue afin d'inclure les mouvements «insurrectionnels ou autres». Cette terminologie reflète l'existence d'une plus grande variété de mouvements dont l'action peut aboutir à la formation d'un nouvel État. Ces termes ne s'appliquent toutefois pas aux actions d'un groupe de citoyens préconisant la séparation ou la révolution lorsqu'elles s'inscrivent dans le cadre de l'État prédécesseur. Ils ne s'appliquent pas non plus au cas d'un mouvement insurrectionnel dont l'action, à l'intérieur d'un État, en faveur de l'union avec un autre État aboutit. Il s'agit essentiellement d'un cas de succession qui n'entre pas dans le cadre des articles; l'article 10 est axé sur la continuité entre le mouvement concerné et le nouveau gouvernement ou le nouvel État, selon le cas, qui sera constitué.

11) Aux fins de l'article 10, aucune distinction ne doit être faite entre différentes catégories de mouvements sur la base d'une quelconque «légitimité» internationale ou d'une quelconque illégalité eu égard à leur établissement en tant que gouvernement, malgré l'importance potentielle de ces distinctions dans d'autres contextes[185]. Dès lors qu'il s'agit de formuler des règles de droit régissant la responsabilité des États, il est inutile et déconseillé de décharger un nouveau gouvernement ou un nouvel État de sa responsabilité en ce qui concerne le comportement de ses agents, en se référant à des considérations de légitimité ou d'illégitimité[186]. Il faut plutôt mettre l'accent sur le comportement particulier dont il s'agit, et sur son caractère licite ou illicite selon les règles applicables du droit international.

---

[185] Voir H. Atlam, «International Liberation Movements and International Responsibility», *in* B. Simma et M. Spinedi (dir. publ.), *United Nations Codification of State Responsibility* (New York, Oceana, 1987), p. 35.

[186] Comme l'a déclaré la Cour dans l'avis consultatif sur l'affaire de la *Namibie*, «c'est l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'État en raison d'actes concernant d'autres États»: *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 54, par. 118.

12) Les décisions arbitrales, ainsi que la pratique des États et la doctrine indiquent que les deux règles d'attribution positive énoncées à l'article 10 sont généralement acceptées. Les décisions arbitrales internationales, par exemple celles des commissions mixtes créées au sujet du Venezuela (1903) et du Mexique (1920-1930), vont dans le sens de la règle de l'attribution du comportement des insurgés lorsque le mouvement réussit à atteindre ses objectifs révolutionnaires. Par exemple, dans l'affaire de la *Bolivar Railway Company,* le principe est affirmé dans les termes suivants:

> «L'État est responsable des obligations d'une révolution victorieuse, et cela dès ses débuts, car en théorie elle représente *ab initio* un changement de la volonté nationale, cristallisé par le résultat favorable final[187].»

La Commission mixte France-Venezuela, dans la sentence réglant l'affaire de la *French Company of Venezuela Railroads*, affirme le principe de l'impossibilité de mettre à la charge de l'État les agissements de révolutionnaires «à moins que la révolution n'ait été victorieuse», car de tels agissements engagent alors la responsabilité de l'État «d'après les règles reconnues du droit public[188]». Dans l'affaire *Pinson*, la Commission des réclamations France-Mexique a jugé que:

> «… si les dommages trouvent leur origine, par exemple, dans des réquisitions ou contributions forcées réclamées […] par les révolutionnaires avant leur triomphe final, ou qu'ils aient été causés […] par des délits commis par les forces révolutionnaires victorieuses, la responsabilité de l'État ne saurait […] être niée[189]».

13) La possibilité de tenir l'État responsable du comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux était posée dans la demande d'informations soumise aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930[190]. Se fondant sur les réponses reçues

---

[187] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (1903), p. 453 (traduction de l'original anglais). Voir également l'affaire *Puerto Cabello and Valencia Railway Company,* ibid., vol. IX (1903), p. 513.

[188] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (1902), p. 354. Voir également l'affaire *Dix*, ibid., vol. IX (1902), p. 120.

[189] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (1928), p. 353.

[190] SDN, Conférence pour la codification du droit international, t. III: *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 108 et 116; reproduit dans *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 225.

d'un certain nombre de gouvernements, le Comité préparatoire de la Conférence rédigea la Base de discussion suivante: «L'État est responsable des dommages causés aux étrangers par un parti insurrectionnel qui a triomphé et est devenu le gouvernement dans la mesure où sa responsabilité serait engagée pour des dommages causés par les actes du gouvernement légal, de ses fonctionnaires ou de ses troupes[191].». Bien que la proposition n'ait jamais été débattue, on peut considérer qu'elle reflète la règle d'attribution telle qu'énoncée au paragraphe 2.

14) Globalement, les décisions et la pratique plus récentes ne fournissent aucune raison de mettre en doute les propositions énoncées à l'article 10. Dans une affaire, la Haute Cour de Namibie est même allée plus loin en acceptant la responsabilité pour «tout ce qui fut fait» par l'administration sud-africaine précédente[192].

15) Il peut arriver exceptionnellement que l'État, alors qu'il était à même d'adopter des mesures de surveillance, de prévention ou de répression à l'égard du mouvement, se soit indûment abstenu de le faire. Cette possibilité est préservée au paragraphe 3 de l'article 10, qui prévoit que les règles d'attribution énoncées aux paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de l'attribution à l'État de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu d'autres dispositions du chapitre II. Le membre de phrase «lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné» doit être entendu au sens large. Ainsi, le fait pour un État de s'abstenir de prendre les mesures qui s'imposent pour protéger les locaux de missions diplomatiques, menacées par l'attaque d'un mouvement insurrectionnel est un comportement clairement attribuable à l'État, et cette possibilité est préservée au paragraphe 3.

---

[191] Base de discussion n° 22 c), SDN, Conférence pour la codification du droit international, t. III: *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 118; reproduit dans *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 225.

[192] Se fondant en particulier sur une disposition constitutionnelle, la Cour a considéré que «le nouveau gouvernement hérite de la responsabilité pour les faits commis par les anciens organes de l'État»: affaire *Minister of Defence, Namibia v. Mwandinghi* 1992 (2) SA 355, p. 360; *I.L.R.*, vol. 91, p. 361. Voir par ailleurs l'affaire *44123 Ontario Ltd. v. Crispus Kiyonga* (1992) 11 Kampala L.R. 14, p. 20 et 21; *I.L.R.*, vol. 103, p. 266 (*High Court*, Ouganda).

16) Il est par ailleurs possible que le mouvement insurrectionnel lui-même soit tenu pour responsable de son propre comportement en vertu du droit international, par exemple dans le cas où ses forces violeraient le droit international humanitaire. Toutefois, la question de la responsabilité internationale d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui échouerait n'entre pas dans le cadre des présents articles, qui ne concernent que la responsabilité des États.

Article 11

Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien

> Un comportement qui n'est pas attribuable à l'État selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien.

Commentaire

1) L'ensemble des fondements de l'attribution couverts dans le chapitre II (à l'exception du comportement des mouvements insurrectionnels ou autres selon l'article 10) présuppose que le statut d'organe de l'État de la personne ou de l'entité, ou son mandat d'agir pour le compte de l'État, sont établis au moment du fait illicite allégué. L'article 11, par contre, prévoit l'attribution à l'État d'un comportement qui n'était pas ou pouvait ne pas être attribuable à celui-ci au moment de la commission, mais qui est ultérieurement reconnu et adopté par cet État comme étant sien.

2) Dans de nombreux cas, le comportement reconnu et adopté par un État comme étant sien est celui de particuliers ou d'établissements privés. Le principe général, tiré de la pratique des États et des décisions judiciaires internationales, est que le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'État n'est pas considéré comme un fait de l'État en vertu du droit international. Cette conclusion est valable quelles que soient les circonstances dans lesquelles le particulier agit et les intérêts lésés par le comportement de ce particulier.

3) Ainsi, comme l'article 10, l'article 11 est fondé sur le principe selon lequel un comportement purement privé ne peut en tant que tel être attribué à l'État. Mais l'on y reconnaît «néanmoins» qu'un comportement doit être considéré comme un fait de cet État «si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien». Des exemples de l'application

de ce principe peuvent être trouvés dans les décisions judiciaires et la pratique des États. Ainsi, dans la sentence arbitrale rendue dans l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, un tribunal a déclaré la Grèce responsable de la rupture d'un accord de concession conclu par la Crète à une période où celle-ci était un territoire autonome de l'Empire ottoman, en partie au motif que la rupture avait été «endossée par [la Grèce] comme si cette infraction était régulière et finalement maintenue par elle, même après l'acquisition de la souveraineté territoriale sur l'île en question…[193]». S'agissant d'une affaire de succession d'États, il n'apparaît pas clairement si un nouvel État succède à la responsabilité étatique de l'État prédécesseur au regard de son territoire[194]. Mais si l'État successeur, confronté à un fait illicite continu sur son territoire, endosse et maintient la situation, il peut aisément être inféré qu'il a assumé la responsabilité du fait illicite.

4) Hors du contexte de la succession d'États, l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire*[195] fournit un autre exemple d'adoption ultérieure par un État d'un comportement particulier. En l'espèce, la Cour a fait une claire distinction entre la situation juridique suivant immédiatement la capture de l'ambassade des États-Unis et de son personnel par les militants et celle créée par le décret de l'État iranien qui approuvait expressément et maintenait la situation qu'ils avaient engendrée. Dans les termes de la Cour:

> «La politique ainsi annoncée par l'ayatollah Khomeini, consistant à maintenir l'occupation de l'ambassade et la détention des otages afin de faire pression sur le Gouvernement des États-Unis, a été appliquée par d'autres autorités iraniennes et appuyée par elles de façon réitérée dans des déclarations faites à diverses occasions. Cette politique a eu pour effet de transformer radicalement la nature juridique de la situation créée par l'occupation de l'ambassade et la détention de membres de son personnel diplomatique et consulaire en otages. L'ayatollah Khomeini et d'autres organes de l'État iranien ayant approuvé ces

---

[193] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (1956), p. 198.

[194] Ce cas est réservé par l'article 39 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 1946, p. 3.

[195] *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.

> faits et décidé de les perpétuer, l'occupation continue de l'ambassade et la détention persistante des otages ont pris le caractère d'actes dudit État[196].»

Dans ce cas, que «l'approbation» du comportement des militants ait uniquement un effet prospectif ou qu'elle rende l'État iranien responsable de tout le processus de capture de l'ambassade et de détention de son personnel *ab initio* ne faisait aucune différence. La République islamique d'Iran avait déjà été considérée comme responsable pour la période antérieure sur une base juridique différente, à savoir son incapacité à prendre des mesures suffisantes pour empêcher la capture ou y mettre immédiatement un terme[197]. Dans d'autres cas, une responsabilité antérieure de cet ordre n'existe pas. Si la reconnaissance et l'appropriation sont sans équivoque et inconditionnels, il y a de bonnes raisons de leur donner effet rétroactif, et c'est ce que fit le Tribunal arbitral dans l'affaire de la *Concession des phares*[198]. Ceci est cohérent avec la position établie dans l'article 10 au sujet des mouvements insurrectionnels, et permet d'éviter des lacunes dans l'étendue de la responsabilité pour ce qui constitue, en réalité, le même fait continu.

5) En ce qui concerne la pratique des États, la capture d'Adolf Eichmann puis son procès en Israël peuvent fournir un exemple de l'appropriation ultérieure du comportement de particuliers par un État. Le 10 mai 1960, Eichmann a été capturé par un groupe d'Israéliens à Buenos Aires. Il a été séquestré à Buenos Aires dans un domicile privé pendant quelques semaines avant d'être emmené par avion en Israël. L'Argentine a par la suite accusé le Gouvernement israélien d'avoir été complice de la capture d'Eichmann, accusation dont la véracité n'a été ni confirmée ni infirmée par le Ministre israélien des affaires étrangères, M^me^ Meir, au cours de l'examen de la plainte par le Conseil de sécurité. M^me^ Meir a qualifié les ravisseurs d'Eichmann de «groupe de volontaires[199]». Dans sa résolution 138 du 23 juin 1960, le Conseil de sécurité laissait entendre que le Gouvernement israélien avait au moins été informé du plan de capture d'Eichmann en Argentine qui avait été mené à bien et y avait consenti. Peut-être les ravisseurs d'Eichmann ont-ils agi «en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle» d'Israël, auquel cas,

---

[196] Ibid., p. 35, par. 74.

[197] Ibid., p. 31 à 33, par. 63 à 68.

[198] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (1956), p. 197 et 198.

[199] *Documents officiels du Conseil de sécurité*, *Quinzième année*, 865^e^ séance, 22 juin 1960, p. 4.

il serait approprié d'attribuer leur comportement à l'État selon l'article 8. Mais si l'on a des doutes sur le fait qu'un certain comportement relève de l'article 8, ces doutes sont susceptibles d'être levés par l'appropriation ultérieure du comportement en question par l'État.

6) Le membre de phrase «reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien» a pour objet de faire une distinction entre les cas où l'État reconnaît et fait sien ledit comportement et les cas où l'on est en présence d'un simple appui ou entérinement[200]. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire*, la Cour a utilisé des mots comme «approbation», «caution», «le sceau de l'approbation officielle du gouvernement» et «la décision de perpétuer [ces faits][201]». Dans le contexte de l'espèce, ces termes étaient suffisants, mais en règle générale, un comportement ne sera pas attribuable à un État en vertu de l'article 11 si cet État se contente de reconnaître l'existence factuelle du comportement ou exprime oralement son approbation dudit comportement. Dans le cadre des différends internationaux, les États prennent souvent des positions qui équivalent à une «approbation» ou un «appui» dans un sens général mais qui n'entraînent clairement aucune hypothèse de responsabilité. Le mot «adopter», en revanche, contient l'idée que le comportement est reconnu par l'État comme étant, en fait, son propre comportement. Effectivement, sous réserve que l'intention de l'État d'accepter la responsabilité d'un comportement qui ne lui est pas autrement attribuable soit clairement indiquée, l'article 11 peut couvrir les cas dans lesquels un État accepte la responsabilité d'un comportement qu'il n'approuve pas, a cherché à prévenir et déplore. Quelle que soit la façon dont cette acceptation est exprimée en l'espèce, l'expression «reconnaît et adopte» à l'article 11 indique clairement que ce qui est exigé va au-delà de la reconnaissance générale d'une situation de fait, il faut que l'État identifie et fasse sien le comportement en question.

7) Le principe établi à l'article 11 régit uniquement la question de l'attribution. Dans le cas où un comportement est reconnu et adopté par un État comme étant sien, il faut encore examiner si ledit comportement est internationalement illicite. Aux fins de l'article 11, les obligations

---

[200] La question distincte de l'aide ou de l'assistance apportée par un État dans le comportement internationalement illicite d'un autre État est traitée à l'article 16.

[201] *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.

internationales de l'État qui entérine le comportement constituent le critère d'illicéité. Le comportement peut avoir été licite pour autant que l'auteur initial ait été concerné, ou l'auteur peut avoir été une partie privée dont le comportement n'était pas en l'espèce régi par le droit international. De même, un État qui fait sien ou reconnaît un comportement qui est licite au regard de ses propres obligations internationales n'assume pas de ce fait la responsabilité de faits illicites d'une autre personne ou entité. Une telle responsabilité irait plus loin et équivaudrait à une acceptation de réparer le fait illicite d'autrui.

8) Les mots «si, et dans la mesure où» ont pour objet d'exprimer un certain nombre d'idées. Premièrement, le comportement de personnes, groupes ou entités privés, en particulier, n'est pas attribuable à l'État s'il ne relève pas de quelque autre article du chapitre II ou s'il n'a pas été reconnu et adopté par l'État comme étant sien. Deuxièmement, un État peut reconnaître et faire sien un comportement dans une certaine mesure seulement. Autrement dit, un État peut choisir de ne reconnaître et faire sien le comportement en question qu'en partie seulement. Troisièmement, le fait de reconnaître et de faire sien, qu'il se manifeste oralement ou sous forme d'un comportement, doit être clair et sans équivoque.

9) Les conditions consistant à «reconnaître» et «adopter» sont cumulatives, comme l'indique le mot «et». L'ordre de ces deux conditions indique la séquence normale des événements dans les cas où l'on s'appuie sur l'article 11. Le fait pour un État de reconnaître et d'adopter un comportement comme étant sien peut être formulé expressément (par exemple dans le cas de l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire*), ou inféré du comportement de l'État en question.

Chapitre III

Violation d'une obligation internationale

1) Il y a violation d'une obligation internationale lorsque le comportement attribué à un État en tant que sujet de droit international constitue un manquement par cet État à une obligation internationale qui lui incombe ou, pour reprendre les termes de l'article 2 *b*, lorsqu'un tel comportement constitue «une violation d'une obligation internationale de l'État». Le présent

chapitre a pour objet d'expliciter la notion de violation d'une obligation internationale dans la mesure où cela est possible en termes généraux.

2) Il faut souligner à nouveau que les articles ne visent pas à préciser le contenu des règles primaires du droit international ou des obligations qui sont mises à la charge des États par celles-ci[202]. Pour déterminer si un comportement donné attribuable à un État constitue une violation de ses obligations internationales, on s'intéressera essentiellement à l'obligation primaire concernée. En l'interprétant et en l'appliquant à la situation, on déterminera la nature du comportement requis, la norme à observer, le résultat à obtenir, etc. Il n'existe pas de violation d'une obligation internationale dans l'abstrait et le chapitre III ne peut jouer qu'un rôle secondaire pour ce qui est de déterminer si une telle violation a eu lieu ou à quel moment elle s'est produite ou combien de temps elle a duré. On peut néanmoins énoncer un certain nombre de principes fondamentaux.

3) L'essence d'un fait internationalement illicite réside dans la non-conformité du comportement effectif de l'État avec celui qu'il aurait dû adopter pour s'acquitter d'une obligation internationale particulière. Ce comportement donne lieu aux relations juridiques nouvelles qui sont couramment qualifiées de responsabilité internationale. Le chapitre III commence donc par une disposition qui indique de manière générale quand il est possible de considérer qu'il y a violation d'une obligation internationale (art. 12). La notion de base ayant été ainsi déterminée, les autres dispositions du chapitre visent à préciser comment cette notion s'applique à diverses situations. En particulier, le chapitre traite de la question du droit intertemporel tel qu'il s'applique à la responsabilité des États, c'est-à-dire du principe selon lequel un État n'est responsable d'une violation d'une obligation internationale que si l'obligation est en vigueur à l'égard de cet État au moment de la violation (art. 13), ainsi que de la question tout aussi importante des violations continues (art. 14) et du problème spécial consistant à déterminer si et à quel moment il y a eu violation d'une obligation qui concerne non pas un fait unique mais des faits composites, c'est-à-dire lorsque l'essence de la violation réside dans une série d'actions ou d'omissions définie dans son ensemble comme illicite (art. 15).

---

[202] Voir l'introduction aux présents commentaires, par. 2 à 4.

4) Pour la raison donnée au paragraphe 2 ci-dessus, il n'est ni possible ni souhaitable de traiter dans le cadre de la présente partie de toutes les questions qui peuvent se poser lors de la détermination de l'existence d'une violation d'une obligation internationale. La question de la preuve d'une telle violation n'entre pas dans le champ des articles. D'autres questions concernent plutôt la classification ou la typologie des obligations internationales. Elles ne figurent dans le texte que lorsqu'il apparaît qu'elles peuvent avoir des conséquences distinctes dans le cadre des règles secondaires de la responsabilité des États[203].

Article 12

Existence d'une violation d'une obligation internationale

Il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci.

Commentaire

1) Comme indiqué à l'article 2, une violation par un État d'une obligation internationale qui lui incombe engage sa responsabilité internationale. Il convient tout d'abord de préciser ce qu'il faut entendre par violation d'une obligation internationale. Tel est l'objet de l'article 12, qui définit de manière très générale ce qui constitue une violation d'une obligation internationale par un État. Pour conclure qu'il y a violation d'une obligation internationale dans un cas déterminé, il conviendra de prendre en considération les autres dispositions du chapitre III qui précisent les conditions d'existence d'une violation d'une obligation internationale, ainsi que celles du chapitre V qui traitent des circonstances pouvant exclure l'illicéité du fait d'un État. Mais en dernière analyse, la question de savoir si et quand il y a eu violation d'une obligation dépend des termes précis de l'obligation, de son interprétation et de son application, compte tenu de son objet et de son but et des éléments de fait.

2) En introduisant la notion de violation d'une obligation internationale, il faut de nouveau souligner l'autonomie du droit international, conformément au principe énoncé à l'article 3.

---

[203] Voir par exemple la classification des obligations de comportement et de résultat, commentaire de l'article 12, par. 11) et 12).

Selon l'article 12, la violation d'une obligation internationale consiste dans le manque de conformité entre le comportement requis de l'État par cette obligation et celui qu'il a effectivement adopté - c'est-à-dire, entre les exigences du droit international et les faits en cause. Cela peut être exprimé de différentes façons. Par exemple la Cour internationale de Justice a parlé de comportements «compatibles ou non avec les obligations d'un État[204]», d'actes «contraires à » ou «non conformes à» la règle en question[205], et de «manquement [aux] obligations conventionnelles[206]». Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour a posé la question de savoir «si la réquisition était conforme aux exigences … du Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis et l'Italie[207]». La formule «n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par cette obligation» est celle qui convient le mieux pour indiquer ce que représente l'essence de la violation par un État d'une obligation internationale. Elle permet d'exprimer l'idée qu'une violation peut exister même si le fait de l'État n'est que partiellement contraire à une obligation internationale existant à sa charge. Dans certains cas, un comportement bien défini est attendu de l'État concerné; dans d'autres, l'obligation ne fixe qu'une norme minimum au-delà de laquelle l'État peut agir en toute liberté. Un comportement proscrit par une obligation internationale peut consister en une action ou une omission ou une combinaison d'actions et d'omissions; il peut s'agir de l'adoption d'un texte législatif ou d'une mesure administrative ou autre spécifique dans un cas donné, voire de la menace d'une telle adoption, que cette menace soit mise ou non à exécution ou d'une décision judiciaire définitive. Cela peut nécessiter la fourniture de certains moyens ou la prise de certaines précautions ou encore la mise en application d'une interdiction. Dans tous les cas, c'est en comparant le comportement effectivement adopté par l'État avec celui prévu en droit par l'obligation internationale que l'on peut établir s'il y a ou non violation de cette obligation. L'expression «n'est pas conforme à» est

---

[204] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 29, par. 56.

[205] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique*), *fond*, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 64, par. 115, et p. 98, par. 186, respectivement.

[206] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (*Hongrie/Slovaquie*), *C.I.J. Recueil 1997*, p. 46, par. 57.

[207] *Elettronica Sicula S.p.A.* (*ELSI*), *C.I.J. Recueil 1989*, p. 50, par. 70.

assez souple pour couvrir les nombreuses façons d'exprimer une obligation ainsi que les diverses formes qu'une violation peut prendre.

3) Il est dit à l'article 12 qu'il y a violation d'une obligation internationale lorsque le fait en question n'est pas conforme à ce qui est requis par cette obligation «quelle que soit l'origine» de celle-ci. Comme l'indique cette formule, les articles ont une application générale. Ils s'appliquent à toutes les obligations internationales des États, quelle que soit l'origine de ces obligations. Des obligations internationales peuvent être établies par une règle coutumière de droit international, par un traité, ou par un principe général de droit applicable dans l'ordre juridique international. Les États peuvent assumer des obligations internationales par voie d'acte unilatéral[208]. Il se peut aussi qu'une obligation internationale découle des dispositions prévues dans un traité (décision d'un organe d'une organisation internationale compétent en la matière, jugement relatif à une affaire entre deux États rendu par la Cour internationale de Justice ou un autre tribunal, etc.). Il est inutile d'indiquer ces possibilités dans l'article 12, puisque la responsabilité d'un État est engagée par la violation d'une obligation internationale, quelle que soit l'origine particulière de l'obligation en question. La formule «quelle que soit l'origine» renvoie à toutes les sources possibles d'obligations internationales, c'est-à-dire à tous les procédés de création d'obligations juridiques admises en droit international. Le mot «source» est parfois utilisé dans ce contexte, comme dans le Préambule de la Charte des Nations Unies qui met l'accent sur la nécessité de respecter les «obligations nées des traités et autres sources du droit international». Le mot «origine», qui a le même sens, ne risque pas de provoquer les doutes et les débats doctrinaux auxquels le terme «source» a donné lieu.

4) D'après l'article 12, l'origine ou la provenance d'une obligation ne modifie pas en tant que telle la conclusion selon laquelle la responsabilité d'un État sera engagée s'il la viole et est sans effet sur le régime de responsabilité des États qui en découle. Des obligations peuvent naître pour un État d'un traité et d'une règle du droit international coutumier ou d'un traité et d'un acte

---

[208] Ainsi la France s'est engagée par voie d'acte unilatéral à ne plus procéder à des essais nucléaires atmosphériques: *Affaire des essais nucléaires* (*Australie* c. *France*), *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253; *Affaire des essais nucléaires* (*Nouvelle-Zélande* c. *France*), *C.I.J. Recueil 1974*, p. 457. L'étendue de l'obligation ainsi contractée a été précisée dans la *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'Affaire des essais nucléaires* (*Nouvelle-Zélande* c. *France*), *C.I.J. Recueil 1995*, p. 288.

unilatéral[209]. De plus, il existe une interaction entre ces différentes sources d'obligations comme le montre clairement la pratique. Les traités, en particulier les traités multilatéraux, peuvent contribuer à la formation du droit international général; le droit coutumier peut aider à interpréter les traités; une obligation contenue dans un traité peut être rendue applicable à un État par un acte unilatéral de ce dernier, et ainsi de suite. Les cours et les tribunaux internationaux ont ainsi considéré que la responsabilité d'un État était engagée du fait de toute «violation d'une obligation imposée par une norme juridique internationale[210]». Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Tribunal a estimé que «toute violation par un État d'une obligation, quelle qu'en soit l'origine, engage la responsabilité de cet État et entraîne, par conséquent, le devoir de réparer[211]». Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice s'est appuyée sur le projet d'article pertinent provisoirement adopté par la Commission en 1976 pour affirmer qu'il est «bien établi que, dès lors qu'un État a commis un acte internationalement illicite, sa responsabilité internationale est susceptible d'être engagée, quelle que soit la nature de l'obligation méconnue[212]».

5) Il n'est donc pas possible en droit international d'établir une distinction, comme le font certains systèmes juridiques, entre le régime de la responsabilité pour violation d'un traité et le régime de la responsabilité pour violation d'une autre règle, c'est-à-dire la responsabilité

---

[209] La Cour internationale de Justice a admis l'«existence de règles identiques en droit international conventionnel et coutumier» en un certain nombre d'occasions: voir *Plateau continental de la mer du Nord*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 38 et 39, par. 63; *Activités militaires et paramilitaires*, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 95, par. 177.

[210] *Dickson Car Wheel Co.*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (1931), p. 678; cf. *Goldenberg*, ibid., vol. II (1928), p. 908 et 909; *International Fisheries Co.*, ibid., vol. IV (1931), p. 701 («some principle of international law») (un principe du droit international); *Armstrong Cork Co.*, ibid., vol. XIV (1953), p. 163 («any rule whatsoever of international law») (toute règle quelle qu'elle soit de droit international).

[211] *Rainbow Warrior* (*Nouvelle-Zélande/France*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 251, par. 75. Voir aussi *Barcelona Traction*, *Light and Power Company*, *Limited*, *deuxième phase*, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 46, par. 86 («violation d'une obligation internationale née d'un traité ou d'une règle générale de droit»).

[212] *C.I.J. Recueil 1997*, p. 38, par. 47. L'emploi de la formule «susceptible d'être engagée» s'explique peut-être par l'existence éventuelle, en l'espèce, de circonstances excluant l'illicéité.

contractuelle ou délictuelle. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Tribunal a affirmé qu'«il n'y a pas, en droit international, de distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle[213]». En ce qui concerne l'origine de l'obligation violée, il n'existe qu'un seul régime général de responsabilité des États. Il n'y a pas non plus de distinction entre la responsabilité «civile» et la responsabilité «pénale» comme dans les systèmes de droit interne.

6) La responsabilité des États peut naître de violations d'obligations bilatérales ou de violations d'obligations envers certains États ou envers la communauté internationale dans son ensemble. Elle peut découler de faits illicites relativement mineurs ou des violations les plus graves d'obligations résultant de normes impératives du droit international général. La gravité de la violation et le caractère impératif des obligations violées peuvent influer sur les conséquences qui en résultent pour l'État responsable et, dans certains cas, pour d'autres États aussi. Des distinctions entre les conséquences de certaines violations sont dès lors établies dans les deuxième et troisième parties des présents articles[214]. Mais le régime de la responsabilité des États pour violation d'une obligation internationale en vertu de la première partie se caractérise par un champ d'application étendu, un caractère général et une application souple. La première partie peut ainsi couvrir toutes les situations possibles sans qu'il soit nécessaire de faire d'autres distinctions entre catégories d'obligations ou catégories de violations.

7) Même les principes fondamentaux de l'ordre juridique international ne relèvent d'aucune source de droit particulière ni d'aucune procédure normative spécifique contrairement aux règles de caractère constitutionnel dans les systèmes de droit interne. Conformément à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, une norme impérative du droit international général est une norme «acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère[215]».

---

[213] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 251, par. 75.

[214] Voir le chapitre III de la deuxième partie et le commentaire y relatif; voir aussi l'article 48 et le commentaire y relatif.

[215] Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

L'article 53 reconnaît à la fois que des normes de caractère impératif peuvent être créées et que les États ont par excellence un rôle spécial à jouer à cet égard en tant que détenteurs de l'autorité normative au nom de la communauté internationale. De plus, les obligations imposées aux États par des normes impératives touchent, par définition, aux intérêts essentiels de la communauté internationale dans son ensemble et peuvent entraîner un régime de responsabilité plus strict que celui qui s'applique à d'autres faits internationalement illicites. Mais c'est une question qui relève du contenu de la responsabilité des États[216]. En ce qui concerne du moins la première partie des articles, il existe un régime unitaire de la responsabilité des États, de caractère général.

8) Des considérations assez semblables interviennent en ce qui concerne les obligations découlant de la Charte des Nations Unies. La Charte étant un traité, les obligations qu'elle contient sont, du point de vue de leur origine, des obligations conventionnelles. L'importance spéciale de la Charte, telle qu'elle transparaît en son article 103[217], découle de ses dispositions expresses et du fait que pratiquement tous les États sont Membres des Nations Unies.

9) Le champ d'application générale des articles s'étend non seulement à l'origine conventionnelle ou autre de l'obligation violée mais aussi à l'objet de celle-ci. Dans les sentences arbitrales et les décisions internationales qui précisent les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite, il est fait état de la violation d'une obligation internationale sans aucune restriction quant à l'objet de l'obligation violée[218]. Les cours et les tribunaux ont constamment affirmé le principe selon lequel il n'y a pas a priori de limite aux matières au sujet desquelles les États peuvent contracter des obligations internationales. Ainsi, la Cour permanente de Justice internationale a déclaré dans son premier arrêt concernant l'affaire du *Wimbledon* que «la faculté de contracter

---

[216] Voir les articles 40 et 41 et les commentaires y relatifs.

[217] Selon lequel «en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront».

[218] Voir, par exemple, *Usine de Chorzów*, *compétence*, *1927*, *C.P.J.I.*, s*érie A*, *n° 9*, p. 21; *Usine de Chorzów, fond*, *1928*, *C.P.J.I., série A, n° 17*, p. 29; *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1949*, p. 184. Dans ces décisions, il est dit que «toute violation d'un engagement international engage la responsabilité internationale». Voir aussi *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, *deuxième phase*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 228.

des engagements internationaux est un attribut de la souveraineté de l'État[219]». Ce principe a souvent été affirmé[220].

10) Dans le même ordre d'idées, on a parfois soutenu qu'une obligation concernant une certaine matière ne pouvait être violée que par un comportement de même nature. Cet argument a été à la base de l'exception opposée à la compétence de la Cour dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*[221]. À l'argument selon lequel un traité d'amitié, de commerce et de navigation ne pouvait pas en principe avoir été violé par un comportement comportant l'emploi de la force armée, la Cour a répondu ce qui suit:

> «Le Traité de 1955 met à la charge de chacune des Parties des obligations diverses dans des domaines variés. Toute action de l'une des Parties incompatible avec ses obligations est illicite, quels que soient les moyens utilisés à cette fin. La violation, par l'emploi de la force, d'un droit qu'une partie tient du Traité est tout aussi illicite que le serait sa violation par la voie d'une décision administrative ou par tout autre moyen. Les questions relatives à l'emploi de la force ne sont donc pas exclues en tant que telles du champ d'application du Traité de 1955[222]».

Ainsi, la violation par un État d'une obligation internationale constitue un fait internationalement illicite, quel que soit l'objet ou le contenu de l'obligation violée et quelle que soit la nature du comportement non conforme.

11) L'article 12 dit aussi qu'il y a violation d'une obligation internationale lorsque le fait en question n'est pas conforme à ce qui est requis en vertu de cette obligation, «quelle que soit … la nature de celle-ci». Dans la pratique, plusieurs classifications des obligations internationales ont été adoptées. Par exemple, on fait couramment une distinction entre les obligations de comportement et les obligations de résultat. Cette distinction peut aider à déterminer s'il y a eu

---

[219] *S.S. «Wimbledon»*, arrêt, 1923, *C.P.J.I.*, s*érie A*, *n^o^ 1*, p. 25.

[220] Voir, par exemple, *Nottebohm*, *deuxième phase*, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 20 et 21; *Droit de passage sur le territoire indien*, *fond*, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 33; *Activités militaires et paramilitaires*, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 131, par. 259.

[221] *Plates-formes pétrolières* (*République islamique d'Iran* c. *États-Unis d'Amérique*), *exceptions préliminaires*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 803.

[222] Ibid., p. 811 et 812, par. 21.

violation. Mais elle n'est pas exclusive[223], et elle ne semble pas entraîner de conséquences spécifiques ou directes pour ce qui est des présents articles. Dans l'affaire *Colozza*[224], par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme était saisie d'un cas dans lequel le procès avait eu lieu en l'absence du requérant, qui n'avait pas été officiellement informé des poursuites engagées contre lui, avait été condamné à six ans de prison et n'avait pas été autorisé par la suite à contester sa condamnation. Il se plaignait de ce que sa cause n'avait pas été entendue équitablement, en violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne. La Cour a noté que:

> «Les États contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de répondre aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, en la matière. La tâche de la Cour ne consiste pas à les leur indiquer, mais à rechercher si le résultat voulu par la Convention se trouve atteint… Pour cela, il faut que les ressources offertes par le droit interne se révèlent effectives et qu'il n'incombe pas à un tel "accusé" de prouver qu'il n'entendait pas se dérober à la justice, ni que son absence s'expliquait par un cas de force majeure[225].»

La Cour a donc considéré que l'article 6, paragraphe 1, impose une obligation de résultat[226]. Mais pour décider s'il y avait eu ou non violation de la Convention dans les circonstances

---

[223] Cf. *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 77, par. 135, où la Cour a estimé que les parties avaient accepté d'assumer des «obligations de comportement, des obligations de faire et des obligations de résultat».

[224] *Colozza et Rubinat* c. *Italie*, *C.E.D.H.*, *Série A*, *n° 89* (1985).

[225] Ibid, p. 15 et 16, par. 30, avec renvoi à l'arrêt *De Cubber* c. *Belgique*, *C.E.D.H.*, *Série A, n° 86* (1984), p. 29, par. 35.

[226] Cf. *Plattform «Ärzte für das Leben»* c. *Autriche*, dans laquelle la Cour avait donné l'interprétation suivante de l'article 11:

> «S'il incombe aux États contractants d'adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites, ils ne sauraient pour autant le garantir de manière absolue et ils jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix de la méthode à utiliser. En la matière, ils assument en vertu de l'article 11 de la Convention une obligation de moyens et non de résultat.»

C.E.D.H., *Série A*, *n° 139* (1988), p. 12, par. 34. Dans l'affaire *Colozza*, la Cour s'est exprimée dans des termes similaires, mais a conclu que l'obligation était une obligation de résultat. Cf. C. Tomuschat, «What is a "Breach" of the European Convention of Human Rights»,

de l'espèce, elle n'a pas simplement comparé le résultat requis (la possibilité que le procès ait lieu en présence de l'accusé) avec le résultat effectivement atteint (l'absence de cette possibilité en l'espèce). Elle a cherché à savoir ce que l'Italie aurait pu faire de plus pour que le droit du requérant soit «effectif[227]». La distinction entre obligation de comportement et obligation de résultat n'a pas joué un rôle décisif dans la conclusion à laquelle est parvenue la Cour, à savoir qu'il y avait eu violation de l'article 6, paragraphe 1[228].

12) La question se pose souvent de savoir si l'adoption d'une loi par un État peut violer une obligation, dans les cas où il existe un conflit apparent entre le contenu de cette loi et ce qui est requis par l'obligation internationale, ou si la loi en question doit avoir été appliquée en l'espèce avant que la violation soit réputée s'être produite. Encore une fois, aucune règle générale, qui soit applicable dans tous les cas, ne peut être établie[229]. La simple adoption d'une loi incompatible peut entraîner la violation de certaines obligations[230]. Dans ce cas, la seule adoption de la loi en question engage la responsabilité internationale de l'État qui la promulgue, le législateur lui-même étant un organe de l'État aux fins de l'attribution de la responsabilité[231].

---

in Lawson et de Blois (dir. publ.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers* (Dordrecht, Nijhoff, 1994), p. 328.

[227] *C.E.D.H.*, *Série A, n° 89* (1985), par. 28.

[228] Voir aussi *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, *affaires A 15(IV) et A 24*(1998) 32 *Iran-U.S.C.T.R.* 115.

[229] Cf. *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies*, *C.I.J. Recueil 1988*, p. 30, par. 42.

[230] Un traité instituant une loi uniforme sera généralement interprété comme étant immédiatement applicable, c'est-à-dire comme comportant une obligation d'introduire les dispositions de la loi uniforme dans le droit interne de chaque État partie au traité: voir par exemple B. Conforti, «Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle conventioni di diritto uniforme», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* vol. 24 (1988), p. 233.

[231] Voir l'article 4 et le commentaire y relatif. À titre d'illustration, voir par exemple les conclusions de la Cour européenne des droits de l'homme dans *Norris* c. *Irlande*, *C.E.D.H., Série A*, *n° 142* (1988), par. 31, avec renvoi à *Klass* c. *Allemagne, C.E.D.H., Série A, n° 28* (1978), par. 33; *Marckx* c. *Belgique, C.E.D.H., Série A*, *n° 31* (1979), par. 27; *Johnston* c. *Irlande, C.E.D.H., Série A, n° 112* (1986), par. 33; *Dudgeon* c. *Royaume-Uni, C.E.D.H., Série A, n° 45* (1981), par. 41; et *Modinos* c. *Chypre, C.E.D.H., Série A, n° 259* (1993), par. 24.

Dans d'autres circonstances, il se peut que l'adoption d'une loi ne constitue pas en soi une violation[232], en particulier si l'État concerné a la possibilité de donner effet à cette loi d'une manière qui ne violerait pas l'obligation internationale en question. En pareil cas, l'existence ou non d'une violation dépend de la mise en application de cette loi et de la façon dont elle le sera[233].

Article 13

Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État

Le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit.

Commentaire

1) L'article 13 pose comme principe de base qu'il faut, pour que la responsabilité d'un État soit engagée, que la violation ait eu lieu au moment où l'État était lié par l'obligation. Ce n'est là que l'application dans le domaine de la responsabilité des États du principe général du droit intertemporel, tel qu'il a été énoncé par l'arbitre Huber dans un autre contexte, dans l'affaire de *L'île de Palmas*:

> «[…] un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque et non pas à celle du droit en vigueur au moment où surgit ou doit être réglé un différend relatif à ce fait[234]».

Voir aussi l'avis consultatif OC-14/94 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur l'*International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the Convention (American Convention on Human Rights art. 1 and 2), Inter-Am. Ct.H.R., Série A, n° 14* (1994). La Cour interaméricaine a également jugé qu'il était possible de décider si un projet de loi était compatible avec les dispositions des conventions relatives aux droits de l'homme: dans son avis consultatif OC-3/83 relatif aux restrictions à la peine de mort: *Restrictions to the Death Penalty (art. 4.2 et 4.4 of the American Convention on Human Rights), Inter-Am. Ct.H.R., Série A, n° 3* (1983).

[232] Comme l'a affirmé la Cour internationale de Justice dans *LaGrand* (*Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique), fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 90 et 91.

[233] Voir par exemple le rapport du Groupe spécial de l'OMC *in United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, par. 7.34 à 7.57.

[234] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1949), p. 845. Pour la question générale du droit intertemporel, voir la résolution de l'Institut de droit international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56 (1975), p. 530 à 536; pour le débat sur la question, voir

L'article 13 offre aux États une garantie importante du point de vue de la mise en cause de leur responsabilité. La formule employée («ne constitue pas ... à moins que …») exprime l'idée d'une garantie contre l'application rétrospective du droit international dans le domaine de la responsabilité des États.

2) Le principe énoncé à l'article 13 a été appliqué maintes fois par les tribunaux internationaux. On en trouve un exemple instructif dans la décision de J. Bates, surarbitre de la Commission mixte États-Unis d'Amérique/Grande-Bretagne, à propos du comportement des autorités britanniques qui avaient séquestré des navires américains se livrant à la traite des esclaves et avaient libéré les esclaves, qui appartenaient à des ressortissants américains. Les incidents soumis au jugement de la Commission avaient eu lieu à des époques différentes et le surarbitre devait donc établir pour chacun d'eux si, à l'époque où il s'était produit, la traite était ou non «contraire à la loi des nations». Les incidents les plus anciens, datant d'une époque où la traite était considérée comme licite, constituaient une violation de l'obligation internationale de respecter et de protéger la propriété des ressortissants étrangers[235]. Les incidents les plus récents s'étaient produits à une époque où la traite avait été «prohibée par toutes les nations civilisées», et n'engageaient pas la responsabilité de la Grande-Bretagne[236].

3) L'arbitre Asser a appliqué les mêmes principes à propos de la saisie et de la confiscation par les autorités russes, au-delà des limites de la mer territoriale de la Russie, de navires américains se livrant à la chasse aux phoques, affaire dans laquelle il devait établir s'il s'agissait

---

ibid., p. 339 à 374; pour les rapports de Sørensen, voir ibid., vol. 55 (1973), p. 1 à 116. Voir aussi W. Karl, «*The Time Factor in the Law of State Responsibility*», *in* M. Spinedi et B. Simma (dir. publ.), *United Nations Codification of State Responsibility* (New York, Oceana, 1987), p. 95.

[235] Voir l'affaire de l'*Enterprise* (1855), de Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. I, p. 703; Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 4373. Voir également les affaires de l'*Hermosa* et du *Créole*, de Lapradelle et Politis, op. cit., vol. I, p. 703 et 704; Moore, op. cit., vol. IV, p. 4374 et 4375.

[236] Voir l'affaire *Lawrence* (1855), de Lapradelle et Politis, op. cit., vol. I, p. 741; Moore, op. cit., vol. III, p. 2824. Voir également l'affaire du *Volusia* (1855), de Lapradelle et Politis, op. cit., vol. I, p. 741.

d'actes illicites en droit international. Dans l'affaire du *James Hamilton Lewis*[237] il a fait observer que la question devait être «résolue d'après les principes généraux du droit des gens et l'esprit des accords internationaux en vigueur et obligatoires pour les deux Hautes Parties au moment de la saisie du navire[238]». Puisque, d'après les principes en vigueur à l'époque des faits, la Russie n'avait pas le droit de saisir le navire américain, la saisie et la confiscation de ce navire devaient être considérées comme des actes illicites pour lesquels la Russie devait réparation[239]. Le même principe a été constamment appliqué par la Commission européenne et par la Cour européenne des droits de l'homme pour repousser des griefs ayant pris naissance à une époque où la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'était pas en vigueur à l'égard de l'État en cause[240].

4) Le principe a été aussi confirmé par la pratique des États. On trouve souvent dans les compromis d'arbitrage[241] cette clause que l'arbitre appliquera les règles de droit international en vigueur à l'époque où les faits allégués ont eu lieu, ce qui vise clairement à confirmer de façon explicite un principe généralement admis. Les auteurs de droit international qui ont traité

---

[237] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (1902), p. 66.

[238] Ibid., p. 69.

[239] Ibid. Voir aussi l'affaire du *C.H. White,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. IX (1902), p. 74. Dans ces affaires, l'arbitre devait, selon le compromis arbitral, appliquer le droit en vigueur à l'époque des faits. Toutefois, tout indique que les parties voulaient simplement confirmer l'application du principe général en question dans le compromis d'arbitrage et non pas établir une exception. Voir aussi l'affaire du *S.S. Lisman*, ibid., vol. III (1937), p. 1771.

[240] Voir par exemple *X.* c. *Allemagne* (Requête 1151/61) (1961), *Recueil des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme*, n° 7, p. 119 et de nombreuses décisions ultérieures.

[241] Voir par exemple les déclarations échangées entre les États-Unis d'Amérique et la Russie concernant l'arbitrage de certains différends mettant en cause la responsabilité internationale de la Russie à raison de la saisie de navires américains, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, (1900), p. 57.

de la question reconnaissent que la licéité ou l'illicéité d'un fait s'établit au regard des obligations en vigueur au moment du fait[242].

5) La responsabilité des États peut s'étendre à des faits de la plus grande gravité et le régime de la responsabilité doit, dans ce cas, être d'autant plus rigoureux. Mais, même lorsque survient une nouvelle norme impérative du droit international, comme cela est envisagé à l'article 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il n'en résulte aucune responsabilité rétroactive. L'article 71 2) prévoit que cette norme impérative «ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation, ni aucune situation juridique des parties créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin; toutefois, ces droits, obligations ou situations ne peuvent être maintenus par la suite que dans la mesure où leur maintien n'est pas en soi en conflit avec la nouvelle norme impérative du droit international général».

6) En conséquence, le principe de l'intertemporalité doit s'appliquer à toutes les obligations internationales et l'article 13 est d'application générale. Cela pourtant n'écarte pas la possibilité qu'un État consente à réparer le dommage résultant d'un fait qui n'était pas à l'époque une violation d'une obligation internationale en vigueur à son égard. En fait, les cas d'acceptation rétroactive de la responsabilité sont très rares. Le principe de la *lex specialis* (art. 55) suffit à régler les cas dans lesquels il a été convenu ou décidé que la responsabilité serait admise rétroactivement pour des faits qui à l'époque où ils se sont produits, ne constituaient pas une violation d'une obligation internationale[243].

---

[242] Voir par exemple P. Tavernier, *Recherche sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public,* (Paris, L.G.D.J., 1970), p. 119, 135 et 292; D. Bindschedler-Robert, «*De la rétroactivité en droit international public*», *Recueil d'études de droit international public en hommage à Paul Guggenheim* (Genève, Faculté de droit, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968), p. 184; M. Sørensen, «*Le problème intertemporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*», *Mélanges offerts à Polys Modinos* (Paris, Pédone, 1968), p. 304; T. O. Elias, «*The Doctrine of Intertemporal Law*», *A.J.I.L.,* vol. 74 (1980), p. 285; R. Higgins, «*Time and the Law*», *I.C.L.Q.*, vol. 46 (1997), p. 501.

[243] Pour ce qui est de l'effet rétroactif de la reconnaissance et de l'adoption d'un comportement par un État comme étant sien, voir l'article 11 et le commentaire y relatif, particulièrement le paragraphe 4). Cette reconnaissance et cette adoption ne sont pas à elles seules suffisantes pour donner un effet rétroactif aux obligations de l'État qui en est l'auteur.

7) En droit international, le principe établi à l'article 13 est non seulement nécessaire, mais aussi suffisant, pour établir la responsabilité. En d'autres termes, une fois que la responsabilité a pris naissance dans le fait internationalement illicite, elle demeure même si l'obligation mise en cause disparaît ultérieurement, soit que le traité violé ait été dénoncé, soit que le droit international ait évolué. C'est ainsi que la Cour internationale de Justice a déclaré dans l'affaire du *Cameroun septentrional*:

> «[…] si, pendant la période de validité de l'Accord de tutelle, l'autorité de tutelle avait été responsable d'un acte contrevenant aux dispositions dudit accord et entraînant un préjudice envers un autre Membre des Nations Unies ou l'un de ses ressortissants, l'extinction de la tutelle n'aurait pas mis fin à l'action en réparation[244]».

Dans l'arbitrage du *Rainbow Warrior*, le tribunal a de même statué que, même si l'obligation conventionnelle s'était éteinte avec le passage du temps, la responsabilité de la France pour la violation commise antérieurement demeurait engagée[245].

8) Les deux aspects du principe sont implicites dans l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire concernant *Certaines terres à phosphates à Nauru*. L'Australie soutenait qu'une demande mettant en cause la responsabilité de l'État australien pour des faits survenus à l'époque où elle était l'une des puissances administrantes du Territoire sous tutelle de Nauru (1947-1968) ne pouvait être introduite des décennies plus tard, même s'il n'y avait pas eu officiellement désistement de la part de Nauru. La Cour, ayant appliqué de façon libérale la théorie des retards excessifs, a rejeté cet argument[246], mais en ajoutant:

> «[…] il appartiendra à la Cour, le moment venu, de veiller à ce que le retard mis par Nauru à la saisir ne porte en rien préjudice à l'Australie en ce qui concerne tant l'établissement des faits que la détermination du contenu du droit applicable[247]».

---

[244] *Cameroun septentrional, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1963*, p. 35.

[245] *Rainbow Warrior (Nouvelle Zélande/France),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 265 et 266.

[246] *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru* c. *Australie), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992*, p. 253 à 255, par. 31 à 36. Voir l'article 45 *b* et le commentaire y relatif.

[247] *C.I.J. Recueil 1992,* p. 255, par. 36.

Manifestement, l'intention de la Cour était d'appliquer le droit en vigueur au moment des faits à l'origine de la demande. D'ailleurs, c'était aussi nécessairement la position de Nauru elle-même, puisque sa demande reposait sur une violation de l'Accord de tutelle qui avait pris fin à la date de son accession à l'indépendance en 1968. L'argument de Nauru était que la responsabilité de l'Australie, une fois engagée en vertu du droit en vigueur à un moment donné, continuait d'exister même si l'obligation primaire avait pris fin[248].

9) Le principe de base posé à l'article 13 est donc bien établi. Une restriction possible touche à l'interprétation progressive des obligations qu'a adoptée la majorité de la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif sur la Namibie (Sud-Ouest africain)[249]. Mais le principe du droit intertemporel ne signifie pas que le fixisme doit présider à l'interprétation des dispositions des traités. La validité d'une interprétation évolutionniste des dispositions des traités est possible dans certains cas[250], mais cela n'a rien à voir avec le principe qui veut que l'État ne puisse être tenu responsable que de la violation d'une obligation en vigueur à son égard au moment des faits. Le principe du droit intertemporel ne signifie pas non plus que des faits survenus avant l'entrée en vigueur d'une obligation donnée ne peuvent être pris en compte s'ils sont par ailleurs pertinents. Ainsi par exemple, pour ce qui est de l'obligation de veiller à ce que les accusés soient jugés sans retard excessif, les périodes de détention accomplies avant l'entrée en vigueur de cette obligation peuvent être un élément de fait à prendre en considération, mais aucune indemnité ne pourrait être accordée pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de l'obligation[251].

---

[248] L'affaire s'est réglée avant que la Cour ait pu l'examiner au fond: *C.I.J. Recueil 1993*, p. 322; pour l'accord de règlement du 10 août 1993, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1770, p. 380.

[249] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31 et 32, par. 53.

[250] Voir, par exemple, le *dictum* de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Tyrer* c. *Royaume-Uni, C.E.D.H., Série A*, *n° 26* (1978), p. 15 et 16.

[251] Voir, par exemple, *Zana* c. *Turquie*, *C.E.D.H.*, *Recueil,* 1997-VII, p. 2533*;* J. Pauwelyn, «*The Concept of a "Continuing Violation" of an International Obligation: Selected Problems*», *B.Y.I.L.*, vol. 66 (1995), p. 443 à 445.

Article 14

Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.

2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.

3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné se produit au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation.

Commentaire

1) Le problème consistant à déterminer à quel moment un fait illicite commence et combien de temps il continue se pose souvent[252] et a des conséquences en ce qui concerne la responsabilité des États, notamment la question importante de la cessation des faits illicites continus traitée à l'article 30. Bien que l'existence et la durée d'une violation d'une obligation internationale dépendent, pour l'essentiel, de l'existence et du contenu de l'obligation, ainsi que des faits de l'espèce, certains concepts fondamentaux sont établis. Ceux-ci sont présentés à l'article 14. Sans chercher à traiter le problème de façon exhaustive, l'article 14 aborde plusieurs questions connexes. En particulier, il explicite la distinction entre les violations qui ne s'étendent pas dans le temps et les faits illicites continus (voir les paragraphes 1 et 2, respectivement) et il traite également de la question de l'application de cette distinction au cas important de

---

[252] Voir, par exemple, les affaires suivantes: *Concessions Mavrommatis en Palestine*, 1924, *C.P.J.I., Série A, n° 2*, p. 35; *Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires, 1938*, *C.P.J.I., série A/B, n° 74*, p. 23 à 29; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, 1939*, *C.P.J.I., série A/B, n° 77*, p. 80 à 82; *Droit de passage sur le territoire indien, fond*, *C.I.J.*, *Recueil 1960*, p. 33 à 36. Le problème a été soulevé fréquemment devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme. Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire *De Becker* c. *Belgique* (1958-1959), *C.E.D.H. Annuaire n° 2*, p. 234 et 244; et les arrêts de la Cour dans l'affaire *Irlande* c. *Royaume-Uni*, *C.E.D.H., Série A, n° 25* (1978), p. 64; *Papamichalopoulos et autres* c. *Grèce, C.E.D.H.*, *Série A, n° 260-B* (1993), par. 40; *Agrotexim* c. *Grèce, C.E.D.H.*, *Série A, n° 330-A* (1995), p. 22, par. 58. Voir également E. Wyler, «Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite», *R.G.D.I.P.*, vol. 95 (1991), p. 881.

l'obligation de prévention. Dans chacun de ces cas, la question du maintien en vigueur de l'obligation violée est prise en compte.

2) En général, il faut un certain temps pour qu'un fait internationalement illicite se produise. Aux fins de l'article 14, une distinction essentielle est établie entre une violation qui est continue et une violation qui a déjà été accomplie. Conformément au paragraphe 1, un fait achevé a lieu «au moment où le fait se produit», même si ses effets ou ses conséquences perdurent. L'expression «au moment où» vise à décrire plus précisément le laps de temps pendant lequel un fait illicite achevé se produit, sans impliquer pour autant que ce fait soit nécessairement achevé en un instant.

3) Par ailleurs, conformément au paragraphe 2,un fait illicite continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale, sous réserve toutefois que l'État soit lié par cette obligation internationale pendant cette période[253]. À titre d'exemples de faits illicites continus, on citera le maintien en vigueur de dispositions législatives incompatibles avec les obligations conventionnelles de l'État qui les a promulguées, la détention illégale d'un agent étranger ou l'occupation illégale des locaux d'une ambassade, le maintien par la force d'une domination coloniale, l'occupation illégitime d'une partie du territoire d'un autre État ou le stationnement de forces armées dans un autre État sans son consentement.

4) La question de savoir si un fait illicite est achevé ou a un caractère continu dépendra, à la fois, de l'obligation primaire et des circonstances de l'espèce. Ainsi, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a interprété la disparition forcée ou involontaire comme étant un fait illicite continu, c'est-à-dire qui continue tant que l'on ignore le sort de la personne concernée[254]. La question de savoir si une expropriation illicite est un fait illicite «achevé» ou continu dépend, dans une certaine mesure, du contenu de la règle primaire censée avoir été violée. Si une expropriation a lieu conformément à la loi, avec pour conséquence que le titre de propriété concerné est cédé, l'expropriation proprement dite constitue alors un fait achevé. Toutefois,

---

[253] Voir ci-dessus, l'article 13 et le commentaire y relatif, en particulier le paragraphe 2).

[254] *Blake, Inter-Am. Ct.H.R., Série C, n° 36* (1998), par. 67.

la situation peut être différente en présence d'une occupation de facto, «rampante» ou déguisée[255]. À titre exceptionnel, une juridiction peut légitimement refuser de reconnaître une loi ou un décret, la conséquence étant alors que le déni d'un statut, d'un droit de propriété ou de la possession d'un bien qui en résulte peut donner lieu à un fait illicite continu[256].

5) En outre, la distinction entre faits achevés et faits continus est relative. Un fait illicite continu peut lui-même cesser: ainsi, un otage peut être libéré ou le corps d'une personne disparue peut être remis à ses proches parents. Un fait illicite continu est essentiellement un fait qui a commencé mais n'a pas été achevé au moment considéré. Lorsqu'un fait illicite continu a cessé par exemple si des otages sont libérés ou des forces d'occupation se retirent d'un territoire illégitimement occupé, il est considéré comme n'ayant plus désormais un caractère continu même si certains de ses effets peuvent perdurer. En ce sens, il relève du paragraphe 1 de l'article 14.

6) Un fait n'a pas un caractère continu simplement parce que ses effets ou ses conséquences s'étendent dans le temps. Il faut que le fait illicite proprement dit continue. Dans de nombreux cas, les conséquences de faits internationalement illicites peuvent se prolonger. La douleur et la souffrance causées par des actes antérieurs de torture, ou les incidences économiques d'une expropriation continuent, même si la torture a cessé ou le titre de propriété a été cédé. Ces conséquences font l'objet des obligations secondaires de réparation, notamment la restitution, prévues dans la deuxième partie des articles. La prolongation de ces effets sera pertinente, par exemple, pour déterminer le montant de l'indemnité à verser. Cela ne signifie pas pour autant que la violation proprement dite a un caractère continu.

7) La notion de fait illicite continu existe dans de nombreux systèmes juridiques nationaux, et c'est Triepel qui l'a introduite en droit international[257]. La Cour internationale de Justice et

---

[255] *Papamichalopoulos* c. *Grèce, C.E.D.H., Série A, n° 260-B* (1993).

[256] *Loizidou* c. *Turquie, fond, C.E.D.H., Recueil* 1996-VI, p. 2216.

[257] H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig, Hirschfeld, 1899), p. 289. Cette notion a ensuite été reprise dans diverses études générales consacrées à la responsabilité des États, ainsi que dans des ouvrages consacrés à l'interprétation de la formule «situations et faits antérieurs à

d'autres tribunaux internationaux s'y sont fréquemment référés. Par exemple, dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran,* la Cour a fait référence aux «manquements successifs, et persistant à ce jour, de l'Iran aux obligations dont il est tenu envers les États-Unis en vertu des Conventions de Vienne de 1961 et de 1963[258]».

8) Les conséquences d'un fait illicite continu dépendront du contexte, ainsi que de la durée de l'obligation violée. Par exemple, l'arbitrage dans l'affaire du *Rainbow Warrior* avait pour objet le manquement, par la France, à l'obligation de détenir deux agents sur l'île française du Pacifique de Hao durant trois ans, en vertu d'un accord conclu entre la France et la Nouvelle-Zélande. Le Tribunal arbitral a mentionné, en les approuvant, les anciens projets d'articles 24 et 25, paragraphe 1 (dont le texte figure à présent dans l'article 14), et la distinction entre faits illicites instantanés et continus, déclarant:

> «Si l'on applique cette classification à l'espèce examinée, il est évident que la violation constituée par le fait de ne pas ramener les deux agents à Hao représente une violation non seulement substantielle mais aussi continue. Et cette classification n'est pas purement théorique, mais au contraire, a des conséquences pratiques puisque la gravité de la violation et son prolongement dans le temps ont nécessairement une importance considérable pour la fixation de la réparation appropriée dans le cas d'une violation présentant ces deux caractéristiques[259].»

Le Tribunal a d'ailleurs tiré encore d'autres conséquences juridiques de la distinction ainsi établie au sujet de la durée des obligations de la France en vertu de l'accord[260].

9) La notion de fait illicite continu a été appliquée également par la Cour européenne des droits de l'homme pour établir sa compétence *ratione temporis* dans une série d'affaires. Le problème se pose parce que la compétence de la Cour peut être limitée aux événements qui se

---

une date donnée» employée dans certaines déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice.

[258] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980*, p. 37, par. 80. Voir également p. 37, par. 78.

[259] *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, (1990), p. 264, par. 101.

[260] Ibid., p. 265 et 266, par. 105 et 106. Voir toutefois l'opinion dissidente de Sir Kenneth Keith, ibid., p. 279 à 284.

produisent après que l'État défendeur est devenu partie à la Convention ou au Protocole pertinent et a accepté le droit de requête individuelle. Ainsi, dans l'affaire *Papamichalopoulos et autres* c. *Grèce*, la saisie d'un bien sans expropriation formelle avait eu lieu environ huit ans avant que la Grèce reconnaisse la compétence de la Cour. La haute juridiction a considéré qu'il y avait une violation continue du droit à la jouissance paisible du bien conformément à l'article premier du Protocole n° 1 à la Convention, qui s'est poursuivie après l'entrée en vigueur du Protocole; elle s'est donc déclarée compétente pour connaître de la requête[261].

10) Dans l'arrêt *Loizidou* c. *Turquie*[262], la Cour a appliqué un raisonnement semblable aux conséquences de l'invasion de Chypre par la Turquie en 1974, à la suite de laquelle la requérante avait été privée de l'accès à son bien, sis à Chypre-Nord. La Turquie invoquait le fait qu'en vertu de l'article 159 de la Constitution de la République turque de Chypre-Nord de 1985, le bien en question avait fait l'objet d'une expropriation, laquelle s'était produite avant l'acceptation de la compétence de la Cour par la Turquie, survenue en 1990. La Cour a considéré qu'en vertu du droit international et eu égard aux résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, elle ne pouvait donner effet juridique à la Constitution de 1985, que l'expropriation n'avait donc pas eu lieu à cette date et que le bien continuait à appartenir à la requérante. L'action de la République turque de Chypre-Nord et des troupes turques refusant à la requérante l'accès à son bien s'était poursuivie après l'acceptation de la compétence de la Cour par la Turquie et constituait une violation de l'article premier du Protocole n° 1 après cette date[263].

11) Le Comité des droits de l'homme a lui aussi repris à son compte l'idée de faits illicites continus. Ainsi, dans l'affaire *Lovelace* c. *Canada*, il s'est estimé compétent pour examiner les effets continus, pour l'auteur de la communication, de la perte de son statut d'Indienne, alors

---

[261] *Papamichalopoulos et autres* c. *Grèce, C.E.D.H., Série A, n° 260-B* (1993).

[262] *Loizidou* c. *Turquie, fond, C.E.D.H. Recueil* 1996-VI, p. 2216.

[263] Ibid., p. 2230 à 2232, 2237 et 2238, par. 41 à 47, 63 et 64. Voir toutefois l'opinion dissidente du juge Bernhardt, ibid., 2242, par. 2 (avec lequel les juges Lopes Rocha, Jambrek, Pettiti, Baka et Gölcüklü ont exprimé leur accord en substance). Voir également *Loizidou* c. *Turquie (exceptions préliminaires), C.E.D.H.*, *Série A, n° 310* (1995), p. 33 et 34, par. 102 à 105; *Chypre* c. *Turquie* (Requête n° 25781/94), C.E.D.H., arrêt du 10 mai 2001.

même que la perte s'était produite au moment de son mariage en 1970, et que le Canada n'avait accepté la compétence du Comité qu'en 1976. Le Comité a déclaré ce qui suit:

> «Le Comité n'a pas compétence, en règle générale, pour connaître des allégations concernant des événements survenus avant l'entrée en vigueur du Pacte et du Protocole facultatif … Dans le cas de Sandra Lovelace, il s'ensuit que le Comité n'a pas compétence pour exprimer quelque point de vue que ce soit sur la cause originale de la perte de son statut d'Indienne … au moment de son mariage en 1970… Le Comité reconnaît toutefois que les choses peuvent être vues différemment si les violations alléguées, quoique se rapportant à des événements antérieurs au 19 août 1976, se perpétuent ou ont eu depuis cette date des conséquences équivalant en elles-mêmes à des violations[264].»

Il a estimé que l'effet continu de la législation canadienne, interdisant à Mme Lovelace d'exercer ses droits en tant que membre d'une minorité, était suffisant pour constituer une violation de l'article 27 du Pacte postérieurement à cette date. La notion de violation continue avait ici un rapport non seulement avec l'établissement de la compétence du Comité mais aussi avec le choix de l'article 27 comme la disposition du Pacte la plus directement pertinente relativement aux faits considérés.

12) Ainsi, un comportement qui a commencé à un moment donné dans le passé et qui constituait (ou, si la règle primaire pertinente avait été en vigueur pour l'État à l'époque, aurait constitué) une violation à cette date, peut se poursuivre et donner naissance à un fait illicite continu dans le présent. En outre, ce caractère continu peut avoir une importance en droit à diverses fins, notamment aux fins de la responsabilité des États. Par exemple, l'obligation de cessation énoncée à l'article 30 ne s'applique qu'aux faits illicites continus.

13) Une question qui se pose dans le cas de tous les faits illicites, qu'ils soient achevés ou continus, est celle de savoir quand une violation du droit international se produit, par opposition à une violation qui est seulement appréhendée ou imminente. Comme indiqué dans le contexte de l'article 12, il n'est possible de répondre à cette question que par référence à la règle primaire pertinente. Certaines règles interdisent expressément la menace d'un comportement[265],

---

[264] *Lovelace* c. *Canada*, communication n° R 6/24, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 40* (A/36/40) (1981), p. 184, par. 10 et 11.

[265] Ainsi notamment, l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies interdit le recours «à la menace ou à l'emploi de la force» contre «l'intégrité territoriale ou l'indépendance

l'incitation ou la tentative[266], auquel cas la menace, l'incitation ou la tentative est elle-même un fait illicite. En revanche, lorsque le fait internationalement illicite consiste en un acte donné - par exemple le détournement d'un fleuve - les simples préparatifs de cet acte ne constituent pas eux-mêmes nécessairement un fait illicite[267]. Dans l'*Affaire relative au projet Gabčikovo-Nagymaros*, la question qui se posait était celle de savoir quand le dispositif de détournement («Variante C») avait été mis en service. La Cour a estimé que la violation ne s'était produite qu'au moment du détournement effectif du Danube. Elle a noté:

> «qu'entre novembre 1991 et octobre 1992, la Tchécoslovaquie s'est bornée à exécuter sur son propre territoire des travaux qui étaient certes nécessaires pour la mise en œuvre de la variante C, mais qui auraient pu être abandonnés si un accord était intervenu entre les parties et ne préjugeaient dès lors pas de la décision définitive à prendre. Tant que le Danube n'avait pas été barré unilatéralement, la variante C n'avait en fait pas été appliquée. Une telle situation n'est pas rare en droit international, comme d'ailleurs en droit interne. Un fait illicite ou une infraction est fréquemment précédé d'actes préparatoires qui ne sauraient être confondus avec le fait ou l'infraction eux-mêmes. Il convient de distinguer entre la réalisation même d'un fait illicite (que celui-ci soit

---

politique de tout État». Au sujet de ce qui constitue une menace de l'emploi de la force, voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996,* p. 246 et 247, par. 47 et 48; cf. R. Sadurska, «Threats of Force», *A.J.I.L.,* vol. 82 (1988), p. 239.

266 Le libellé de l'article III de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide est particulièrement large puisqu'il interdit l'entente, l'incitation directe et publique, la tentative et la complicité en matière de génocide. Voir aussi l'article 2 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (résolution 52/164 de l'Assemblée générale), et l'article 2 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (résolution 54/109 de l'Assemblée générale).

267 Dans certains systèmes juridiques, la notion de «violation anticipée» s'applique en cas de refus définitif par une partie d'exécuter une obligation conventionnelle lorsque ce refus intervient avant la date fixée pour l'exécution de l'obligation. En présence d'une violation anticipée, la partie concernée a le droit de résilier le contrat et d'engager une action en dommages-intérêts. Voir K. Zweigert et H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (3e éd., trad. J. A. Weir), (Oxford, Oxford University Press, 1998), p. 508. D'autres systèmes obtiennent des résultats similaires sans utiliser cette notion, par exemple en donnant à un refus d'exécuter antérieur à la date prévue pour l'exécution le caractère d'une violation effective du contrat: ibid., p. 494 (droit allemand). Il ne semble pas y avoir d'équivalent en droit international mais l'article 60, par. 3 *a*, de la Convention de Vienne sur le droit des traités définit la violation comme incluant «un rejet … non autorisé par la présente Convention». Un tel rejet pourrait se produire avant la date prévue pour l'exécution.

> instantané ou continu) et le comportement antérieur à ce fait qui présente un caractère préparatoire et "qui ne saurait être traité comme un fait illicite"…[268]».

La Cour a donc fait une distinction entre la commission effective d'un fait illicite et les actes ayant un caractère préparatoire. Ces actes ne constituent pas en eux-mêmes une violation s'ils ne «prédéterminent pas la décision définitive qui sera prise». Cependant, le point de savoir s'il en est ainsi dans tout cas d'espèce dépendra de la nature des faits et du contenu de l'obligation primaire. Interviendront des questions de jugement et de degré qu'aucune formule particulière ne peut régler d'avance. Les expressions «a lieu» et «survient», employées aux paragraphes 1 et 3 de l'article 14, sont destinées à couvrir les différentes possibilités.

14) Le paragraphe 3 de l'article 14 traite de la dimension temporelle d'une catégorie particulière de violation des obligations internationales, à savoir la violation de l'obligation de prévention d'un événement donné. L'obligation de prévention s'analyse normalement comme une obligation de diligence, imposant aux États de prendre toutes les mesures raisonnables ou nécessaires pour éviter qu'un événement donné ne se produise, mais sans garantir que l'événement ne se produira pas. La violation d'une obligation de prévention pourrait constituer un fait illicite continu, bien que, comme pour d'autres faits illicites continus, il découle de l'article 13 que la violation ne continue que si l'État est lié par l'obligation pendant la période au cours de laquelle l'événement continue et reste non conforme à ce qui est requis par cette obligation. Par exemple, l'obligation de prévenir les dommages transfrontières causés par la pollution de l'air, traitée dans l'arbitrage relatif à l'affaire de la *Fonderie de Trail*[269], a été violée aussi longtemps que la pollution a continué. Dans de tels cas, la violation peut être progressivement aggravée dans la mesure où on ne fait rien pour y mettre un terme. Toutefois, les obligations de prévenir la survenance d'un événement ne sont pas toutes de ce type. Si l'obligation en question ne consistait qu'à prévenir, en premier lieu, la survenance de

---

[268] P*rojet Gabčikovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997*, p. 54, par. 79, citant le commentaire de l'actuel article 30.

[269] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (1938, 1941), p. 1905.

l'événement (par opposition à sa continuation), il n'y aurait pas de fait illicite continu[270]. Si l'obligation en question a cessé, tout comportement continu cesse, par définition, d'être illicite à ce moment-là[271]. L'expression «et reste non conforme à ce qui est requis par cette obligation», utilisée au paragraphe 3, vise à couvrir ces deux cas.

Article 15

Violation constituée par un fait composite

1. La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite.

2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale.

Commentaire

1) Dans le cadre général de la distinction établie à l'article 14 entre les faits achevés et les faits ayant un caractère continu, l'article 15 introduit une nuance supplémentaire, à savoir la notion de fait illicite composite. Les faits composites donnent lieu à des violations à caractère continu, qui s'étendent sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série de faits qui constitue le comportement illicite.

2) Les faits composites visés par l'article 15 sont limités aux violations d'obligations qui concernent un ensemble de comportements et non des faits individuels en tant que tels. En d'autres termes, il s'agit essentiellement d'une «série d'actions ou d'omissions définie dans son ensemble comme illicite». À titre d'exemple, on citera notamment les obligations concernant le génocide, l'apartheid ou les crimes contre l'humanité, les actes systématiques de

---

[270] On pourrait citer par exemple l'obligation qu'aurait un État A d'empêcher la publication de certaines informations. La violation d'une telle obligation n'aura pas nécessairement un caractère continu, étant donné qu'une fois l'information publiée, l'obligation n'a plus de raison d'être.

[271] Cf. l'arbitrage relatif à l'affaire du *Rainbow Warrior,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XX, p. 217 (1990), p. 266.

discrimination raciale, les actes systématiques de discrimination interdite par un accord commercial, etc... Certains des faits illicites les plus graves au regard du droit international sont définis comme tels au vu de leur caractère composite. L'importance de ces obligations en droit international justifie le traitement spécial prévu à l'article 15[272].

3) Bien qu'elle présente certaines caractéristiques spéciales, l'interdiction du génocide, formulée en termes identiques dans la Convention de 1948 et dans des instruments ultérieurs[273], est un bon exemple d'obligation «composite». Elle implique que l'entité responsable (y compris un État) doit avoir adopté une politique ou un comportement systématique. Conformément à l'article II *a* de la Convention, le génocide s'entend essentiellement du «meurtre de membres d'un [groupe national, ethnique, racial ou religieux]» commis dans l'intention d'anéantir le groupe ou de le détruire en partie. Cette définition comporte deux éléments systématiques. Il faut aussi que les meurtres soient commis dans l'intention délibérée d'éliminer physiquement le groupe «en tant que tel». Il n'y a génocide que pour autant qu'il y a accumulation de meurtres, d'actes dommageables, etc., commis dans une intention délibérée, ce qui répond à la définition de l'article II. Une fois le génocide établi, le temps de perpétration s'étend sur la période entière durant laquelle un quelconque des actes visés a été commis, et tout individu qui aurait commis l'un quelconque de ces actes dans l'intention susmentionnée serait coupable de génocide[274].

---

[272] Voir aussi J. Salmon, «Le fait étatique complexe: une notion contestable», *A.F.D.I.*, vol. XXVIII (1982), p. 709.

[273] Voir, par exemple, l'article 4 du Statut du Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, 25 mai 1993 (initialement publié comme annexe du document S/25704 et Add.1, approuvé par le Conseil de sécurité dans sa résolution 827 (1993); modifié le 13 mai 1998 par la résolution 1166 (1998) et le 30 novembre 2000 par la résolution 1329 (2000) du Conseil de sécurité; et l'article 2 du Statut du Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins, 8 novembre 1994, approuvé par le Conseil de sécurité dans sa résolution 955 (1994); et l'article 6 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, en date du 17 juillet 1998 (A/CONF.183/9).

[274] Le principe de l'intertemporalité ne s'applique pas à la Convention sur le génocide, étant donné qu'aux termes de son article premier, elle a valeur déclarative et que, pour le génocide,

4) Il faut distinguer les obligations composites des obligations simples qui sont enfreintes par un fait «composite». Les faits composites sont plus que les autres susceptibles de donner lieu à des violations continues, mais des faits simples peuvent aussi causer des violations continues. Il en va autrement, toutefois, lorsque l'obligation est liée au caractère cumulatif du comportement considéré, caractère qui constitue l'essence même du fait illicite. Ainsi l'apartheid diffère-t-il dans sa nature des actes individuels de discrimination raciale, comme le génocide diffère d'actes individuels, y compris les meurtres commis pour des raisons ethniques ou raciales.

5) Dans l'affaire *Irlande* c. *Royaume-Uni*, la plainte de l'Irlande, qui portait sur le traitement illicite dont faisaient l'objet les détenus en Irlande du Nord, traitement qui, selon l'Irlande, relevait de la torture ou des traitements inhumains et dégradants, a été jugée recevable sur cette base. S'en sont ensuivies diverses conséquences en matière de procédure et de recours. En particulier, la règle de l'épuisement des recours internes n'avait pas à être respectée pour chacun des incidents mentionnés. Mais la Cour a considéré qu'il n'y avait pas, en l'espèce, de fait illicite distinct de caractère systématique. L'Irlande était simplement fondée à porter plainte à l'égard d'une pratique constituée par une série de violations de l'article 7 de la Convention et à demander qu'il y soit mis fin. Selon la Cour:

> «Une pratique incompatible avec la Convention consiste en une accumulation de manquements de nature identique ou analogue assez nombreux et liés entre eux pour ne pas se ramener à des incidents isolés ou à des exceptions, et pour former un ensemble ou système; *elle ne constitue pas en soi une infraction distincte de ces manquements*... La notion de pratique offre un intérêt particulier pour le jeu de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Telle que la consacre l'article 26 de la Convention, cette règle vaut pour les requêtes étatiques … comme pour les requêtes "individuelles"… En revanche, elle ne s'applique en principe pas si l'État demandeur s'attaque à une pratique en elle-même dans le but d'en empêcher la continuation ou le retour, et sans inviter la Commission ni la Cour à statuer sur chacun des cas qu'il cite à titre de preuve ou exemple de cette pratique[275].»

---

l'obligation de poursuivre vaut quel que soit le moment où il est commis. Voir l'*Affaire concernant l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1996*, p. 617, par. 34.

[275] *C.E.D.H.*, *Série A*, *n° 25* (1978), p. 64, par. 159 (italiques ajoutés); voir aussi ibid., p. 63, par. 157. Voir également la requête reconventionnelle des États-Unis dans l'*Affaire concernant les plates-formes pétrolières, République islamique d'Iran* c. *États-Unis d'Amérique, Requête reconventionnelle, C.I.J. Recueil 1998*, p. 190, qui porte pareillement sur une situation générale plutôt que sur des incidents précis.

Dans le cas des crimes contre l'humanité, le fait composite constitue une violation distincte des atteintes individuelles aux droits de l'homme dont il se compose.

6) Il faut également faire le départ entre les éléments nécessaires d'un fait illicite et les preuves de l'existence d'un tel fait qui pourraient être exigées. Par exemple, un fait individuel de discrimination raciale commis par un État est internationalement illicite[276], même s'il faudrait éventuellement rapporter la preuve d'une série de faits commis par des fonctionnaires de l'État (en rapport avec la même personne ou avec d'autres personnes se trouvant dans une situation similaire) pour montrer que l'un quelconque de ces faits était discriminatoire et ne répondait pas à des motifs légitimes. Une telle discrimination ne constitue pas, par essence, un fait composite, mais il peut être nécessaire, pour prouver son existence, de produire la preuve d'une pratique constitutive d'un tel fait.

7) Il découle de la nature du fait composite que le moment où il se produit ne peut pas coïncider avec le moment où a lieu la première des actions ou omissions de la série. Ce n'est que rétrospectivement que la première des actions ou omissions sera perçue comme ayant ouvert la série. En effet, ce n'est qu'après qu'une série d'actions ou d'omissions aura eu lieu que le fait se révélera non comme une simple succession d'actes isolés mais comme un fait composite, c'est-à-dire défini comme illicite dans son ensemble.

8) Le paragraphe 1 de l'article 15 définit le moment où le fait composite «a lieu» comme le moment où se produit la dernière action ou omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite, sans être nécessairement la dernière de la série. Des considérations analogues s'appliquent pour les faits illicites accomplis ou ayant un caractère continu, lorsqu'il s'agit de déterminer si le droit international a été enfreint; la réponse dépend des faits de l'espèce et du contenu de la règle primaire. Le nombre d'actions ou d'omissions qui doivent se produire pour qu'il y ait violation d'une obligation est également déterminé par la formulation et l'objet de la règle primaire. Les actions ou omissions doivent s'inscrire dans une série, mais l'article n'exige pas que tous les faits illicites de la série se produisent pour qu'elle

[276] Voir, par exemple, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, p. 195, art. 2; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171, art. 26.

relève de la catégorie des faits illicites composites, pour autant que le nombre de faits qui se sont produits suffise à constituer une violation. Au moment où le fait qui suffit à constituer une violation se produit, on ne sait pas nécessairement si d'autres faits suivront et si la série est ou non complète. De plus, l'interruption d'une série d'actions ou d'omissions, qui dès lors ne sera jamais complète, n'empêche pas nécessairement les actions ou omissions qui se sont effectivement produites de relever de la catégorie des faits illicites composites si, prises dans leur ensemble, ces actions ou omissions suffisent à constituer la violation.

9) Si le fait composite est constitué par une série d'actions ou d'omissions définie dans son ensemble comme illicite, cela n'exclut pas pour autant la possibilité que chacun des faits qui constituent la série soit lui-même illicite au regard d'une autre obligation. Par exemple, le fait illicite du génocide est généralement constitué d'une série de faits qui sont eux-mêmes internationalement illicites. De même, l'élément temporel de la commission des actes n'est pas affecté: les actions ou les omissions de la série peuvent se produire aussi bien simultanément que successivement.

10) Le paragraphe 2 de l'article 15 traite de l'extension dans le temps d'un fait composite. Une fois qu'un nombre suffisant d'actions ou d'omissions s'est produit, constituant le fait composite en tant que tel, la violation est réputée avoir débuté avec la première des actions ou omissions de la série. La première action ou omission n'est considérée comme telle que si un nombre d'actions ou d'omissions suffisant pour constituer le fait illicite s'est produit. Dès que cela est établi, le fait illicite est réputé s'étendre tout au long de la période commençant avec la commission de la première action ou omission. S'il en était autrement, l'efficacité de l'interdiction s'en trouverait compromise.

11) Le mot «restent» est inséré à la fin du paragraphe 2 pour tenir compte du principe de l'intertemporalité énoncé à l'article 13. Conformément à ce principe, l'État doit être lié par l'obligation internationale pendant la période durant laquelle la série d'actions ou d'omissions constituant la violation est commise. Dans les cas où l'obligation en question n'existait pas au début de la conduite mais est née par la suite, la «première» des actions ou omissions de la série, aux fins de la responsabilité des États, sera la première à s'être produite après la naissance de l'obligation. Cela n'exclut pas pour autant que les tribunaux puissent prendre en considération des actions ou omissions antérieures à d'autres fins (par exemple, pour établir la base factuelle de violations ultérieures ou pour prouver l'intention).

Chapitre IV

Responsabilité de l'État à raison du fait d'un autre État

1) Selon les principes fondamentaux fixés au chapitre premier, l'État est responsable de son propre comportement internationalement illicite, c'est-à-dire des actes qui lui sont attribuables en vertu du chapitre II et qui violent une de ses obligations internationales selon le chapitre III[277]. C'est donc sur le principe selon lequel la responsabilité de l'État est propre à son auteur que repose l'ensemble des articles. On l'appellera le principe de la responsabilité indépendante. C'est logique puisque chaque État est tenu par un ensemble d'obligations internationales qui lui est propre et assume les responsabilités qui en découlent.

2) Or, un comportement internationalement illicite est souvent le résultat de la collaboration de plusieurs États plutôt que le fait d'un État agissant seul[278]. Il peut prendre la forme de comportements indépendants adoptés par plusieurs États, dont chacun joue un rôle particulier dans le fait internationalement illicite. Ou bien, plusieurs États agissent par l'entremise d'un organe commun pour commettre un fait illicite[279]. Un comportement internationalement illicite peut également résulter d'une situation dans laquelle un État agit au nom d'un autre pour commettre les faits dont il s'agit.

3) Plusieurs formes de collaboration peuvent coexister dans une même affaire. Par exemple, trois États – l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni – constituaient ensemble

---

[277] Voir spécialement l'article 2 et le commentaire y relatif.

[278] Voir M. L. Padelletti, *Pluralità di Stati nel Fatto Illecito Internazionale* (Milan, Giuffrè, 1990); I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility (Part I)* (Oxford, Clarendon Press, 1983), p. 189 à 192; J. Quigley, «Complicity in International Law: A New Direction in the Law of State Responsibility», *B.Y.I.L.*, vol. 57 (1986), p. 77; J. E. Noyes & B. D. Smith, «State Responsibility and the Principle of Joint and Several Liability», *Yale Journal of International Law*, vol. 13 (1988), p. 225; B. Graefrath, «Complicity in the Law of International Responsibility», *Revue belge de droit international*, vol. 29 (1996) p. 370.

[279] Dans certains cas, le fait en question peut être commis par les organes d'une organisation internationale. C'est la responsabilité internationale des organisations internationales qui est alors en jeu, mais elle ne relève pas du champ d'application des présents articles. Voir l'article 57 et le commentaire y relatif.

l'Autorité administrante du Territoire sous tutelle de Nauru. Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, l'Australie s'est trouvée assignée seule pour des faits qui avaient été accomplis «au nom commun» des trois États[280]. Les faits de l'Australie s'inscrivaient dans le cadre à la fois d'un «comportement commun» à plusieurs États et d'un travail d'administration au jour le jour, effectué par un État agissant au nom des autres ainsi qu'en son nom propre. À l'inverse, si l'organe compétent de l'État qui agit est simplement «mis à la disposition» de l'État requérant au sens de l'article 6, seul l'État requérant est responsable du fait considéré.

4) Dans certaines circonstances, l'illicéité du comportement de l'État peut être fonction du comportement indépendant d'un autre État. Un État peut adopter un comportement dans une situation dans laquelle un autre État est impliqué, et le comportement de cet autre État peut être pertinent ou même décisif si l'on veut déterminer si le premier État a violé ses propres obligations internationales. Dans l'affaire *Soering* par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'extradition envisagée d'une personne vers un État qui n'était pas Partie à la Convention européenne et où l'intéressé était susceptible d'être victime d'un traitement ou d'une peine inhumains ou dégradants constituait de la part de l'État auteur de l'extradition une violation de l'article 3 de la Convention[281]. Il peut arriver aussi qu'un État soit tenu, par ses propres obligations internationales, d'empêcher un autre État d'adopter un certain comportement ou, au moins, de prévenir la réalisation du préjudice qui en découlerait. Ainsi, la responsabilité de l'Albanie dans l'affaire du *Détroit de Corfou*[282] naissait du fait qu'elle n'avait pas averti le Royaume-Uni de la présence dans ses eaux de mines mouillées par un État tiers. La responsabilité de l'Albanie dans ces circonstances était une responsabilité originelle, une responsabilité qui ne découlait pas de l'illicéité du comportement d'un autre État.

---

[280] *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru* c. *Australie), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992,* p. 258, par. 47; voir aussi l'opinion individuelle de M. Shahabuddeen, membre de la Cour, ibid., p. 284.

[281] *Soering* c. *Royaume-Uni, C.E.D.H.*, *Série A*, *n° 161 (1989)*, p. 33 à 36, par. 85 à 91. Voir également les affaires *Cruz Varas* c. *Suède*, *C.E.D.H.*, *Série A*, *n° 201 (1991)*, p. 28, par. 69 et 70; *Vilvarajah* c. *Royaume-Uni*, *C.E.D.H.*, *Série A*, *n° 215 (1991)*, p. 37, par. 115 et 116.

[282] *Détroit de Corfou, fond, C.I.J. Recueil 1949,* p. 22.

5) Dans la plupart des cas où il y a comportement commun d'une pluralité d'États, la responsabilité du fait illicite est attribuée selon le principe de la responsabilité indépendante évoqué au paragraphe 1) ci-dessus. Mais il peut arriver que le comportement d'un organe de l'État qui n'agit pas en tant qu'organe ou agent d'un autre État n'en soit pas moins imputable à cet autre État, et cela même si l'illicéité du comportement dont il s'agit tient, ou en tout cas tient essentiellement, à la violation des obligations internationales du premier État. Le chapitre IV de la première partie définit ces cas exceptionnels dans lesquels il est logique qu'un État assume la responsabilité du fait internationalement illicite d'un autre État.

6) Le chapitre IV prévoit trois situations. L'article 16 traite du cas où un État fournit aide ou assistance à un autre État et facilite ainsi la commission d'un fait illicite par ce dernier. L'article 17 envisage le cas où un État est responsable du fait internationalement illicite d'un autre État parce qu'il a donné des directives à cet autre État, et exercé un pouvoir de contrôle sur celui-ci dans la commission d'un fait internationalement illicite. L'article 18 vise le cas extrême où un État contraint délibérément un autre État à commettre un fait qui constitue pour cet autre État, ou qui constituerait en l'absence de coercition[283], un fait internationalement illicite. Dans les trois cas, le fait reste commis, volontairement ou autrement, par des organes ou des agents de l'État qui agit, et constitue, ou constituerait en l'absence de l'élément de contrainte, une violation des obligations internationales de cet État. L'implication du second État dans cette violation naît des circonstances spéciales créées par l'assistance délibérée qu'il fournit à l'État qui agit et par l'exercice de directives et d'un pouvoir de contrôle ou d'une contrainte sur le comportement dudit État. Mais il y a d'importantes différences entre les trois situations. Selon l'article 16, l'État principalement responsable est l'État qui agit, l'État qui procure une aide jouant un rôle secondaire. Selon l'article 17, l'État qui agit commet le fait internationalement illicite, même si c'est sur les directives et sous le contrôle d'un autre État. Au contraire, dans le cas de la contrainte prévu par l'article 18, l'État qui exerce la contrainte est le principal protagoniste du comportement et l'État qui la subit est son instrument.

---

[283] Si un État agit sous la contrainte, son fait peut ne pas être illicite pour des raisons de force majeure: voir l'article 23 et le commentaire y relatif.

7) L'une des caractéristiques du présent chapitre est qu'il qualifie certains comportements d'internationalement illicites. Cela rend peut-être plus floue la distinction que maintiennent les articles entre les obligations primaires ou de fond de l'État et les règles secondaires de la responsabilité[284], mais se justifie par le fait que la responsabilité telle que l'envisage le chapitre IV est pour ainsi dire dérivée[285]. Dans le droit national, les règles applicables par exemple à la complicité ou à l'incitation en matière d'infraction à un contrat peuvent être considérées comme relevant de la «partie générale» du droit des contrats. L'idée de l'implication d'un État dans le comportement d'un autre est analogue aux problèmes d'attribution dont traite le chapitre II.

8) En revanche, les situations que vise le chapitre IV ont un caractère particulier. Elles sont des exceptions au principe de la responsabilité indépendante et elles ne se présentent que dans certains cas. Lorsque l'on explicite ces cas exceptionnels dans lesquels un État est responsable du fait internationalement illicite d'un autre, il convient de garder à l'esprit certaines caractéristiques du système international. Il y a d'abord l'éventualité que le même comportement soit internationalement illicite pour un État mais pas pour un autre, selon les obligations internationales de chacun. On ne saurait admettre que les règles de la responsabilité dérivée contredisent le principe fixé à l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel «Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement». Cela vaut aussi pour les obligations unilatérales, voire, dans certains cas, pour celles découlant des règles du droit international général. Ce n'est donc que dans une situation de contrainte extrême qu'un État peut devenir responsable, en vertu du présent chapitre, d'un comportement qui n'aurait pas été internationalement illicite s'il l'avait accompli lui-même. En deuxième lieu, les États entreprennent des activités très diverses par l'intermédiaire d'une multiplicité d'organes et d'institutions. Par exemple, on ne peut exiger d'un État qui fournit une aide, financière ou autre, à un autre État qu'il assume le risque que celui-ci détourne l'aide à des fins qui peuvent être internationalement illicites. Il faut donc établir un lien étroit entre d'une part l'acte d'aider,

---

[284] Voir ci-dessus, Introduction, par. 1), 2) et 4), pour une explication de cette distinction.

[285] C'est ce terme de «responsabilité dérivée» qu'utilise l'arbitre Max Huber dans l'affaire des *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1924), p. 648.

de diriger ou de contraindre un État et de l'autre l'acte de l'État qui commet un fait internationalement illicite. C'est pourquoi les articles de la présente Partie prévoient que le premier État doit avoir connaissance des circonstances du fait internationalement illicite en question et qu'un lien de causalité spécifique doit exister entre le fait et le comportement de l'État qui assiste, dirige ou contraint. Cela ne préjuge pas de la question générale de l'«intention délictueuse» qui se pose dans le domaine de la responsabilité des États, question sur laquelle les articles restent neutres[286].

9) Des considérations du même ordre amènent à exclure du chapitre IV certaines situations de «responsabilité dérivée». L'une d'elles est le cas de figure de l'incitation. L'incitation à un comportement illicite n'est pas d'une manière générale considérée comme un acte suffisant pour faire naître la responsabilité de l'État incitateur, si elle n'est pas accompagnée d'une aide matérielle ou si elle n'est pas une forme de direction et de contrôle exercé par cet État[287]. Toutefois, il peut y avoir des obligations conventionnelles qui interdisent expressément l'incitation dans certaines circonstances[288]. Un autre cas de figure est celui que certains systèmes de droit définissent comme la «complicité par aide ou assistance postérieure au délit». Il semble qu'il n'y ait pas d'obligation générale pour les États tiers de coopérer aux fins de la cessation du comportement internationalement illicite qu'un autre État peut avoir déjà adopté. Il s'agit là encore d'une matière à régler par la voie conventionnelle pour imposer une obligation expresse dans ce sens. Il faut cependant apporter sur ce point deux nuances d'importance. La première est que, dans certaines circonstances, l'aide offerte par un État à un autre, après que celui-ci a commis un fait internationalement illicite, peut prendre une forme telle qu'elle revient pour

---

[286] Voir ci-dessus le commentaire de l'article 2, par. 3 et 10.

[287] Voir la déclaration des United States-French Commissioners concernant l'affaire de la *French indemnity of 1831, in* Moore, *International arbitrations*, vol. V, p. 4373 à 4376. Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique*), *fond*, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 129, par. 255; et l'opinion dissidente de M. Schwebel, membre de la Cour, ibid., p. 389, par. 259.

[288] Voir par exemple le paragraphe *c* de l'article III de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, p. 277; l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, ibid., vol. 660, p. 195.

le premier État à épouser le fait du second. En tel cas, selon l'article 11, la responsabilité du premier État peut être engagée. La deuxième est qu'une obligation particulière de concourir à mettre un terme à la situation illicite naît dans le cas d'une violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international général. En ce cas, par définition, les États sont convenus qu'aucune dérogation à ces normes n'est permise et que certaines obligations de coopération naissent si une de ces normes fait l'objet d'une violation grave. Ce cas relève de l'article 41.

Article 16

Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite

L'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où:

a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et

b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Commentaire

1) L'article 16 vise les situations où un État prête aide ou assistance à un autre État, et facilite ainsi la commission d'un fait internationalement illicite par ce dernier. C'est notamment le cas lorsqu'un État assiste ou aide délibérément un autre État à adopter un comportement qui enfreint ses obligations internationales, par exemple en mettant sciemment une installation essentielle à sa disposition ou en finançant une activité illicite. L'aide ou l'assistance peut également consister à fournir les moyens de fermer un cours d'eau international, à faciliter l'enlèvement de personnes se trouvant à l'étranger ou à aider à la destruction de biens appartenant à des nationaux d'un pays tiers. Dans tous ces cas de figure, l'État principalement responsable est l'État auteur, l'autre État ayant simplement un rôle d'appui. C'est ce qui explique l'emploi des termes «par ce dernier» dans la disposition liminaire de l'article 16, qui distingue cette situation de celle où un fait internationalement illicite est commis par des coauteurs ou des coparticipants. Au regard de l'article 16, il faut distinguer l'aide ou l'assistance prêtée par un État de la responsabilité de l'État qui agit. Le premier ne sera responsable que dans la mesure où son propre comportement a provoqué le fait internationalement illicite ou y a contribué. C'est ainsi que dans les cas où

le fait en question se serait de toute manière produit, sa responsabilité ne s'étendra pas à la réparation du préjudice causé par le fait lui-même.

2) Il existe diverses règles de fond qui interdisent spécifiquement à un État d'aider d'autres États à commettre certains faits illicites ou même exigeant des États tiers qu'ils empêchent ou répriment de tels faits[289]. De telles dispositions ne reposent sur aucun principe général de responsabilité dérivée pas plus qu'elles n'excluent l'existence d'un tel principe et il serait faux d'en déduire qu'il n'existe aucune règle générale. Quant aux dispositions conventionnelles comme l'Article 2, paragraphe 5 de la Charte des Nations Unies, là encore elles ont une raison d'être qui dépasse la portée et l'objet de l'article 16.

3) L'article 16 limite la portée de la responsabilité à raison de l'aide ou l'assistance prêtée de trois manières. Premièrement, il faut que l'organe ou l'institution considéré de l'État qui assiste ait connaissance des circonstances qui rendent le comportement de l'État assisté internationalement illicite; deuxièmement, il faut que l'aide ou l'assistance ait été prêtée dans l'intention de faciliter la commission du fait illicite, et qu'elle l'ait effectivement facilitée; et troisièmement, le fait perpétré doit être tel qu'il aurait été internationalement illicite s'il avait été commis par l'État qui assiste lui-même.

4) Le fait que l'État qui prête l'assistance doit avoir connaissance des circonstances qui rendent le comportement de l'État qui la reçoit internationalement illicite est exprimé par le membre de phrase «en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite». Normalement, un État qui prête une aide ou une assistance matérielle ou financière à un autre État n'a pas à se demander si son aide ou assistance sera utilisée pour perpétrer un fait internationalement illicite. Si l'État qui aide ou assiste ne sait pas à quelles fins son aide sera utilisée par l'autre État, sa responsabilité internationale n'est pas engagée.

5) Il faut aussi que l'aide ou l'assistance soit prêtée en vue de faciliter la commission d'un fait illicite et qu'elle la facilite effectivement, ce qui limite l'application de l'article 16 aux cas où l'aide ou l'assistance prêtée est manifestement liée au comportement illicite ultérieur.

---

[289] Voir par exemple la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, du 24 octobre 1970, premier principe, par. 9, et la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, annexe, par. 3 *f.*

La responsabilité de l'État qui assiste n'est engagée en vertu de l'article 16 que si l'organe considéré de cet État entendait, par cette aide ou assistance, faciliter l'adoption par l'autre État du comportement illicite et que ce dernier l'adopte effectivement. Rien n'indique que l'aide ou l'assistance doit avoir été essentielle à la commission du fait internationalement illicite; il suffit qu'elle y ait contribué de façon significative.

6) Il faut enfin, selon l'article 16, que l'aide ou l'assistance ait servi à enfreindre des obligations auxquelles l'État qui aide ou assiste est lui-même tenu. Un État ne peut pas aider ou assister délibérément un autre État à violer une obligation qui lie les deux États; il ne peut faire par l'entremise d'un autre ce qu'il ne peut pas faire lui-même. Par contre, les États ne sont pas liés par les obligations qu'un autre État a contractées vis-à-vis d'États tiers. Ce principe fondamental est consacré aux articles 34 et 35 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[290]. Il en découle qu'un État est libre d'agir pour son propre compte d'une manière non conforme aux obligations souscrites par un autre État vis-à-vis d'États tiers. Toute question de responsabilité qui se poserait dans ce cas de figure se jouerait entre l'État qui reçoit l'assistance et l'État lésé. Il est donc nécessaire de préciser que la responsabilité de l'État qui assiste n'est engagée que si le comportement en question, s'il lui était attribuable, aurait constitué une violation de ses propres obligations internationales.

7) La pratique des États tend à considérer que la responsabilité internationale d'un État est engagée s'il participe délibérément au comportement internationalement illicite d'un autre État, en apportant à ce dernier aide ou assistance alors que l'obligation violée lui est également opposable. Ainsi, en 1984, l'Iran a protesté contre l'octroi d'une aide financière et militaire à l'Iraq de la part du Royaume-Uni, qui aurait fourni des armes chimiques que l'Iraq a utilisées contre les forces armées iraniennes, au motif que cette assistance facilitait les actes d'agression iraquiens[291]. Le Gouvernement britannique a rejeté les deux accusations, niant, d'une part, posséder des armes chimiques et, d'autre part, en avoir fourni à l'Iraq[292]. En 1998, une situation

---

[290] Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

[291] Voir *New York Times*, 6 mars 1984, p. A1, col. 1.

[292] Voir *New York Times*, 5 mars 1984, p. A3, col. 1.

analogue s'est présentée lorsque le Soudan a été accusé d'avoir aidé l'Iraq à fabriquer des armes chimiques en autorisant des techniciens iraquiens à utiliser des installations soudanaises pour la mise au point de gaz neurotoxiques. L'accusation a été rejetée par le représentant de l'Iraq auprès de l'Organisation des Nations Unies[293].

8) L'obligation de ne pas recourir à la force peut aussi être violée par un État qui en aide un autre en l'autorisant à utiliser son territoire pour perpétrer un acte d'agression armée contre un État tiers. On trouve un exemple de ce cas de figure dans une déclaration que le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a faite en réponse à une allégation selon laquelle l'Allemagne avait participé à un acte d'agression armée des États-Unis en autorisant des avions militaires américains à utiliser des terrains d'aviation sis sur son territoire, dans le cadre de l'intervention des États-Unis au Liban. Tout en niant que les mesures prises par les États-Unis et le Royaume-Uni au Proche-Orient aient constitué une intervention, la République fédérale d'Allemagne paraît avoir reconnu que le fait pour un État de mettre son territoire à la disposition d'un autre État pour faciliter un recours illicite à la force par ce dernier constituait en soi un fait internationalement illicite[294]. Un autre exemple est donné par le bombardement de Tripoli en avril 1986. La Libye a accusé le Royaume-Uni d'être en partie responsable de l'attaque, du fait qu'il avait autorisé les avions de combat américains à utiliser plusieurs de ses bases aériennes pour attaquer des objectifs libyens[295]. Selon la Libye, le Royaume-Uni «était en partie responsable», pour avoir «servi d'appui et contribué de manière directe» au raid[296].
Le Royaume-Uni a décliné toute responsabilité en arguant du fait que la frappe aérienne des États-Unis était licite en ce qu'elle constituait un acte de légitime défense contre les attaques terroristes libyennes contre des objectifs américains[297].Un projet de résolution du Conseil de

---

[293] Voir *New York Times*, 26 août 1998, p. A8, col. 1.

[294] Voir le texte de la note *in Z.a.ö.R.V.*, vol. 20 (1960), p. 663 et 664.

[295] Voir États-Unis d'Amérique, *Department of State Bulletin*, n° 2111, juin 1986, p. 8.

[296] Voir la déclaration de l'Ambassadeur Hamed Houdeiry, Bureau du peuple libyen, Paris, *The Times*, 16 avril 1986, p. 6, col. 7.

[297] Déclaration de M^{me} Margaret Thatcher, Premier Ministre, *House of Commons Debates, 6th series*, vol. 95, col. 737 (15 avril 1986), reproduite dans *B.Y.I.L*, vol. 57 (1986), p. 638.

sécurité concernant l'attaque a avorté en raison d'un veto, mais l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une résolution dans laquelle elle condamnait «l'attaque militaire» qui constituait «une violation de la Charte des Nations Unies et du droit international» et demandait à tous les États «de s'abstenir de fournir une aide ou des facilités quelles qu'elles soient pour la perpétration d'actes d'agression contre la Jamahiriya arabe libyenne[298]».

9) L'obligation de ne pas fournir aide ou assistance pour faciliter la commission par un autre État d'un fait internationalement illicite ne se limite pas à l'interdiction du recours à la force. Par exemple, un État peut voir sa responsabilité engagée s'il aide un autre État à contourner des sanctions imposées par le Conseil de sécurité des Nations Unies[299] ou s'il fournit une aide matérielle à un État qui l'utilise pour commettre des violations des droits de l'homme. À ce propos, l'Assemblée générale des Nations Unies a appelé à plusieurs reprises les États Membres à s'abstenir de fournir des armes et d'autres formes d'assistance militaire à des pays qui se rendent coupables de graves atteintes aux droits de l'homme[300]. Dans les cas où un État est accusé d'avoir, par son aide, facilité des atteintes aux droits de l'homme commises par un autre État, les circonstances de chaque espèce doivent être examinées soigneusement en vue de déterminer si l'État concerné, en apportant son aide, savait qu'il facilitait la commission d'un fait internationalement illicite et entendait la faciliter.

10) Conformément à l'article 16, l'État qui assiste est responsable à raison de son propre fait, c'est-à-dire pour avoir aidé délibérément un autre État à enfreindre une obligation internationale par laquelle ils sont tous deux liés. Il n'est pas responsable du fait commis par l'État auquel il a prêté assistance. Dans certains cas, cependant, la distinction n'emporte pas d'effet: lorsque l'assistance est un élément nécessaire du fait illicite, sans lequel le fait en question ne se serait pas produit, le préjudice subi peut être attribué concurremment à l'État qui assiste et à celui qui

---

[298] Voir résolution 41/38 de l'Assemblée générale, du 20 novembre 1986, par. 1 et 3.

[299] Voir, par exemple, le rapport du Président Clinton*, A.J.I.L.*, vol. 91 (1997), p. 709.

[300] Rapport du Conseil économique et social, Rapport de la Troisième Commission de l'Assemblée générale, projet de résolution XVII, 14 décembre 1982, A/37/745, p. 40.

agit[301]. Dans d'autres cas, cependant, la différence peut être déterminante, lorsque l'assistance n'a été qu'un facteur incident dans la commission de l'acte primaire et n'a contribué qu'à un degré mineur au préjudice subi, voire n'y a pas contribué du tout. L'État qui en aide un autre à commettre un fait internationalement illicite ne devrait pas nécessairement être tenu d'indemniser la victime de toutes les conséquences du fait, mais seulement de celles qui, conformément aux principes établis dans la deuxième partie des présents articles, découlent de sa propre conduite.

11) L'article 16 ne traite pas de la question de la recevabilité des procédures judiciaires qui seraient engagées pour établir la responsabilité de l'État qui aide ou assiste, en l'absence ou sans le consentement de l'État aidé ou assisté. La Cour internationale de Justice a réaffirmé à plusieurs reprises qu'elle ne pouvait pas se prononcer sur la responsabilité internationale d'un État car, pour pouvoir le faire, «elle devrait statuer à titre préalable sur la licéité[302]» de la conduite d'un autre État, en l'absence de ce dernier et sans son consentement. C'est le principe de *l'or monétaire*[303]. Ce principe s'appliquera dans les cas qui relèvent de l'article 16, puisqu'il est essentiel, pour que la responsabilité de l'État qui prête aide ou assistance soit engagée, que l'État aidé ou assisté ait lui-même commis un fait internationalement illicite. L'illicéité de l'aide ou de l'assistance prêtée par le premier État est fonction de l'illicéité du comportement du second. Mais bien qu'il puisse s'avérer difficile, dans certains cas, d'établir la responsabilité de l'État qui prête aide ou assistance, cela ne vide pas pour autant l'article 16 de son objet. Le principe de *l'or monétaire* concerne la recevabilité de recours dans une procédure judiciaire internationale et non les questions de responsabilité en tant que telles. De plus, le principe ne s'applique pas dans tous les cas et n'empêche pas toujours les poursuites judiciaires. En tout état de cause, l'assistance illicite prêtée à un autre État a souvent donné lieu à des protestations diplomatiques. Les États sont habilités à soutenir qu'il y a eu complicité dans le comportement

---

[301] Pour la question de la responsabilité concurrente de plusieurs États pour le même préjudice, voir l'article 47 et le commentaire y relatif.

[302] *Timor oriental* (*Portugal* c. *Australie*), *C.I.J. Recueil 1995*, p. 105, par. 35.

[303] *Or monétaire pris à Rome en 1943, C.I.J. Recueil 1954*, p. 32; *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru* c. *Australie), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992*, p. 261, par. 55.

illicite d'un État tiers, même s'il n'existe aucune juridiction internationale compétente pour se prononcer en la matière, que ce soit dans l'absolu ou en l'absence de l'autre État.

Article 17

Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite

L'État qui donne des directives à un autre État et qui exerce un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et

b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Commentaire

1) L'article 17 traite d'un deuxième cas de responsabilité dérivée, à savoir le fait pour un État de donner des directives à un autre État et d'exercer un contrôle dans la commission par ce dernier d'un fait internationalement illicite. Selon l'article 16, un État qui aide ou assiste un autre État dans la commission d'un fait internationalement illicite encourt une responsabilité internationale uniquement à proportion de l'aide ou de l'assistance apportée. En revanche, un État qui donne des directives à un autre État et exerce un contrôle sur ce dernier dans la commission d'un fait internationalement illicite est responsable du fait lui-même, dès lors qu'il a contrôlé et dirigé le fait dans son intégralité.

2) Certains exemples de responsabilité internationale née de directives données par un État ou de l'exercice d'un contrôle dans la commission par un autre État d'un fait illicite ne présentent plus aujourd'hui qu'un intérêt historique. Les relations internationales de dépendance comme la «suzeraineté» ou le «protectorat» justifiaient que l'État dominant soit tenu pour internationalement responsable du comportement formellement attribuable à l'État dépendant. Par exemple, dans un différend concernant les droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc sous protectorat français – l'affaire relative aux *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*[304], la France introduisit une instance en vertu de la clause facultative d'acceptation

[304] *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 176.

de la juridiction obligatoire de la Cour. Les États-Unis soulevèrent une exception, arguant du fait que toute décision éventuelle risquerait de ne pas être réputée lier le Maroc, celui-ci n'étant pas partie à la procédure. La France a confirmé qu'elle agissait à la fois en son nom et en tant que puissance protectrice du Maroc, en faisant valoir que par conséquent l'arrêt de la Cour lierait et la France et le Maroc[305], et c'est sur cette base que se poursuivit l'examen de l'affaire[306]. L'arrêt rendu par la Cour touchait à des questions liées à la responsabilité de la France à l'égard du comportement du Maroc qui avaient été soulevées à la fois dans la requête et dans la demande reconventionnelle présentée par les États-Unis d'Amérique.

3) Avec l'évolution des relations internationales depuis 1945, et en particulier le processus de décolonisation, les anciennes relations de dépendance ont pris fin. Les nouvelles relations ainsi établies ne comportent pour l'État représentant aucun droit de direction ou de contrôle juridiquement reconnu. Dans les cas de relations de représentation, l'entité représentée demeure responsable de ses propres obligations internationales, même si les communications diplomatiques passent éventuellement par un autre État. L'État représentant, pour être simplement un intermédiaire dans la transmission desdites communications, n'assume alors aucune responsabilité s'agissant de leur contenu. Cette théorie n'est pas en contradiction avec la sentence arbitrale rendue dans l'affaire des *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*, dans laquelle il est dit que «la responsabilité du protecteur … découle … du fait que seul le protecteur représente le territoire protégé dans ses rapports internationaux,[307]» et que le protecteur répond «aux lieu et place du protégé[308]». Le souci premier en l'espèce était d'éviter que, dans le cas d'un protectorat comportant la suppression des relations internationales directes de l'État protégé, la responsabilité internationale pour les faits illicites commis par le protégé ne

---

[305] Voir *C.I.J. Mémoires*, *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (*France* c. *États-Unis d'Amérique*), vol. I, p. 235; ibid., vol. II, p. 431 à 433; les États-Unis d'Amérique retirèrent par la suite leur exception préliminaire: ibid., p. 434.

[306] Voir *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 179.

[307] *Réclamations britanniques dans la zone du Maroc espagnol*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1925), p. 649.

[308] Ibid., p. 648.

disparaisse, et cela au détriment d'États tiers lésés par le comportement illicite. L'acceptation par l'État protecteur de l'obligation de répondre en lieu et place du protégé était considérée comme étant un moyen approprié d'obvier à ce danger[309]. Cette acceptation se justifiait non pas par la relation de «représentation» en tant que telle mais par le fait que l'État protecteur avait la mainmise presque totale sur l'État protégé. Il n'agissait pas en tant que simple intermédiaire.

4) D'autres relations de dépendance, comme celles qui existent par exemple dans le cas des territoires dépendants, ne relèvent absolument pas de l'article 17, lequel ne concerne que la responsabilité d'un État pour ce qui est du comportement d'un autre État. Dans la plupart des relations de dépendance entre un territoire et un autre, le territoire dépendant, même s'il possède une certaine personnalité internationale, n'est pas un État. Même lorsqu'une entité constitutive d'un État fédéral conclut des traités ou noue d'autres relations juridiques internationales de son propre chef, et non dans l'exercice d'une délégation de l'État fédéral, elle n'est pas elle-même un État au regard du droit international. En matière de responsabilité des États, la situation des États fédéraux n'est pas différente de celle des autres États: les principes ordinaires énoncés aux articles 4 à 9 du projet d'articles s'appliquent, et l'État fédéral est internationalement responsable du comportement de ses entités constitutives même si ce comportement relève de la compétence propre de celles-ci en vertu de la constitution fédérale[310].

5) Cela étant, il existe et il peut exister des cas où un État exerce le pouvoir de donner des directives à un autre État et de contrôler ses activités, soit en vertu d'un traité, soit par l'effet d'une occupation militaire, soit autrement. Par exemple, lors de l'occupation de l'Italie par l'Allemagne pendant la Seconde Guerre mondiale, il était généralement reconnu que la police italienne à Rome opérait sous le contrôle de la puissance occupante. C'est ainsi que le Saint-Siège, en protestant contre des faits illicites commis par la police italienne qui pénétra par la force dans la basilique de Saint-Paul à Rome en février 1944, fit valoir la responsabilité

---

[309] Ibid.

[310] Voir, par exemple, *LaGrand* (*Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique*), *mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999*, p. 16, par. 28.

des autorités allemandes[311]. Dans les cas de ce type, l'État occupant est responsable des faits de l'État occupé auquel il donne des directives et qu'il contrôle.

6) L'article 17 ne vise que les cas où un État dominant dirige et contrôle effectivement un comportement qui constitue une violation d'une obligation internationale à la charge de l'État dépendant. Les tribunaux internationaux ont avec constance refusé d'inférer la responsabilité d'un État dominant du simple fait qu'il a le pouvoir de s'immiscer dans des affaires relevant de l'administration interne de l'État dépendant, si ce pouvoir n'est pas exercé dans le cas d'espèce. Dans l'affaire *Robert E. Brown*[312] par exemple, le tribunal arbitral a considéré que la Grande-Bretagne, en sa qualité de suzeraine de la République sud-africaine avant la guerre des Boers, ne jouissait pas d'une autorité telle qu'elle pourrait être rendue responsable du préjudice infligé à Brown[313]. Il a ensuite contesté que la Grande-Bretagne ait eu le pouvoir d'intervenir dans l'administration interne de la République sud-africaine, ajoutant que rien n'attestait que la Grande-Bretagne ait jamais entrepris d'intervenir de cette manière[314]. En conséquence, les relations de suzeraineté ne rendaient pas la Grande-Bretagne responsable des actes ayant fait l'objet de la plainte[315]. Dans le différend *Héritiers de S. A. R. Mgr le Duc de Guise*[316], la Commission de conciliation franco-italienne a jugé qu'une réquisition effectuée par l'Italie en Sicile à une époque où le pays était occupé par les alliés engageait sa responsabilité. Elle n'a pas fondé sa décision sur le fait que les puissances alliées n'avaient pas le pouvoir de réquisitionner le bien, ou d'empêcher l'Italie de le faire. La majorité a en effet souligné qu'«aucune ingérence du commandant des forces d'occupation ni d'aucune autorité alliée pour provoquer les décrets de réquisition» n'avait

---

[311] Voir R. Ago, «L'occupazione bellica di Roma e il Trattato lateranense», *Communicazioni e Studi* (Milan, Giuffrè, 1946), vol. II, p. 167 et 168.

[312] *Brown* (*États-Unis d'Amérique* c. *Grande-Bretagne*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (1923), p. 120.

[313] Ibid., p. 130.

[314] Ibid., p. 131.

[315] Ibid.

[316] *Héritiers de S. A. R. Mgr le Duc de Guise*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (1951), p. 153.

pu être prouvée[317]. Le simple fait qu'un État puisse avoir le pouvoir de donner des directives à un autre État et d'exercer un contrôle sur celui-ci dans un domaine ne constitue pas un fondement suffisant pour lui attribuer tout fait illicite commis par ce dernier État dans le domaine considéré[318].

7) L'expression «exerce un contrôle« tel qu'elle est employée à l'article 17 renvoie à l'exercice d'une domination sur un comportement illicite et non simplement à l'exercice d'une surveillance, et encore moins à une simple influence ou à un simple vœu. De même, l'expression «donne des directives» n'englobe pas une simple incitation ou suggestion: il sous-entend une direction effective opérationnelle. Et la direction et le contrôle doivent être exercés sur le fait illicite pour que la responsabilité de l'État dominant soit engagée. Le choix de l'expression courante en langue anglaise «*direction and control*» a posé quelques problèmes dans d'autres langues, en particulier en fait de l'ambiguïté du terme «*direction*» qui peut impliquer, comme en français, un pouvoir total, ce que n'implique pas le mot en anglais.

8) Pour que la responsabilité soit engagée en vertu de l'article 17, deux autres conditions doivent être réunies. Premièrement, l'État dominant n'est responsable que s'il a connaissance des circonstances qui ont rendu le comportement de l'État dépendant illicite. Deuxièmement, il faut établir que le fait commis aurait été illicite s'il avait été commis par l'État donnant les directives et exerçant le contrôle lui-même. Cette condition est importante au regard des obligations bilatérales, lesquelles ne sont pas opposables à l'État qui donne les directives. En cas d'obligations multilatérales et notamment d'obligations envers la communauté internationale, elle est bien moins importante. Le principe essentiel est qu'un État ne devrait pas être autorisé à faire par l'intermédiaire d'un autre État ce qu'il ne pourrait pas faire lui-même.

---

[317] Ibid., p. 161. Voir aussi dans un autre contexte *Drodz et Janousek* c. *France et Espagne*, *C.E.D.H., Série A, n° 240* (1992); voir également *Iribarne Pérez* c. *France*, *C.E.D.H., Série A, n° 325-C* (1995), p. 62 et 63, par. 29 à 31.

[318] Il se peut que la dépendance d'un État par rapport à un autre joue s'agissant de la charge de la preuve, puisque la simple existence d'un appareil d'État formel n'exclut pas la possibilité qu'une puissance occupante ait en fait exercé un contrôle. Voir *Restitution of Household Effects belonging to Jews Deported from Hungary (Germany)* (Kammergericht, Berlin) (1965) *I.L.R.*, vol. 44, p. 340 à 342.

9) En ce qui concerne la responsabilité de l'État soumis à des directives et à un contrôle, le simple fait que des directives lui ont été données dans la commission d'un fait internationalement illicite ne constitue pas une circonstance excluant l'illicéité au sens du chapitre V de la première partie. Si le comportement en question entraîne une violation de ses obligations internationales, il lui revient de refuser d'obtempérer. En droit international, les États ne peuvent invoquer en tant que moyen de défense un «ordre des supérieurs». Cela ne signifie pas que l'illicéité du comportement de l'État soumis à des directives et à un contrôle ne puisse pas être exclue en vertu du chapitre V, mais elle ne pourra l'être que si cet État peut prouver l'existence d'une circonstance excluant l'illicéité, par exemple la force majeure. Dans ce cas, c'est uniquement contre l'État qui a exercé son contrôle que l'État lésé doit se retourner. Il reste que dans les relations entre États, les cas authentiques de force majeure ou de contrainte sont exceptionnels. À l'inverse, si les conditions énoncées à l'article 17 sont effectivement réunies, l'État qui a exercé un contrôle ne peut invoquer comme moyen de défense le fait que l'État soumis à son contrôle s'est prêté volontiers, voire avec enthousiasme, au comportement internationalement illicite.

Article 18

Contrainte sur un autre État

L'État qui contraint un autre État à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

a) Le fait constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite de l'État soumis à la contrainte; et

b) L'État qui exerce la contrainte agit en connaissance des circonstances dudit fait.

Commentaire

1) Le troisième cas de responsabilité dérivée envisagé au chapitre IV est celui de la contrainte exercée par un État sur un autre. L'article 18 traite du problème précis de la contrainte délibérément exercée pour amener un État à violer une obligation qu'il doit à un État tiers. Dans de tels cas, la responsabilité de l'État qui exerce la contrainte à l'égard de l'État tiers découle non de la contrainte, mais du comportement illicite résultant du fait de l'État contraint. La responsabilité pour la contrainte elle-même est celle de l'État qui l'exerce vis-à-vis de l'État

sur lequel il l'exerce, alors que la responsabilité envisagée à l'article 18 est celle de l'État qui exerce la contrainte vis-à-vis de la victime du fait résultant de la contrainte, en particulier un État tiers lésé de ce fait.

2) Aux fins de l'article 18, la contrainte a les mêmes caractéristiques essentielles que la force majeure prévue à l'article 23. Un comportement qui soumet la volonté de l'État sur lequel la contrainte est exercée est indispensable, ce dernier État n'ayant effectivement d'autre choix que de faire ce que veut l'État qui exerce la contrainte. Il ne suffit pas que l'exécution de l'obligation soit rendue plus difficile ou plus onéreuse, ou que l'État qui agit soit aidé ou dirigé dans son comportement: ces situations sont couvertes par les articles qui précèdent. En outre, l'État qui exerce la contrainte doit provoquer l'acte qui est internationalement illicite lui-même. Il n'est pas suffisant que les conséquences du fait ainsi provoqué rendent l'exécution de son obligation plus difficile pour l'État qui subit la contrainte.

3) Bien qu'aux fins de l'article 18 la contrainte soit étroitement définie, elle ne se limite pas à la contrainte illicite[319]. En pratique, dans la plupart des cas où les conditions énoncées dans l'article seront satisfaites, la contrainte sera illicite, par exemple parce qu'elle se traduira par la menace ou l'emploi de la force en violation de la Charte des Nations Unies, ou par une intervention, c'est-à-dire une ingérence contraignante, dans les affaires d'un autre État. Il en va de même pour les contre-mesures. Celles-ci peuvent avoir un caractère de contrainte mais, comme l'article 49 l'indique clairement, elles ont pour fonction d'amener un État auteur d'un fait illicite à se conformer à ses obligations de cessation et de réparation à l'égard de l'État qui prend les contre-mesures, et non pas de contraindre cet État à violer des obligations dues à des États tiers[320]. La contrainte pourrait néanmoins prendre d'autres formes, par exemple celles de pressions économiques graves telles qu'elles privent l'État contraint de toute possibilité d'exécuter l'obligation violée.

4) L'assimilation de la contrainte à la force majeure signifie que dans la plupart des cas où l'article 18 est applicable, la responsabilité de l'État contraint vis-à-vis de l'État tiers lésé sera

---

319 P. Reuter, *Introduction au droit des traités* (3e éd.) (Paris, Presses universitaires de France, 1995), p. 159 à 161, par. 271 à 274.

320 Voir le paragraphe 2 de l'article 49 et le commentaire y relatif.

exclue. C'est ce qu'indiquent les mots «en l'absence de contrainte» qui figurent à l'alinéa *a* de l'article 18. Le fait que la contrainte équivaut à une force majeure est peut-être la raison pour laquelle l'illicéité d'un fait est exclue vis-à-vis de l'État contraint. Ce fait n'est donc pas décrit comme un fait internationalement illicite dans la disposition liminaire de l'article, à la différence des articles 16 et 17, dans lesquels aucune excuse comparable n'exclut l'illicéité du fait de l'État bénéficiant de l'aide ou subissant le contrôle. Mais il n'y a aucune raison pour que l'illicéité de ce fait soit exclue vis-à-vis de l'État exerçant la contrainte. Au contraire, si ce dernier ne peut être tenu pour responsable du fait en question, l'État lésé risque de n'avoir aucun recours.

5) Une autre condition pour que la responsabilité soit engagée en vertu de l'article 18 est que l'État qui exerce la contrainte ait connaissance de circonstances qui auraient, en l'absence de contrainte, rendu le comportement de l'État contraint illicite. Le terme «circonstances» utilisé à l'alinéa *b* s'entend de la situation factuelle et non du jugement que porte l'État qui exerce la contrainte sur la licéité du fait. C'est ce que précise l'expression «circonstances dudit fait». Ainsi, si l'ignorance du droit n'est pas une excuse, l'ignorance des faits est pertinente s'agissant de déterminer la responsabilité de l'État exerçant la contrainte.

6) Un État qui entend par la contrainte obtenir qu'un autre État viole les obligations qu'il doit à un État tiers sera tenu pour responsable des conséquences envers cet État tiers, qu'il soit ou non également lié par l'obligation en question. À défaut, l'État lésé risquerait d'être privé de tout recours, car l'État contraint pourrait très bien invoquer la contrainte comme circonstance excluant l'illicéité. L'article 18 est ainsi différent des articles 16 et 17 en ce qu'il ne prévoit pas d'exonération de responsabilité pour le fait de l'État contraint lorsque l'État qui exerce la contrainte n'est pas lui-même lié par l'obligation en question.

7) La pratique des États étaye le principe selon lequel un État est responsable du fait internationalement illicite d'un autre État sur lequel il exerce une contrainte. Dans l'affaire de la *Romano-Americana Company*, la réclamation du Gouvernement des États-Unis concernant la destruction de dépôts et autres installations pétrolières appartenant à une société américaine, destruction exécutée sur ordre du Gouvernement roumain durant la Première Guerre mondiale, a d'abord été adressée au Gouvernement britannique. À l'époque où les installations ont été détruites, la Roumanie était en guerre avec l'Allemagne, qui se préparait à envahir le pays,

et les États-Unis affirmaient que les autorités roumaines avaient été «contraintes» par la Grande-Bretagne à prendre les mesures en question. Pour étayer sa position, le Gouvernement des États-Unis soutenait que les circonstances de l'affaire révélaient «une situation où un belligérant puissant, à des fins primordialement siennes liées à sa sécurité en mer, a obligé un allié plus faible à donner son assentiment à une opération qu'il a menée sur le territoire de cet allié[321]». Le Gouvernement britannique rejeta toute responsabilité affirmant que son influence sur le comportement des autorités roumaines «n'avait pas dépassé les limites de la persuasion et du bon conseil, comme c'était normal pour des gouvernements associés dans la poursuite d'une cause commune[322]». Le point de désaccord entre le Gouvernement des États-Unis et le Gouvernement britannique portait non pas sur la responsabilité d'un État pour le comportement d'un autre État soumis à sa contrainte, mais sur l'existence d'une «contrainte» dans les circonstances de l'espèce[323].

Article 19

Effet du présent chapitre

Le présent chapitre est sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu d'autres dispositions des présents articles, de l'État qui commet le fait en question ou de tout autre État.

Commentaire

1) L'article 19 a trois fonctions. Premièrement, il préserve la responsabilité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite, même s'il a été aidé ou assisté, s'il a reçu des directives ou été contrôlé ou contraint par un autre État. L'article reconnaît que l'attribution de la responsabilité internationale à un État qui apporte une aide, qui donne des directives ou qui

---

[321] Note de l'ambassade des États-Unis à Londres du 16 février 1925, dans G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 702.

[322] Note du Ministère britannique des affaires étrangères du 5 juillet 1928, ibid., p. 704.

[323] Pour un autre exemple de contrainte exercée pour la violation d'un contrat dans des circonstances équivalant à un déni de justice, voir C. L. Bouvé, «Russia's liability in tort for Persia's breach of contract», *A.J.I.L.*, vol. 6 (1912), p. 389.

contraint n'exclut pas la responsabilité de l'État qui a été aidé, a reçu des directives ou a été contraint.

2) Deuxièmement, l'article 19 indique clairement que les dispositions du chapitre IV sont sans préjudice de toute autre base permettant d'établir la responsabilité de l'État qui fournit une aide, donne des directives ou contraint, en application de toute règle du droit international définissant un comportement particulier comme illicite. L'expression «en vertu d'autres dispositions des présents articles» vise notamment l'article 23 (force majeure) qui peut affecter la question de responsabilité. Cette expression appelle aussi l'attention sur le fait que d'autres dispositions des présents articles peuvent être applicables à l'État commettant le fait en question, et que le chapitre IV n'exclut en aucune manière la question de la responsabilité de cet État à cet égard.

3) Troisièmement, l'article 19 préserve la responsabilité «de tout autre État» auquel le comportement internationalement illicite peut aussi être attribuable en vertu d'autres dispositions des présents articles.

4) Ainsi, l'article 19 vise à éviter que l'on fasse de déductions à contrario pour ce qui est de la responsabilité pouvant découler de règles primaires interdisant certaines formes d'assistance ou de faits autrement attribuables à tout État en vertu du chapitre II. L'article couvre à la fois l'État impliqué et l'État qui commet le fait. Il indique clairement que le chapitre IV ne concerne que les situations dans lesquelles le fait qui est à l'origine de l'illicéité est un fait commis par un État et non par l'autre. Si les deux États commettent ce fait, alors ils deviennent coauteurs, situation envisagée au chapitre II.

Chapitre V

Circonstances excluant l'illicéité

1) Le chapitre V définit six circonstances excluant l'illicéité d'un comportement qui, par ailleurs, ne serait pas conforme aux obligations internationales de l'État considéré. L'existence dans un cas déterminé d'une circonstance excluant l'illicéité conformément aux dispositions du présent chapitre offre à l'État un bouclier contre une accusation de violation d'une obligation

internationale qui serait par ailleurs fondée. Les six circonstances sont les suivantes: consentement (art. 20), légitime défense (art. 21), contre-mesures (art. 22), force majeure (art. 23), détresse (art. 24) et état de nécessité (art. 25). L'article 26 indique clairement qu'aucune de ces circonstances ne saurait être invoquée s'il en résultait un conflit avec une norme impérative du droit international général. L'article 27 traite de certaines conséquences de l'invocation d'une de ces circonstances.

2) Conformément à l'approche retenue pour les présents articles, les circonstances excluant l'illicéité définies dans le chapitre V sont d'application générale. Sauf disposition contraire[324], elles s'appliquent à tout fait internationalement illicite, que l'illicéité soit due à la violation par un État d'une obligation découlant d'une règle du droit international général, d'un traité, d'un acte unilatéral ou de toute autre source. Elles n'ont pas pour effet d'annuler ou d'éteindre l'obligation; elles constituent plutôt un fait justificatif ou une excuse de l'inexécution tant que subsistent les circonstances en cause. C'est ce qu'a souligné la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. La Hongrie faisait valoir que l'illicéité de son comportement, à savoir l'interruption des travaux sur le projet en violation de ses obligations en vertu du traité de 1977, était exclue par l'état de nécessité. Répondant à l'argument de la Hongrie, la Cour a déclaré:

> «L'état de nécessité allégué par la Hongrie – à le supposer établi – ne pourrait donc permettre de conclure qu'… elle aurait agi conformément à ses obligations en vertu du traité de 1977 ou que ces obligations auraient cessé de la lier. Il permettrait seulement d'affirmer que, compte tenu des circonstances, la Hongrie n'aurait pas engagé sa responsabilité internationale en agissant comme elle l'a fait[325].»

Il faut donc faire une distinction entre l'effet des circonstances excluant l'illicéité et l'extinction de l'obligation elle-même. Les circonstances prévues au chapitre V jouent plus comme un bouclier que comme une épée. Comme l'a noté Fitzmaurice, lorsque l'une des circonstances excluant l'illicéité s'applique, «la non-exécution n'est pas seulement justifiée, elle représente

---

[324] Par exemple, une disposition d'un traité spécifiant le contraire, qui constituerait une *lex specialis* au regard de l'article 55.

[325] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997*, p. 39, par. 48.

en fait une sorte de "transition" vers une reprise de l'exécution dès que les facteurs causant et justifiant cette non-exécution auront disparu…[326]».

3) Cette distinction ressort clairement des décisions rendues par des tribunaux internationaux. Dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le tribunal a estimé qu'il fallait appliquer à la fois le droit des traités et le droit de la responsabilité de l'État, le premier afin de déterminer si le traité était toujours en vigueur, et le second afin de déterminer les conséquences de toute violation du traité lorsqu'il était en vigueur, y compris la question de savoir si l'illicéité du comportement en cause était exclue[327]. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a déclaré:

> «[M]ême si l'existence d'un état de nécessité est établie, il ne peut être mis fin à un traité sur cette base. L'état de nécessité ne peut être invoqué que pour exonérer de sa responsabilité un État qui n'a pas exécuté un traité. Même si l'on considère que l'invocation de ce motif est justifiée, le traité ne prend pas fin pour autant; il peut être privé d'effet tant que l'état de nécessité persiste; il peut être inopérant en fait, mais il reste en vigueur, à moins que les Parties n'y mettent fin d'un commun accord. Dès que l'état de nécessité disparaît, le devoir de s'acquitter des obligations découlant du traité renaît[328].»

4) Si les mêmes faits peuvent constituer, par exemple, une situation de force majeure au sens de l'article 23 et une situation rendant l'exécution impossible au sens de l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[329], les deux situations sont distinctes. La force majeure justifie la non-exécution de l'obligation tant que la circonstance existe; la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible justifie qu'il soit mis fin au traité ou que l'application de ce dernier soit suspendue conformément aux conditions énoncées à l'article 61. La première a une incidence sur l'obligation en question, la seconde sur le traité qui est à la source de cette obligation. Le champ d'application des deux théories est différent, de même que leur mode d'application. La force majeure excuse la non-exécution momentanée, mais la

---

[326] Fitzmaurice, «Quatrième rapport sur le droit des traités», *Annuaire … 1959*, vol. II, p. 41.

[327] *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 251 et 252, par. 75.

[328] *C.I.J. Recueil 1997*, p. 63, par. 101; voir aussi p. 38, par. 47.

[329] Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

survenance d'une situation rendant l'exécution impossible ne met pas fin automatiquement à un traité: il faut qu'une telle décision soit prise par au moins l'une des parties.

5) On peut faire remonter le concept de circonstances excluant l'illicéité aux travaux du Comité préparatoire de la Conférence de La Haye de 1930. Parmi ses bases de discussion[330], le Comité avait énuméré deux «circonstances dans lesquelles l'État peut décliner sa responsabilité», à savoir la légitime défense et les représailles[331]. Le Comité a estimé que la mesure dans laquelle la responsabilité de l'État se trouvait engagée dans le contexte de la protection diplomatique pouvait également varier selon que la personne lésée avait ou non adopté une «attitude provocatrice» (Base de discussion n° 19), et qu'un État ne pouvait être tenu responsable des dommages causés par ses forces armées «réprimant une insurrection, une émeute ou des troubles» (Base de discussion n° 21). Toutefois, ces questions n'ont jamais été définitivement tranchées.

6) La catégorie des circonstances excluant l'illicéité a été développée par la Commission du droit international dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité internationale pour les dommages causés aux étrangers[332] et l'exécution des traités[333]. En l'occurrence, la question des excuses à la non-exécution de traités a été laissée hors du champ d'application de la Convention de Vienne sur le droit des traités[334]. La question relève du droit de la responsabilité des États.

---

[330] *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 223 à 226.

[331] Ibid., p. 225. Les questions soulevées par la clause Calvo et l'épuisement des recours internes étaient traitées sous la même rubrique.

[332] *Annuaire … 1958*, vol. II, p. 75. Pour l'examen des circonstances proposées par García Amador, voir le premier rapport de ce dernier sur la responsabilité des États, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 204 à 209 et son troisième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 52 à 57.

[333] Fitzmaurice, «Quatrième rapport sur le droit des traités», *Annuaire … 1959*, vol. II, p. 45 à 48, et commentaire, p. 64 à 75.

[334] Voir l'article 73 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

7) Les circonstances excluant l'illicéité doivent être distinguées d'autres moyens qui pourraient avoir pour effet de permettre à un État d'éviter de voir sa responsabilité engagée. Elles n'ont rien à voir avec les questions de la compétence d'une cour ou d'un tribunal à l'égard d'un différend ni de la recevabilité d'une demande. Il faut les distinguer des conditions constitutives de l'obligation, c'est-à-dire des éléments qui doivent exister pour que la question de l'illicéité se pose, et qui sont en principe spécifiées par l'obligation elle-même. En ce sens, les circonstances excluant l'illicéité ont, dans les systèmes juridiques internes, valeur d'exceptions ou d'excuses, et les circonstances définies au chapitre V sont reconnues, souvent sous la même dénomination, par de nombreux systèmes juridiques[335]. En revanche, il n'y a pas d'approche commune de ces circonstances en droit interne, et les conditions et limites énoncées au chapitre V ont été élaborées séparément.

8) Les articles ne traitent pas de questions de compétence des cours ou tribunaux, et ils ne traitent pas non plus de questions de preuve ni de charge de la preuve. Dans un différend bilatéral portant sur la responsabilité d'un État, la charge d'établir la responsabilité incombe en principe à l'État qui allègue la responsabilité. Cependant, si un comportement contraire à une obligation internationale est attribuable à un État et que cet État cherche à éluder sa responsabilité en invoquant une circonstance relevant du chapitre V, la situation change et la charge de justifier ou d'excuser son comportement pèse alors sur cet État. De fait, il arrive souvent que seul cet État ait pleinement connaissance des faits qui pourraient excuser l'inexécution de son obligation.

9) Le chapitre V définit les circontances excluant l'illicéité actuellement reconnues en droit international général[336]. D'autres situations ont été exclues. Par exemple, l'exception d'inexécution (*exceptio inadimpleti contractus*) est surtout perçue comme une caractéristique particulière de certaines obligations réciproques ou synallagmatiques et non comme une

---

[335] Voir l'étude comparée de C. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 2 (Munich, Beck, 2000), p. 499 à 592.

[336] Pour l'effet de la contribution de l'État lésé ou d'une autre personne ou entité au préjudice, voir l'article 39 et le commentaire y relatif. Cela n'exclut pas l'illicéité, mais intéresse la détermination de l'ampleur et de la forme de la réparation.

circonstance excluant l'illicité[337]. Le principe selon lequel un État ne saurait tirer avantage de son propre fait illicite peut avoir des conséquences dans le domaine de la responsabilité des États, mais il s'agit d'un principe général plutôt que d'une circonstance particulière excluant l'illicéité[338]. La théorie dite des «mains propres» a été principalement invoquée à propos de la recevabilité de demandes devant des cours et tribunaux internationaux, mais rarement appliquée. Il n'y a pas lieu non plus de l'inclure ici[339].

Article 20

Consentement

Le consentement valide de l'État à la commission par un autre État d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard du premier État pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

Commentaire

1) L'article 20 reflète le principe fondamental de droit international relatif au consentement, dans le contexte particulier de la première partie. Conformément à ce principe, le consentement donné par un État à un comportement déterminé d'un autre État exclut l'illicéité de ce fait à

---

[337] Comparer *Prises d'eau à la Meuse* (*Pays-Bas* c. *Belgique*), *1937, C.P.J.I., série A/B n° 70*, p. 50 et 77. Voir en outre Fitzmaurice, «Quatrième rapport sur le droit des traités», *Annuaire ... 1959*, vol. II, p. 43 à 49; D. W. Greig, «*Réciprocity, Proportionality and the Law of Treaties*», *Virginia Journal of International Law*, vol. 34 (1994), p. 295; et pour une étude comparée, G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 245 à 317. Pour la relation entre l'exception d'inexécution et les contre-mesures, voir ci-dessous le commentaire relatif à la troisième partie, chap. II, par. 5).

[338] Voir, par exemple, *Usine de Chorzów, compétence, 1927, C.P.J.I., série A n° 9*, p. 31; cf. *Projet Gabčikovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997*, p. 67, par. 110.

[339] Voir J. J. A. Salmon, «Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *A.F.D.I.*, vol. 10 (1964), p. 225; A. Miaja de la Muela, «Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux», *in Mélanges offerts à Juraj Andrassy* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1968), p. 189, et l'opinion dissidente du juge Schwebel dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986*, p. 392 à 394.

l'égard de l'État qui a consenti, à condition que le consentement soit valable et dans la mesure où le comportement reste dans les limites du consentement donné.

2) Il arrive quotidiennement que des États consentent à ce que d'autres États commettent un fait qui, sans ce consentement, constituerait la violation d'une obligation internationale. Parmi les exemples simples, on peut citer le passage par l'espace aérien ou les eaux intérieures d'un État, l'établissement d'installations sur son territoire ou la conduite de recherches ou d'enquêtes officielles sur ce territoire. Mais il faut faire une distinction entre le consentement à l'égard d'une situation particulière ou d'un comportement particulier, et le consentement à l'égard de l'obligation sous-jacente elle-même. Dans le cas d'un traité bilatéral, les États parties peuvent à tout moment convenir de mettre fin au traité ou d'en suspendre l'application, auquel cas les obligations résultant du traité seront du même coup éteintes ou suspendues[340]. Mais indépendamment de cette possibilité, les États ont le droit de dispenser le débiteur de l'exécution d'une obligation qui leur est due individuellement, ou, de manière générale, d'autoriser un comportement qui, à défaut d'une telle autorisation, serait illicite à leur égard. Dans de tels cas, l'obligation primaire continue de régir les relations entre les deux États, mais elle est déplacée pour l'occasion considérée ou aux fins du comportement particulier en raison du consentement donné.

3) Le consentement à la commission d'un fait par ailleurs illicite peut être donné par un État à l'avance, voire au moment où le fait est commis. Par contre, les cas dans lesquels le consentement est donné après la commission du fait sont une forme de renonciation ou d'acquiescement, conduisant à la perte du droit d'invoquer la responsabilité. Cette question est traitée à l'article 45.

4) Pour exclure l'illicéité, le consentement à la non-exécution d'une obligation dans un cas particulier doit être «valide». La question de savoir si le consentement a été validement donné relève de règles de droit international extérieures au cadre de la responsabilité des États. Il s'agit notamment de savoir si l'organe ou la personne qui a donné le consentement était habilité à le faire au nom de l'État (et s'il ne l'était pas, si le défaut d'habilitation était connu ou aurait dû être

---

[340] Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 54 *b*.

connu de l'État qui agit), ou si le consentement a été vicié par la contrainte ou quelque autre facteur[341]. De fait, la question peut se poser de savoir si l'État pouvait validement donner son consentement. La référence à un «consentement valide», à l'article 20, met en évidence la nécessité, dans certains cas, d'envisager ces questions.

5) La question de savoir si une personne ou une entité particulière était habilitée à donner le consentement dans un cas déterminé se distingue de celle de savoir si le comportement de cette personne ou entité était attribuable à l'État aux fins du chapitre II. La question s'est posée, par exemple, de savoir si le consentement exprimé par une autorité régionale pouvait légitimer l'envoi de troupes étrangères dans le territoire d'un État ou si seul le Gouvernement central de cet État pouvait donner un tel consentement, et on ne peut régler ces questions en disant que les faits de l'autorité régionale sont attribuables à l'État en vertu de l'article 4[342]. Dans d'autres cas, la «légitimité» du Gouvernement qui avait donné le consentement a été mise en cause. On a parfois soulevé la question de la validité du consentement donné parce que ce consentement était exprimé en violation des dispositions pertinentes du droit interne. Ces questions dépendent des règles du droit international qui se rapportent à la manifestation de la volonté de l'État, ainsi qu'aux règles de droit interne auxquelles renvoie, dans certains cas, le droit international.

6) La question de savoir qui est habilité à consentir à une dérogation à une règle particulière peut dépendre de la règle considérée. Consentir à la perquisition des locaux d'une ambassade est une chose, consentir à l'établissement d'une base militaire sur le territoire d'un État en est une autre. Différents responsables ou organes peuvent être habilités à exprimer le consentement dans différents contextes, conformément aux dispositions prises par chaque État et aux principes

---

[341] Voir, par exemple, la question du consentement autrichien à l'*Anschluss* de 1938, qui a été traitée par le Tribunal de Nuremberg. Le Tribunal a conclu que l'Autriche n'avait pas donné son consentement et que même si elle l'avait donné, elle l'aurait fait sous la contrainte; cela n'aurait donc pas excusé l'annexion. Voir *International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*, jugement du 1er octobre 1946, reproduit dans *A.J.I.L.*, vol. 41 (1947), p. 192 à 194.

[342] Cette question s'est posée à propos de l'envoi de troupes belges dans la République du Congo en 1960. Voir *Documents officiels du Conseil de sécurité*, *quinzième année*, 873e séance, 13 et 14 juillet 1960, et notamment l'intervention du représentant de la Belgique, par. 186 à 188 et 209.

généraux concernant les pouvoirs effectifs et apparents. Mais en tout état de cause, il faut respecter certaines modalités pour que le consentement soit réputé valide. Le consentement doit être librement donné et clairement établi. Il doit être effectivement exprimé par l'État et ne peut être simplement présumé au motif que l'État aurait donné son consentement si on le lui avait demandé. Le consentement peut être vicié par l'erreur, le dol, la corruption ou la contrainte. À cet égard, les principes relatifs à la validité du consentement dans le cas des traités fournissent des orientations pertinentes.

7) L'exigence d'un consentement valide appelle l'attention sur les conditions préalables d'un tel consentement, y compris les questions de compétence, mais elle remplit aussi une autre fonction, en signalant l'existence de cas où le consentement peut ne pas avoir été validement donné. Cette question est examinée dans le cadre de l'article 26 (respect de normes impératives), qui s'applique à l'ensemble de la cinquième partie[343].

8) Parmi les exemples de consentement donné par un État qui a pour effet de rendre licites certains comportements, on peut citer la constitution de commissions d'enquête siégeant sur le territoire d'un autre État, l'exercice d'une juridiction sur des forces stationnées à l'étranger, des opérations de secours et d'assistance humanitaire et l'arrestation ou la détention de personnes en territoire étranger. Dans l'affaire *Savarkar*, le tribunal arbitral a estimé que l'arrestation de Savarkar n'avait pas été de nature à porter atteinte à la souveraineté de la France parce que celle-ci, par le comportement de son gendarme qui avait aidé les autorités britanniques à procéder à l'arrestation, y avait implicitement consenti[344]. Pour déterminer si l'article 20 s'applique à de tels cas, il peut être nécessaire de considérer la règle primaire pertinente. Par exemple, seul le chef d'une mission diplomatique peut permettre aux agents de l'État accréditaire de pénétrer dans les locaux de la mission[345].

---

[343] Voir le commentaire de l'article 26, par. 6).

[344] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (1911), p. 252 à 255.

[345] Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95, art. 22, par. 1.

9) L'article 20 concerne les relations entre les deux États considérés. Dans le cas où le consentement de plusieurs États est nécessaire, le consentement d'un État n'exclut pas l'illicéité à l'égard d'un autre État[346]. De plus, lorsque le consentement est invoqué comme circonstance excluant l'illicéité, il faut montrer que le comportement entrait dans les limites du consentement donné. Le consentement donné par un État au survol de son territoire par des avions commerciaux d'un autre État n'exclurait pas l'illicéité du survol de son territoire par des avions transportant des troupes et du matériel militaire. Le consentement au stationnement de troupes étrangères pour une durée déterminée n'exclurait pas l'illicéité du stationnement des troupes au-delà de la durée fixée[347]. Ces limitations sont indiquées par l'expression «fait donné» à l'article 20 ainsi que par le membre de phrase «dans les limites de ce consentement».

10) L'article 20 n'envisage que le consentement d'un État à un comportement par ailleurs contraire à une obligation internationale. Le droit international peut aussi prendre en considération le consentement d'entités non étatiques comme des sociétés ou des particuliers. La mesure dans laquelle les investisseurs peuvent déroger aux règles de protection diplomatique par un accord préalable prête depuis longtemps à controverse, mais la Convention de Washington de 1965 prévoit que, pour un investisseur, le fait de consentir à l'arbitrage au sens de la Convention suspend le droit de protection diplomatique de l'État dont l'investisseur est ressortissant[348]. Les bénéficiaires des droits conférés par les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ne peuvent y renoncer, mais le libre consentement d'une personne peut jouer un rôle dans

---

[346] Le consentement de l'Autriche à la proposition d'union douanière de 1931 n'aurait pas exclu son illicéité eu égard à l'obligation qui incombait à l'Allemagne à l'égard de toutes les Parties au Traité de Versailles de respecter l'indépendance autrichienne. De même, le consentement de l'Allemagne n'aurait pas exclu l'illicéité de l'union douanière en raison de l'obligation, imposée à l'Autriche par le Traité de Saint-Germain, de maintenir sa complète indépendance. Voir *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, 1931, *C.P.J.I., série A/B n° 41*, p. 46 et 49.

[347] L'inobservation d'une condition posée au consentement ne fera pas nécessairement sortir le comportement des limites du consentement. Par exemple, le consentement d'un État au stationnement de forces sur son territoire peut être subordonné à l'obligation de verser un loyer pour l'utilisation des locaux. Le non-paiement du loyer constituerait incontestablement un fait illicite, mais il ne transformerait pas les forces stationnées en armée d'occupation.

[348] Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, p. 159, art. 27, par. 1.

l'exercice de ces droits[349]. Dans ce cas, c'est la règle particulière de droit international elle-même qui autorise ce consentement et en prévoit les effets. Au contraire, l'article 20 énonce un principe général dès lors que sont concernés l'exercice des droits et l'exécution des obligations des États.

Article 21

Légitime défense

L'illicéité du fait de l'État est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies.

Commentaire

1) L'existence d'un principe général admettant la légitime défense comme exception à l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales est incontestée. L'article 51 de la Charte des Nations Unies consacre le «droit naturel de légitime défense» des États face à une agression armée et il est compris dans la définition de l'obligation de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force énoncée à l'Article 2, paragraphe 4. Ainsi, un État exerçant son droit naturel de légitime défense, tel qu'il est énoncé à l'Article 51 de la Charte, ne peut en aucune manière violer l'Article 2, paragraphe 4[350].

2) La légitime défense peut justifier un manquement à certaines obligations autres que celles énoncées à l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte, dès lors que ce manquement est lié à la violation de cette disposition. Le droit international classique traitait ce type de problèmes dans le cadre d'un régime juridique distinct, le droit de la guerre, qui définissait l'étendue des droits des belligérants et suspendait l'application de la plupart des traités en vigueur entre eux au moment où la guerre avait éclaté[351]. Depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies, les déclarations de guerre sont exceptionnelles et les actions militaires menées au nom de la légitime défense le sont

---

[349] Voir par exemple le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171, art. 7; art.8, par. 3; art. 14, par. 1 *g*; art. 23, par. 3.

[350] Cf. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996,* p. 244, par. 38, et p. 263, par. 96, soulignant la licéité de l'emploi de la force en cas de légitime défense.

[351] Voir également A. McNair et A. D. Watts, *Legal Effects of War* (4e éd.) (Cambridge, Cambridge University Press, 1966), p. 579.

par des États qui sont officiellement «en paix[352]». La Convention de Vienne sur le droit des traités laisse ces questions de côté en stipulant, à l'article 73, qu'elle ne préjuge «aucune question qui pourrait se poser à proposer d'un traité … en raison de l'ouverture d'hostilités entre États».

3) Il ne s'agit pas de dire que la légitime défense exclut l'illicéité d'un comportement dans toutes les circonstances ni à l'égard de toutes les obligations. On peut citer des exemples dans le domaine du droit international humanitaire et de la protection des droits de l'homme. Les Conventions de Genève de 1949 et le Protocole I de 1977 y relatif s'appliquent également à toutes les parties à un conflit armé international, et il en va de même pour le droit international humanitaire coutumier[353]. Les traités relatifs aux droits de l'homme prévoient des dérogations en période d'état d'urgence, y compris pour les mesures prises dans l'exercice de la légitime défense. S'agissant des obligations résultant du droit international humanitaire et des dispositions relatives aux droits de l'homme non susceptibles de dérogation, l'illicéité d'un comportement n'est pas exclue par la légitime défense.

4) Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a fourni quelques indications sur cette question. Il s'agissait notamment de déterminer si l'emploi d'armes nucléaires devait nécessairement être considéré comme une violation des obligations relatives à la protection de l'environnement en raison des dommages massifs et durables que ces armes pouvaient causer. La Cour a déclaré:

> «[…] la question n'est pas de savoir si les traités relatifs à la protection de l'environnement sont ou non applicables en période de conflit armé, mais bien de savoir si les obligations nées de ces traités ont été conçues comme imposant une abstention totale pendant un conflit

---

[352] Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (*République islamique d'Iran* c. *États-Unis d'Amérique*), *exception préliminaire*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 803, il n'a pas été nié que le Traité d'amitié de 1955 était resté en vigueur en dépit des nombreuses actions menées par les forces navales américaines contre l'Iran. En l'espèce, les deux parties sont convenues que de telles opérations seraient licites dans la mesure où elles auraient été commises dans l'exercice du droit de légitime défense.

[353] Comme la Cour l'a déclaré dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 257, par. 79, «les règles du droit international humanitaire constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier». Pour ce qui est des relations entre les droits de l'homme et le droit humanitaire applicable dans les conflits armés, voir ibid., p. 240, par. 25.

> armé. La Cour n'estime pas que les traités en question aient entendu priver un État de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international, au nom des obligations qui sont les siennes de protéger l'environnement. Néanmoins, les États doivent aujourd'hui tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes. Le respect de l'environnement est l'un des éléments qui permettent de juger si une action est conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité[354].»

Un État agissant dans le cadre de la légitime défense est tenu à une «abstention totale» en vertu d'une obligation internationale si cette obligation a été formulée ou conçue comme une restriction formelle, s'imposant même aux États en situation de conflit armé[355].

5) L'article 21 a pour effet essentiel d'exclure l'illicéité du comportement de l'État dans l'exercice de la légitime défense vis-à-vis d'un État agresseur. Mais il peut y avoir, dans certains cas, des effets vis-à-vis d'États tiers. Dans l'avis consultatif qu'elle a émis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a déclaré:

> «[…] dans le cas des principes du droit humanitaire applicable dans les conflits armés, le droit international ne laisse aucun doute quant au fait que le principe de neutralité, quel qu'en soit le contenu, qui a un caractère fondamental analogue à celui des principes et règles humanitaires, s'applique (sous réserve des dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies), à tous les conflits armés internationaux, quel que soit le type d'arme utilisé[356].»

Le droit de la neutralité distingue entre le comportement à l'égard d'un belligérant et le comportement à l'égard d'un neutre. Mais cela ne signifie pas que les États neutres ne sont pas affectés par l'existence d'un état de guerre. L'article 21 ne dit rien des effets des mesures prises dans l'exercice du droit de légitime défense vis-à-vis des États tiers.

6) Ainsi, l'article 21 reflète la position généralement admise selon laquelle la légitime défense exclut l'illicéité d'une action menée dans les limites posées par le droit international. Il vise une

---

[354] *C.I.J. Recueil 1996*, p. 242, par. 30.

[355] Voir, par exemple, la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1108, p. 151.

[356] *C.I.J. Recueil 1996*, p. 261, par. 89.

mesure «prise en conformité avec la Charte des Nations Unies». De plus, le terme «licite» implique que la mesure prise respecte les obligations d'abstention totale applicables en situation de conflit armé international, ainsi que les conditions de proportionnalité et de nécessité inhérentes au concept de légitime défense. L'article 21 exprime simplement le principe fondamental aux fins du Chapitre V, en renvoyant les questions de l'étendue et de l'application de la légitime défense aux règles primaires applicables visées dans la Charte.

Article 22

Contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite

L'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie.

Commentaire

1) Dans certaines circonstances, la commission par un État d'un fait internationalement illicite à l'encontre d'un autre État peut justifier l'adoption par l'État lésé par ce fait de contre-mesures n'impliquant pas l'emploi de la force pour obtenir la cessation du fait et réparation du préjudice subi. L'article 22 traite de cette situation du point de vue des circonstances excluant l'illicéité. Le chapitre II de la troisième partie réglemente plus précisément les contre-mesures.

2) La jurisprudence, la pratique des États et la doctrine confirment que les contre-mesures, sous réserve qu'elles répondent à certaines conditions de fond et de procédure, peuvent être légitimes. Dans l'affaire relative au *projet Gabčikovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice a admis sans équivoque qu'une contre-mesure «prise pour riposter à un fait internationalement illicite d'un autre État et … dirigée contre ledit État[357]» peut légitimer un comportement qui sinon serait illicite, sous réserve que certaines conditions soient réunies. De même, des sentences arbitrales ont reconnu la légitimité de mesures de cette nature dans

[357] *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997*, p. 55, par. 83.

certains cas, en particulier dans les affaires *Naulilaa*[358] et *Cysne*[359] et dans l'*Affaire concernant* l'*accord relatif aux services aériens*[360].

3) Dans la doctrine relative aux contre-mesures, il est parfois question de l'application d'une «sanction» ou d'une «réaction» à un fait internationalement illicite survenu antérieurement; dans le passé, les expressions les plus usitées étaient «représailles légitimes» ou, plus généralement, mesures d'«autoprotection» ou d'«auto-assistance». Le mot «sanction» a été employé pour désigner des mesures prises conformément à l'acte constitutif d'une organisation internationale, en particulier le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, encore que dans la Charte figure le mot «mesures» et non le mot «sanctions». Le terme «représailles» n'est plus d'usage courant dans ce contexte, parce qu'il est associé au droit des représailles armées impliquant l'emploi de la force. C'est au moins depuis l'arbitrage rendu dans l'*Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens*[361] que le mot «contre-mesures» est utilisé de préférence, et c'est celui qui a été retenu aux fins des présents articles.

4) Lorsque des contre-mesures sont adoptées conformément à l'article 22, l'exécution de l'obligation sous-jacente n'est pas suspendue, et encore moins éteinte: l'illicéité du comportement en question est alors exclue au motif qu'il constitue une contre-mesure, mais uniquement si les conditions requises pour adopter des contre-mesures sont réunies et pour la durée pendant laquelle elles le sont. Ces conditions sont énoncées dans le chapitre II de la troisième partie, auquel l'article 22 renvoie. En tant que réaction au comportement internationalement illicite d'un autre État, une contre-mesure ne peut être légitimée qu'à l'égard

---

[358] *«Naulilaa» (Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1928), p. 1025 et 1026.

[359] *«Cysne» (Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1930), p. 1052.

[360] *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 (États-Unis* c. *France),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (1979), p. 454.

[361] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XVIII (1979), en particulier p. 482 à 486, par. 80 à 98.

de cet État. C'est ce qu'expriment les expressions «si, et dans la mesure où,» et «une contre-mesure prise à l'encontre» de l'État responsable. Un fait dirigé contre un État tiers n'entrerait pas dans cette définition et ne saurait donc être légitimé en tant que contre-mesure. En revanche, les effets indirects d'une contre-mesure sur des tierces parties qui n'entraînent pas une violation indépendante d'une quelconque obligation due auxdites parties n'emporteront pas exclusion de la contre-mesure du champ d'application de l'article 22.

5) Une contre-mesure ne peut exclure l'illicéité que dans les rapports entre l'État lésé et l'État qui a perpétré le fait internationalement illicite. Ce principe est énoncé explicitement dans l'affaire *Cysne*, dans laquelle le Tribunal a souligné que:

> «les représailles, consistant en un acte en principe contraire au droit des gens, ne peuvent se justifier qu'autant qu'elles ont été *provoquées* par un autre acte également contraire à ce droit. *Les représailles ne sont admissibles que contre l'État provocateur.* Il se peut, il est vrai, que des représailles légitimes, exercées contre un État offenseur, atteignent des ressortissants d'un État innocent. Mais il s'agira là d'une conséquence indirecte, involontaire, que l'État offensé s'efforcera, en pratique, toujours d'éviter ou de limiter autant que possible[362]».

En conséquence, l'illicéité du comportement de l'Allemagne à l'égard du Portugal n'était pas exclue. Comme ce comportement impliquait l'emploi de la force armée, il s'agissait davantage de représailles que de contre-mesures au sens de l'article 22. Mais le même principe s'applique aux contre-mesures, comme la Cour l'a confirmé dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, lorsqu'elle a souligné que la mesure en question doit être «dirigée contre» l'État responsable[363].

6) Si l'article 22 existait indépendamment des autres articles, il aurait été nécessaire d'énoncer les autres conditions à réunir pour rendre une contre-mesure légitime, dont, en particulier, le critère de proportionnalité, le caractère temporaire ou réversible de la contre-mesure et la situation de certaines obligations fondamentales qui ne peuvent pas faire l'objet de contre-mesures. Ces conditions étant énumérées dans le chapitre II de la troisième partie, il suffit, à l'article 22, d'y renvoyer. L'article 22 s'applique à toute action qui répond

---

[362] Ibid., vol. II (1930), p. 1056 et 1057 (italiques dans l'original).

[363] *C.I.J. Recueil 1997*, p. 55, par. 83.

auxdites conditions pour être considérée comme étant une contre-mesure. Reste à savoir si une contre-mesure peut être adoptée par des États tiers qui ne sont pas eux-mêmes, pris individuellement, lésés par le fait internationalement illicite en question, tout en étant bénéficiaires de l'obligation qui a été violée[364]. Par exemple, dans le cas d'une obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble, la Cour internationale de Justice a affirmé que tous les États ont un intérêt juridique à ce qu'elle soit exécutée[365]. L'article 54 laisse ouverte la question de savoir si n'importe quel État peut prendre des mesures pour obtenir l'exécution de certaines obligations internationales dans l'intérêt général, par opposition à son intérêt particulier en tant qu'État lésé. L'article 22 ne s'applique pas aux mesures prises en pareil cas en tant qu'elles ne remplissent pas les conditions requises pour être réputées être des contre-mesures, mais il n'exclut pas la possibilité de leur être applicable.

Article 23

Force majeure

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque; ou

b) Si l'État a assumé le risque que survienne une telle situation.

---

[364] Pour une analyse de la distinction entre les États lésés et les autres États en droit d'invoquer la responsabilité de l'État, voir les articles 42 et 48 et les commentaires y relatifs.

[365] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970,* p. 32, par. 33.

Commentaire

1) La force majeure est très souvent invoquée comme motif excluant l'illicéité du fait d'un État[366]. Elle désigne une situation où l'État considéré est effectivement contraint d'agir d'une manière qui n'est pas conforme à ce que lui impose une obligation internationale à sa charge. La force majeure diffère de la détresse (art. 24) et de l'état de nécessité (art. 25), en ce sens que le comportement de l'État qui sinon serait internationalement illicite est involontaire ou à tout le moins ne procède en aucune manière d'un choix librement opéré.

2) Il n'y a force majeure excluant l'illicéité que si trois éléments sont réunis: a) le fait en question doit résulter d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu, b) qui échappe au contrôle de l'État considéré, et c) fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation. L'adjectif «irrésistible» qui qualifie le mot «force» est employé pour rendre l'idée de l'existence d'une contrainte à laquelle l'État n'a pas pu se soustraire ni s'opposer par ses propres moyens. L'événement extérieur «imprévu» est un événement qui n'a pas été prévu ou qui ne pouvait pas être aisément prévisible. En outre, il doit exister un lien de causalité entre la «force irrésistible» ou l'«événement extérieur imprévu» et la situation d'impossibilité matérielle, comme l'indique l'expression «dû à la force majeure … et fait qu'il est matériellement impossible». Sous réserve du paragraphe 2, lorsque ces éléments sont réunis, l'illicéité du comportement de l'État est exclue aussi longtemps que la situation de force majeure subsiste.

3) L'impossibilité matérielle d'exécuter l'obligation qui donne lieu à une situation de force majeure peut être due à un phénomène naturel ou physique (par exemple intempéries pouvant obliger l'aéronef d'un État à se dérouter vers le territoire d'un autre État, tremblements de terre, inondations ou sécheresses) ou à une activité de l'homme (par exemple perte de contrôle sur une partie du territoire d'un État consécutive à une insurrection ou dévastation d'une zone consécutive à des opérations militaires conduites par un État tiers), ou à une combinaison de ces deux éléments. Certaines situations de détresse ou de contrainte impliquant une force imposée

---

366 Voir *l'Étude du secrétariat* intitulée «"Force majeure" et "cas fortuit" en tant que circonstances excluant l'illicéité: pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine», *Annuaire ... 1978*, vol. II, première partie, p. 58.

à un État peuvent aussi équivaloir à une situation de force majeure si elles répondent aux conditions énoncées à l'article 23. En particulier, la situation doit être à ce point irrésistible que l'État en cause n'a pas vraiment la possibilité d'échapper à ses effets. La force majeure ne s'étend pas aux circonstances dans lesquelles l'exécution d'une obligation a été rendue difficile, par exemple par une crise politique ou économique. Elle ne s'étend pas non plus aux situations dues à la négligence ou à la faute de l'État considéré[367], même si le préjudice lui-même qui en découle était accidentel et non intentionnel[368].

4) En élaborant ce qui devait devenir l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la Commission du droit international a considéré que la force majeure était une circonstance excluant l'illicéité au regard de l'exécution d'un traité, tout comme la survenance d'une situation rendant l'exécution d'un traité impossible était un motif pour mettre fin au traité[369]. La même opinion a prévalu à la Conférence de Vienne[370]. Mais pour préserver la

---

[367] Par exemple, dans des cas où il fut reconnu que des événements tels que les bombardements de La Chaux-de-Fonds par des aviateurs allemands, le 17 octobre 1915, et de Porrentruy par un aviateur français, le 26 avril 1917, étaient dus à la négligence de la part de leurs auteurs, les belligérants s'engagèrent à punir les coupables et à réparer les préjudices causés: *Étude du secrétariat*, par. 255 et 256.

[368] Par exemple, en 1906, un officier de la marine américaine à bord du navire des États-Unis *Chattanooga*, qui entrait dans le port chinois de Tche-fou, fut atteint par une balle tirée par un navire de guerre français et tué. Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique obtint réparation, en faisant valoir que:

> «*Si on ne peut qualifier la disparition du lieutenant England autrement que comme accidentelle, on ne peut néanmoins la considérer comme un fait inévitable dont personne n'est responsable.* En effet, on ne peut concevoir que cet accident se soit produit sans qu'un élément y ait contribué, à savoir le manque de précautions suffisantes de la part des officiers du *Dupetit Thouars* qui étaient responsables des exercices de tir et ne les ont pas arrêtés lorsque le *Chattanooga,* qui empruntait normalement le chenal, s'est trouvé dans la ligne de tir.»

Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 221. Voir également l'*Étude du secrétariat*, par. 130.

[369] *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 278.

[370] Voir par exemple la proposition du représentant du Mexique, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence*, p. 197, document A/CONF.39/14, par. 531 *a*.

stabilité des traités, la Conférence de Vienne a insisté pour limiter les cas dans lesquels l'article 61 peut être invoqué pour mettre fin à un traité. La conception de la situation de force majeure en tant que circonstance excluant l'illicéité, bien que restreinte, l'est moins que celle de l'impossibilité d'exécution comme motif pour mettre fin à un traité définie à l'article 61. C'est ce que la Cour internationale de Justice a souligné dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

> «Le paragraphe 1 de l'article 61 exige qu'il y ait eu disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution d'un traité pour que l'impossibilité d'exécution puisse justifier la terminaison dudit traité. Au cours de la conférence, il a été proposé d'élargir la portée de cet article jusqu'à inclure des cas tels que l'impossibilité d'effectuer certains paiements en raison de difficultés financières graves… Bien qu'il ait été admis que de telles situations pourraient exclure l'illicéité de l'inexécution, par une partie, de ses obligations conventionnelles, les États participants n'ont pas été disposés à en faire un motif d'extinction ou de suspension d'un traité et ont préféré s'en tenir à une conception plus étroite[371].»

5) Dans la pratique, dans la plupart des cas où l'«impossibilité» a été invoquée, il n'y avait pas réellement impossibilité: l'exécution avait seulement été rendue plus difficile, et la force majeure n'a donc pas été retenue. Mais il y a eu des cas d'impossibilité matérielle, par exemple celui de l'avion d'un État qu'une avarie ou une perte de contrôle de l'appareil entraîne dans l'espace aérien d'un autre État sans l'autorisation de ce dernier. Dans les cas de ce genre, il a été admis que l'illicéité était exclue[372].

---

[371] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 63, par. 102.

[372] Voir par exemple les cas d'intrusion accidentelle dans l'espace aérien d'un État en raison du mauvais temps et les cas de bombardement accidentel d'un territoire neutre durant la Première Guerre mondiale en raison d'erreurs de navigation, analysés dans l'*Étude du Secrétariat*, par. 250 à 256. Voir également les notes échangées par les États concernés au sujet d'incidents de pénétration d'avions militaires des États-Unis dans l'espace aérien de la Yougoslavie en 1946: États-Unis d'Amérique, *Department of State Bulletin*, vol. XV, n° 376 (15 septembre 1946), p. 502, reproduit dans l'*Étude du Secrétariat*, par. 144, et l'incident qui a provoqué la saisine de la Cour internationale de Justice en 1954: *C.I.J. Mémoires*, *Traitement en Hongrie d'un avion des États-Unis d'Amérique et de son équipage*, note du 17 mars 1953 au Gouvernement hongrois, p. 14. Il n'apparaît pas toujours clairement si ces cas relèvent de la détresse ou de la force majeure.

6) En dehors des incidents aériens, le principe énoncé à l'article 23 est reconnu aussi à l'article 14, paragraphe 3, de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë[373], en ce qui concerne le droit de passage inoffensif, (l'article 18, paragraphe 2, de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer)[374] et à l'article 7, paragraphe 1, de la Convention du 8 juillet 1965 relative au commerce de transit des États sans littoral[375]. Dans ces dispositions, la relâche forcée, ou la force majeure est certes citée en tant qu'élément constitutif de la règle primaire considérée, mais son acceptation dans ces cas ne fait que confirmer l'existence d'un principe général du droit international ayant le même effet.

7) Ce principe a été également accepté dans la jurisprudence internationale. Des commissions mixtes des réclamations ont fréquemment mis en avant le caractère imprévisible d'attaques lancées par des rebelles pour rejeter la responsabilité de l'État territorial pour les dommages subis par des étrangers de ce fait[376]. En l'affaire relative à la concession des *Phares de l'Empire ottoman*, un phare appartenant à une société française avait été réquisitionné par le Gouvernement grec en 1915 et avait été ultérieurement détruit par un bombardement turc. Le tribunal arbitral rejeta la réclamation française tendant à la restitution du phare en invoquant la force majeure[377]. Dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, le principe a été accepté, mais l'excuse de force majeure n'a pas été accueillie parce que le paiement de la dette n'était pas

---

[373] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 516, p. 205.

[374] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 4.

[375] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 597, p. 43.

[376] Voir par exemple la décision de la Commission des réclamations États-Unis d'Amérique/Royaume-Uni, dans l'affaire *Saint Albans Raid* (affaire du Raid de Saint Albans) (1873), Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 4042, et *Étude du Secrétariat*, par. 339; les décisions de la Commission des réclamations États-Unis d'Amérique/Venezuela dans les affaires *Wipperman*, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 3039, et *Étude du secrétariat*, par. 349 et 350, et *De Brissot et consorts*, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 2967, et *Étude du secrétariat*, par. 352; et la décision de la Commission mixte des réclamations Royaume-Uni/Mexique dans l'affaire *Gill*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (1931), p. 157, et *Étude du secrétariat*, par. 463.

[377] *Concession des phares de l'Empire ottoman*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (1956), p. 219 et 220.

matériellement impossible[378]. Dans l'affaire des *Emprunts serbes* et dans celle des *Emprunts brésiliens*, la Cour permanente de Justice internationale a reconnu que la force majeure était un principe général de droit, sans toutefois l'admettre en l'espèce compte tenu des faits[379]. Plus récemment, dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, la France a invoqué la force majeure comme circonstance excluant l'illicéité de son comportement qui avait consisté à retirer ses officiers de Hao et à ne pas les y renvoyer après traitement médical. Le tribunal a brièvement traité ce point:

> «C'est à bon droit que la Nouvelle-Zélande affirme que l'excuse de force majeure n'est pas pertinente en l'espèce car pour qu'elle soit applicable il faut que l'impossibilité soit absolue et matérielle, et parce qu'une circonstance qui rend l'exécution plus difficile ou plus lourde ne constitue pas un cas de force majeure[380].»

8) Outre qu'elle s'applique en droit international public, la force majeure est largement admise dans les arbitrages en matière de commerce international et constitue vraisemblablement un principe général de droit[381].

9) Un État ne peut invoquer une situation de force majeure s'il a causé ou provoqué cette situation. Dans l'affaire *Libyan Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi*[382],

---

[378] Ibid., vol. XI (1912), p. 443.

[379] *Emprunts serbes*, *C.P.J.I., série A,* n° 20 (1929), p. 33 à 40; *Emprunts brésiliens, C.P.J.I., série A,* n° 21 (1929), p. 120.

[380] *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 253.

[381] À propos de la force majeure dans la jurisprudence du Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, voir G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), p. 306 à 320. La Cour européenne de justice a reconnu elle aussi la force majeure en tant que principe général de droit: voir par exemple l'affaire 145/85, *Denkavit Belgie NV* c. *Belgique*, [1987] R.C.E. 565, et l'affaire 101/84, *Commission* c. *Italie*, [1985] R.C.E. 2629. Voir également l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne du 11 avril 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, p. 79; P. Schlechtriem & Thomas, *Commentary on the United Nations Convention on the International Sale of Goods* (2e éd.) (Oxford, Clarendon Press, 1998), p. 600 à 626; et art. 7.1.7 des Principes des contrats commerciaux internationaux *in* UNIDROIT, *Principes des contrats commerciaux internationaux* (Rome, 1994), p. 176 à 178.

[382] *I.L.R.,* vol. 96 (1994), p. 279.

le tribunal arbitral n'a pas admis la force majeure parce que «l'impossibilité alléguée n'est pas le résultat d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu échappant à la volonté du Burundi. En fait, l'impossibilité est le résultat d'une décision unilatérale de cet État…[383]». De la même manière, selon l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'impossibilité matérielle ne peut être invoquée en tant que motif pour mettre fin à un traité «si cette impossibilité résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité». Par analogie avec cette disposition, l'alinéa *a* du paragraphe 2 exclut le motif de la force majeure lorsque celle-ci est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque. Pour que la disposition de l'alinéa *a* du paragraphe 2 s'applique, il ne suffit pas que l'État qui invoque la force majeure ait contribué à la situation d'impossibilité matérielle: il faut que la situation de force majeure soit «due» au comportement de l'État qui l'invoque. C'est ainsi que la force majeure peut être invoquée dans des situations où un État a pu, à son insu, contribuer à la survenance de l'impossibilité matérielle en faisant quelque chose qui considéré *a posteriori,* aurait pu être fait différemment mais qui a été fait de bonne foi et n'a pas rendu l'événement moins imprévu. Selon l'alinéa *a* du paragraphe 2, le rôle de l'État dans la survenance de la force majeure doit être fondamental.

10) L'alinéa *b* du paragraphe 2 traite des situations dans lesquelles l'État a déjà accepté le risque que survienne la force majeure, dans le cadre de l'obligation elle-même, ou encore par son comportement ou par un acte unilatéral. Cette disposition reflète le principe selon lequel la force majeure ne devrait pas excuser l'inexécution de l'obligation si l'État s'était engagé à empêcher la survenance d'une situation particulière ou avait autrement assumé un tel risque[384]. Une fois qu'un État a accepté d'assumer la responsabilité d'un risque donné, il ne peut alors invoquer la force majeure pour se soustraire à sa responsabilité. Mais le risque doit être assumé sans équivoque et à l'égard de ceux auxquels l'obligation est due.

---

[383] Ibid., p. 318, par. 55.

[384] Comme indiqué au paragraphe 31 de l'*Étude du secrétariat*, les États peuvent renoncer au droit d'invoquer la force majeure par voie d'accord. La manière la plus courante de le faire est de conclure à un accord ou de contracter une obligation pour assumer à l'avance le risque d'un événement particulier constituant un cas de force majeure.

Article 24

Détresse

1. L'illicéité du fait d'un état non conforme à une obligation internationale de cet état est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque; ou

b) Si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

Commentaire

1) L'article 24 traite du cas particulier où un individu dont les actes sont attribuables à l'État se trouve dans une situation de péril, soit personnellement, soit à travers des personnes qu'il a la charge de protéger. Il prévoit l'exclusion de l'illicéité du comportement adopté par l'agent de l'État dans les cas où l'agent n'avait raisonnablement pas d'autre moyen de sauver les vies en question. À la différence de ce qui se produit dans le cas des situations de force majeure, visées à l'article 23, une personne qui agit sous l'effet de la détresse n'agit pas involontairement, même si la possibilité de choix est effectivement annihilée par la situation de péril[385]. Il ne s'agit pas non plus de choix entre le respect des engagements internationaux de l'État et d'autres intérêts légitimes dudit État, tels ceux qui caractérisent l'état de nécessité visé à l'article 25. L'intérêt est ici l'intérêt immédiat de sauver la vie de personnes, quelle que soit leur nationalité.

2) Dans la pratique, les situations de ce type ont surtout concerné l'entrée sur le territoire d'un État de navires ou d'aéronefs, en détresse suite à des intempéries, à des problèmes mécaniques ou à des difficultés de navigation[386]. Par exemple, un avion militaire des États-Unis pénétra dans l'espace aérien yougoslave en 1946. À deux occasions, un avion militaire des États-Unis pénétra

---

[385] C'est pour cette raison que les auteurs qui ont analysé cette situation ont souvent dit qu'il s'agissait d'une situation d'«impossibilité relative» d'exécuter l'obligation internationale. Voir par exemple O. J. Lissitzyn, «The Treatment of Aerial Intruders in Recent Practice and International Law», *A.J.I.L.*, vol. 47 (1953), p. 588.

[386] Voir l'*Étude du secrétariat* intitulée «"Force majeure" et "cas fortuit" en tant que circonstances excluant l'illicéité: pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine», *Annuaire ... 1978*, vol. II, première partie, p. 58, par. 141 et 142 et 252.

sans autorisation dans l'espace aérien yougoslave et fut attaqué par la défense aérienne yougoslave. Le Gouvernement des États-Unis souleva une protestation contre l'action yougoslave, en faisant valoir que l'aéronef n'avait pénétré dans l'espace aérien yougoslave que pour échapper à un danger extrême. Le Gouvernement yougoslave répliqua en dénonçant les violations systématiques de son espace aérien, violations qui, au vu de leur fréquence, ne pouvaient à son avis qu'être intentionnelles. Dans une note adressée ultérieurement au Département d'État américain, le chargé d'affaires yougoslave fit savoir que le Maréchal Tito avait interdit de tirer sur des avions survolant sans autorisation le territoire yougoslave, en présumant que le Gouvernement des États-Unis d'Amérique «prendrait de son côté les mesures nécessaires pour empêcher ces vols sauf dans les cas d'urgence ou de mauvais temps, pour lesquels des arrangements pourraient être prévus sur la base d'un accord entre les autorités américaines et yougoslaves[387]». Dans sa réponse, le Secrétaire d'État américain par intérim réitéra l'assertion qu'aucun avion américain n'avait, sans autorisation préalable des autorités yougoslaves, survolé intentionnellement le territoire yougoslave «à moins d'y avoir été contraint par un cas d'urgence». Le Secrétaire d'État par intérim ajouta cependant que:

> «Je suppose que le Gouvernement yougoslave reconnaît que, dans le cas où un avion et ses passagers sont mis en danger, l'avion peut s'écarter de sa route pour se mettre en sécurité, même s'il doit de ce fait survoler le territoire yougoslave sans autorisation préalable[388].»

3) La situation de détresse a été invoquée aussi dans le cas de violations des frontières maritimes. Par exemple, en décembre 1975, après que des navires de la marine britannique eurent pénétré dans les eaux territoriales islandaises, le Gouvernement britannique maintint qu'ils l'avaient fait en cherchant «à se mettre à l'abri du mauvais temps, comme ils en ont le droit en vertu du droit international[389]». L'Islande soutenait que la présence dans ses eaux des

---

[387] États-Unis d'Amérique, *Department of State Bulletin*, vol. XV (15 septembre 1946), p. 502, reproduit dans l'*Étude du secrétariat*, par. 144.

[388] *Étude du secrétariat*, par. 145. Le même argument est développé dans le mémoire du 2 décembre 1958 déposé par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique au greffe de la Cour internationale de Justice, dans le cadre d'un autre incident aérien: voir *C.I.J. Mémoires, incident aérien du 27 juillet 1955,* p. 225 et suiv.

[389] *Documents officiels du Conseil de sécurité, trentième année*, 1866e séance, 16 décembre 1975. *Étude du secrétariat*, par. 136.

navires de la marine britannique n'avait pour but que de provoquer un incident, mais elle ne contesta pas le point en vertu duquel, si les navires britanniques s'étaient trouvés en situation de détresse, ils pouvaient pénétrer dans les eaux territoriales islandaises.

4) Bien qu'historiquement, la pratique concerne principalement des cas de navires et d'aéronefs en détresse, l'article 24 n'est pas limité à ces cas[390]. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, l'exception de détresse a été invoquée en tant que circonstance excluant l'illicéité, mais la situation de détresse ne concernait ni des navires ni des aéronefs. La France cherchait à justifier le fait d'avoir transféré les deux fonctionnaires de l'île de Hao en invoquant des «circonstances de détresse dans un cas d'extrême urgence faisant intervenir des considérations humanitaires élémentaires touchant les organes de l'État auteurs du fait[391]». Le Tribunal a admis à l'unanimité que cette exception était recevable en principe et reconnu à la majorité qu'elle était applicable aux faits dans l'une des deux causes. À propos du principe, le Tribunal a demandé à la France d'apporter la preuve de trois éléments:

> «1. L'existence de circonstances exceptionnelles d'extrême urgence comportant des considérations médicales ou autres de nature élémentaire, sous réserve, à tout moment, qu'une prompte reconnaissance de l'existence de ces circonstances exceptionnelles soit obtenue ensuite de l'autre partie intéressée ou soit clairement démontrée.
>
> 2. Le rétablissement de la situation initiale de respect de l'affectation à Hao dès que les motifs d'urgence invoqués pour justifier le rapatriement avaient disparu.
>
> 3. L'existence d'un effort de bonne foi pour tenter d'obtenir le consentement de la Nouvelle-Zélande conformément aux dispositions de l'Accord de 1986[392].»

En réalité, le danger couru par l'un des fonctionnaires, sans mettre nécessairement sa vie en péril, était réel et peut-être imminent, et n'a pas été nié par le médecin néo-zélandais qui a examiné l'intéressé ultérieurement. En revanche, dans le cas du second fonctionnaire,

---

[390] Il y a eu aussi des cas de violation d'une frontière terrestre pour sauver la vie d'une personne en danger. Voir par exemple le cas de la violation de la frontière autrichienne par des militaires italiens en 1862: *Étude du secrétariat*, par. 121.

[391] *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 254 et 255, par. 78.

[392] Ibid., p. 255, par. 79.

les justifications avancées (le besoin d'un examen médical pour cause de grossesse et le désir de rendre visite à son père mourrant) ne justifiaient pas la mesure d'urgence. Ni la vie de l'agent ni celle de l'enfant n'ont été menacées à aucun moment et il existait d'excellents moyens médicaux à proximité. Le Tribunal s'est prononcé comme suit:

> «De toute évidence, ces circonstances n'excluent en rien la responsabilité de la France pour le transfert du capitaine Prieur et n'excusent pas non plus la violation de ses obligations causées par la décision de ne pas ramener les deux agents à Hao (dans le cas du commandant Mafart, dès que les raisons de son transfert avaient disparu). Il s'est nettement produit là une violation de ses obligations...[393]»

5) De nombreux traités prévoient d'ailleurs la détresse en tant que circonstance justifiant un comportement qui sinon serait illicite. L'article 14, paragraphe 3, de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë reconnaît aux navires le droit de stoppage et de mouillage au cours de leur passage dans les eaux territoriales étrangères dans la mesure où l'arrêt ou le mouillage s'imposent au navire en état de détresse. Cette disposition est reprise pratiquement dans les mêmes termes à l'article 18, paragraphe 2, de la Convention de 1982 sur le droit de la mer[394]. Des dispositions semblables figurent dans les conventions internationales sur la prévention de la pollution en mer[395].

---

[393] Ibid., p. 263, par. 99.

[394] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, Nations Unies*, Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 4; voir aussi, art. 39, par. 1 *c*, 98 et 109.

[395] Voir, par exemple, la Convention internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures, Nations Unies*, Recueil des Traités,* vol. 327, p. 3, art. IV, par. 1 *a,*, qui dispose que l'interdiction de déverser en mer des hydrocarbures ne s'applique pas si ce fait est «effectué par un navire pour assurer sa sécurité, éviter une avarie au navire ou à la cargaison ou sauver des vies humaines en mer». Voir également la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières, Nations Unies*, Recueil des Traités*, vol. 1046, p. 129, dont l'article V, par. 1, dispose que l'interdiction de rejeter à la mer les déchets et autres matières en question ne s'applique pas «lorsqu'il est nécessaire d'assurer la sauvegarde de la vie humaine ou la sécurité des navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages en mer dans les cas ... dus ... à toutes autres causes et qui mettent en péril des vies humaines ou qui constituent une menace directe pour un navire, un aéronef, une plate-forme ou d'autres ouvrages en mer, sous réserve que l'immersion apparaisse comme le seul moyen de faire face à la menace...». Voir également la Convention pour la prévention de la pollution marine par les opérations d'immersion effectuées par les navires et aéronefs, Oslo, Nations Unies*, Recueil des Traités,* vol. 932, p. 4 et art. 8, par. 1; Convention internationale de

6) L'article 24 ne s'applique que dans les cas où la vie humaine est en danger. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Tribunal arbitral a semblé interpréter d'une manière plus large les circonstances justifiant l'invocation de l'exception de détresse, en acceptant apparemment qu'un risque sérieux pour la santé suffirait. Le problème que pose l'élargissement de l'article 24 à des situations qui ne mettent pas réellement la vie humaine en danger est de savoir où situer le seuil. Dans le cas où un aéronef se trouve dans une situation de détresse, il ne sera normalement pas difficile d'établir l'existence d'une menace pour la vie; mais dans les autres cas, l'éventail des hypothèses est large. Compte tenu du contexte du Chapitre V et étant donné qu'il y aura vraisemblablement d'autres solutions pour les cas où il n'existe pas une menace évidente pour la vie, il ne paraît pas nécessaire d'étendre le cas de détresse au-delà du cas où il y a menace pour la vie elle-même. Dans les cas où un agent de l'État se trouve dans une situation de détresse et doit agir pour sauver des vies, l'existence d'une situation de détresse doit être appréciée avec une certaine souplesse. Le critère selon lequel il n'existe «raisonnablement pas d'autre moyen» fixé à l'article 24 vise à établir un équilibre entre le souci de permettre à l'agent de choisir les moyens d'agir pour sauver des vies, d'une part, et la nécessité de limiter le champ de l'exception compte tenu de son caractère exceptionnel, d'autre part.

7) La situation de détresse ne peut être invoquée comme circonstance excluant l'illicéité que dans les cas où un agent de l'État a agi pour sauver sa vie ou dans les cas où il existe une relation spéciale entre l'organe ou l'agent de l'État et les personnes en danger. Elle ne s'applique pas aux cas d'urgence plus généraux, qui relèvent davantage de l'état de nécessité que de la détresse.

8) L'article 24 n'exclut l'illicéité du comportement qu'autant que ce comportement est nécessaire pour obvier à une situation qui menace la vie. Il ne dispense donc pas l'État ni son agent de respecter les autres obligations en vigueur (nationales ou internationales), comme l'obligation de déclarer l'arrivée aux autorités compétentes ou de fournir les renseignements pertinents sur le voyage, les passagers ou la cargaison[396].

1973 pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL), Nations Unies*, Recueil des Traités,* vol. 1341, p. 140, annexe 1, règle 11 *a*.

[396] Voir *Cushin and Lewi*s c. *R.*, [1935] Ex.C.R. 103 (un navire qui entre dans un port en état de détresse n'est pas exonéré de l'obligation de déclarer son voyage). Voir également *The Rebecca*

9) Comme dans le cas de la force majeure, une situation qui a été causée ou provoquée par l'État qui l'invoque n'est pas une situation de détresse. Dans de nombreux cas, l'État qui invoque la détresse peut avoir contribué, encore qu'indirectement, à la situation. Néanmoins, la priorité devrait être accordée aux mesures à prendre pour sauver des vies, et l'alinéa *a* du paragraphe 2 ne prévoit le rejet de l'exception de détresse que si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque. C'est la formule qui a été retenue pour la disposition énoncée au paragraphe 2 *a* de l'article 23[397].

10) La détresse ne peut exclure l'illicéité que lorsque les intérêts que l'on cherche à protéger (par exemple la vie des passagers ou des membres de l'équipage) l'emportent indiscutablement sur les autres intérêts en jeu dans les circonstances. Si le comportement que l'on cherche à justifier met en danger davantage de vies qu'il ne peut en sauver ou s'il est susceptible de créer un péril plus grave, il ne sera pas couvert par l'exception de détresse. Par exemple, un aéronef militaire transportant des explosifs peut provoquer une catastrophe en procédant à un atterrissage forcé; un sous-marin nucléaire connaissant une grave avarie peut causer une contamination radioactive dans le port où il a mouillé. L'alinéa *b* du paragraphe 2 dispose que la situation de détresse ne joue pas si le fait en question est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave. Cette disposition est conforme à la disposition du paragraphe 1, qui fixe un critère objectif: déterminer si l'agent n'avait «raisonnablement pas d'autre moyen» de sauver des vies. La notion de «péril comparable ou plus grave» doit être évaluée dans le contexte du but général qui consiste à sauver des vies.

(Commission des réclamations États-Unis d'Amérique-Mexique), *A.J.I.L.*, vol. 23 (1929), 860 (navire entré dans un port en situation de détresse; marchandise saisie pour cause d'infraction douanière; décision: l'entrée était raisonnablement nécessaire dans les circonstances et n'était donc pas une décision de convenance; la saisie est illicite); *The May* c. *R.* [1931] S.C.R. 374; *The Ship «Queen City»* c. *R.* [1931] S.C.R. 387; *R.* c. *Flahaut* [1935] 2 D.L.R. 685 (application du critère d'une «détresse réelle et irrésistible»).

[397] Voir le commentaire de l'article 23, par. 9).

Article 25

État de nécessité

1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait:

a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et

b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité:

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou

b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation.

Commentaire

1) L'expression «état de nécessité» est utilisée pour désigner les cas exceptionnels où le seul moyen qu'a un État de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent est, momentanément, l'inexécution d'une obligation internationale dont le poids ou l'urgence est moindre. Sous réserve des conditions strictement définies à l'article 25, cette circonstance est reconnue comme constituant une cause d'exclusion de l'illicéité.

2) Cette excuse de nécessité est exceptionnelle à plusieurs égards. À la différence du consentement (art. 20), de la légitime défense (art. 21) ou des contre-mesures (art. 22), elle ne dépend pas du comportement préalable de l'État lésé. À la différence de la force majeure (art. 23), elle ne concerne pas un comportement involontaire ou contraint. À la différence de la détresse (art. 24), la nécessité réside non pas dans un péril pour la vie de personnes qu'un agent de l'État a la charge de protéger, mais dans un péril grave menaçant soit les intérêts essentiels de l'État soit ceux de la communauté internationale dans son ensemble. Elle naît de l'existence d'un conflit insoluble, entre un intérêt essentiel, d'une part, et une obligation, d'autre part, de l'État invoquant l'état de nécessité. Ces caractéristiques particulières font que l'état de nécessité

ne pourra être que rarement invoqué pour excuser l'inexécution d'une obligation et que cette excuse est soumise à de strictes limitations pour prévenir les abus[398].

3) L'admission de l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité est largement étayée. Cette circonstance a été invoquée par des États et examinée par plusieurs juridictions internationales. Le moyen ainsi invoqué lors de ces affaires a été accepté dans son principe, ou du moins n'a pas été rejeté.

4) Dans un différend anglo-portugais de 1832, le Gouvernement portugais avait invoqué la nécessité urgente de pourvoir à la subsistance de certains contingents de troupes engagés dans la répression de troubles intérieurs, pour justifier l'appropriation qu'il avait faite de biens appartenant à des ressortissants britanniques, nonobstant ce que stipulait un traité. L'avis donné au Gouvernement britannique par ses conseillers juridiques fut que…

> «Les traités conclus entre notre pays et le Portugal [ne sont pas] de nature si rigide et inflexible qu'ils ne puissent subir aucune modification quelles que soient les circonstances, ou que leurs dispositions doivent être respectées à la lettre, au point que le Gouvernement portugais serait privé du droit d'avoir recours aux moyens qui peuvent être absolument indispensables pour assurer la sécurité de l'État, et même pour préserver son existence. L'étendue de la nécessité capable de justifier une telle saisie des biens de sujets britanniques dépend nécessairement des circonstances de l'espèce, mais elle doit être imminente et urgente[399].»

5) L'incident de la *«Caroline»* de 1837, bien que souvent cité comme un cas de légitime défense, faisait en réalité intervenir l'excuse de nécessité à une époque où le droit régissant l'emploi de la force ne reposait pas du tout sur les mêmes bases qu'aujourd'hui. Dans cette

---

[398] L'exemple classique d'un tel abus est le cas de l'occupation du Luxembourg et de la Belgique par l'Allemagne en 1914, occupation que l'Allemagne chercha à justifier par la nécessité. Voir notamment la note présentée le 2 août 1914 par le Ministre allemand à Bruxelles au Ministre belge des affaires étrangères, *in* J. B. Scott (dir. publ.), *Diplomatic Documents Relating to the Outbreak of the European War* (New York, Oxford University Press, 1916), 1re partie, p. 749 et 750, et le discours au Reichstag du Chancelier allemand, von Bethmann-Hollweg, du 4 août 1914, contenant la phrase bien connue: «wir sind jetzt in der Notwehr; und Not kennt kein Gebot!» («nous sommes dans un état de légitime défense, et la nécessité ne connaît pas de loi»). *Jahrbuch des Völkerrechts,* vol. III (1916), p. 728.

[399] A. D. McNair (dir. publ.), *International Law Opinions* (Cambridge University Press, 1956), vol. II, p. 232.

affaire, des forces armées britanniques avaient pénétré en territoire américain et attaqué et détruit un navire appartenant à des citoyens américains qui transportait des recrues et du matériel militaire et autre destinés aux insurgés canadiens. En réponse aux protestations américaines, le Ministre de Grande-Bretagne à Washington, Fox, parla de «nécessité de légitime défense et d'autoconservation»; cette excuse fut ensuite reprise par les conseillers juridiques consultés par le Gouvernement britannique, qui déclarèrent que «le comportement des autorités britanniques» était justifié car il était «absolument nécessaire comme mesure de précaution[400]». Le Secrétaire d'État américain Webster répliqua au Ministre Fox que «rien de moins qu'une nécessité claire et absolue ne [pouvait] justifier» la commission «d'actes hostiles sur le territoire d'une puissance en état de paix», et fit remarquer que le Gouvernement britannique devait prouver que l'action de ses forces avait vraiment été provoquée par «une nécessité de légitime défense, urgente, irrésistible et ne laissant ni le choix des moyens ni le temps de délibérer[401]». Dans son message au Congrès du 7 décembre 1841, le Président Tyler réaffirma que

> «ce gouvernement ne [pourrait] jamais autoriser aucun gouvernement étranger quel qu'il soit, sauf en cas de nécessité la plus urgente et la plus extrême, à envahir son territoire, que ce [fût] pour arrêter des personnes ayant violé le droit interne de ce gouvernement étranger ou pour détruire leurs biens…[402]»

L'incident ne fut clos qu'en 1842, à la suite d'un échange de lettres dans lesquelles les deux gouvernements convinrent qu'«il [était] possible que surgisse une situation de nécessité irrésistible, dans laquelle ce grand principe [pouvait] et [devait] être suspendu». «Il [devait] l'être – ajoutait Lord Ashburton, envoyé ad hoc du Gouvernement britannique à Washington – le moins longtemps possible pendant que subsistait une situation de nécessité impérieuse et

---

[400] Voir, respectivement: W. R. Manning (dir. publ.), *Diplomatic Correspondence of the United States: Canadian Relations 1784-1860* (Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1943), vol. III, p. 422; A. D. McNair (dir. publ.), *International Law Opinions* (Cambridge University Press, 1956), vol. II, p. 22.

[401] *British and Foreign State Papers*, vol. 29, p. 1129.

[402] *British and Foreign State Papers*, vol. 30, p. 194.

reconnue comme telle, et uniquement dans les limites les plus étroites imposées par cette situation[403]».

6) Lors de la controverse de 1893 concernant les «otaries à fourrure russes», l'«intérêt essentiel» à protéger d'un «péril grave et imminent» était l'environnement naturel dans une région qui n'était soumise à la juridiction d'aucun État ni à aucune réglementation internationale. Pour conjurer le danger d'extermination que faisait courir à une population d'otaries à fourrure une chasse non réglementée, le Gouvernement russe prit un décret interdisant la chasse dans une zone qui faisait partie de la haute mer. Dans une lettre du 12/24 février 1893 à l'Ambassadeur britannique, le Ministre russe des affaires étrangères expliqua que cette mesure avait été adoptée à cause de la «nécessité absolue de mesures provisoires immédiates», vu l'imminence de la saison de chasse. Il soulignait qu'il s'agissait essentiellement de mesures de précaution, prises «sous la pression de circonstances exceptionnelles[404]», et se déclarait prêt à conclure un accord avec le Gouvernement britannique pour régler de façon plus durable la question de la chasse des otaries dans la région.

7) Dans l'Affaire de l'*Indemnité russe,* le Gouvernement ottoman, pour justifier son retard dans le paiement de la dette qu'il avait contractée envers le Gouvernement russe, avait invoqué entre autres raisons le fait de s'être trouvé dans une situation financière extrêmement difficile, situation qu'il décrivait par l'expression de «force majeure» mais qui revêtait plutôt les aspects de l'état de nécessité. Le Tribunal arbitral admit le principe d'un tel moyen:

> «*L'exception de la force majeure*, invoquée en première ligne, est opposable en droit international public aussi bien qu'en droit privé; le droit international doit s'adapter aux nécessités politiques. Le Gouvernement impérial russe admet expressément […] que l'obligation pour un État d'exécuter les traités peut fléchir "si l'existence même de l'État vient à être en danger, si l'observation du devoir international est […] *self-destructive*"[405].»

---

[403] Ibid., p. 195. Voir la réponse du Secrétaire d'État Webster: ibid., p. 201.

[404] *British and Foreign State Papers*, vol. 86, p. 220; *Étude du secrétariat*, par. 155.

[405] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XI (1912) p. 443; *Étude du secrétariat,* par. 394.

Toutefois, de l'avis du Tribunal,

> «Il serait manifestement exagéré d'admettre que le paiement ou la conclusion d'un emprunt pour le paiement de la somme relativement minime d'environ 6 millions de francs due aux indemnitaires russes aurait mis en péril l'existence de l'Empire ottoman ou gravement compromis sa situation intérieure ou extérieure…[406]»

Selon elle, le respect de l'obligation internationale devait être «*self-destructive»* (autodestructif) pour que soit exclue l'illicéité du comportement non conforme à cette obligation[407].

8) Dans l'affaire de la *Société commerciale de Belgique*[408]*,* le Gouvernement grec devait de l'argent à une société belge en vertu de deux sentences arbitrales. La Belgique adressa une requête à la Cour permanente de Justice internationale pour qu'elle déclare que le Gouvernement grec, en refusant d'exécuter les sentences, violait ses obligations internationales.
Le Gouvernement grec invoqua pour sa défense la grave situation budgétaire et monétaire du pays[409]. La Cour indiqua qu'il n'entrait pas dans son mandat de dire si le Gouvernement grec était justifié à ne pas exécuter les sentences arbitrales. Elle admettait toutefois implicitement le principe de base, sur lequel les deux parties étaient d'accord[410].

---

[406] Ibid.

[407] Un cas dans lequel les parties au différend ont été d'accord pour reconnaître que de très graves difficultés financières pouvaient justifier un mode d'exécution de l'obligation autre que celui qui était prévu à l'origine est celui qui concernait l'exécution de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1405 (1933); voir Société des Nations, *Journal officiel,* 15e année, no 11 (1re partie) (novembre 1934), p. 1432.

[408] *Société commerciale de Belgique, 1939, C.P.J.I., série A/B no 78*, p. 160.

[409] *C.P.J.I., série C, no 87*, p. 141 et 190; *Étude du secrétariat,* par. 278. Voir d'une manière générale, pour l'argumentation grecque relative à l'état de nécessité, ibid., par. 276 à 287.

[410] *Société commerciale de Belgique, 1939, C.P.J.I., série A/B, no 78*, p. 160; *Étude du secrétariat*, par. 288. Voir aussi l'affaire des *Emprunts serbes*, dans laquelle les positions prises par les parties et la Cour sur ce point étaient très semblables: *Emprunts serbes*, *1929, C.P.J.I., série A, no 20*; *Étude du secrétariat,* par. 263 à 268; *French Company of Venezuela Railroads,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. X, (1902) p. 353; *Étude du secrétariat,* par. 385 et 386. Dans son opinion individuelle sur l'affaire *Oscar Chinn,* le juge Anzilotti a admis le principe selon lequel «la nécessité peut excuser l'inobservance des obligations

9) En mars 1967, le pétrolier libérien *Torrey Canyon* s'échoua sur des rochers submergés au large de la côte de Cornouailles en dehors des eaux territoriales britanniques, et de grandes quantités de pétrole se déversèrent en mer, constituant une menace pour les côtes anglaises. Après avoir tenté en vain par divers moyens de remédier à la situation, le Gouvernement britannique décida de bombarder le navire afin de détruire par le feu le pétrole resté à bord. Cette opération fut menée avec succès. Le Gouvernement britannique n'avança aucune justification juridique de son comportement mais il insista sur l'existence d'une situation de péril extrême et fit valoir que la décision de bombarder le navire n'avait été prise qu'après échec de tous les autres moyens[411]. Son action ne souleva aucune protestation internationale. Par la suite, une convention fut conclue pour couvrir les cas où, dans l'avenir, une intervention pourrait s'avérer nécessaire pour prévenir une grave pollution par les hydrocarbures[412].

10) Dans l'arbitrage du *Rainbow Warrior*, le Tribunal arbitral a dit douter de l'existence d'une excuse de nécessité. Il a constaté que le projet d'article de la Commission était censé «autoriser un État à agir de manière illicite en invoquant l'état de nécessité» et a déclaré que la proposition de la Commission présentait un caractère «controversé[413]».

11) En revanche, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[414]*,* la Cour internationale de Justice a examiné attentivement une argumentation fondée sur le projet d'article de la Commission (actuellement art. 25), acceptant explicitement le principe qu'il

---

internationales» mais a estimé, au vu des faits, qu'il n'était pas applicable en l'espèce: affaire *Oscar Chinn, 1934, C.P.J.I., série A/B, n° 63,* p. 113.

[411] *The «Torrey Canyon»,* Cmnd. 3246 (Londres, *Her Majesty's Stationery Office*, 1967).

[412] Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures, Nations Unies*, Recueil des Traités,* vol. 970, p. 211.

[413] *Rainbow Warrior* (*Nouvelle-Zélande/France*)*,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XX (1990), p. 254. Dans *Libyan Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi,* (1994), *I.L.R.,* vol. 96, p. 319, le tribunal a refusé de se prononcer sur l'opportunité d'une codification de la doctrine de l'état de nécessité, en constatant que les mesures prises par le Burundi ne semblaient pas avoir été le seul moyen dont il disposait pour protéger un intérêt essentiel d'un péril grave et imminent.

[414] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (*Hongrie/Slovaquie*)*, C.I.J. Recueil 1997,* p. 7.

consacre tout en rejetant sa pertinence dans les circonstances de l'espèce. S'agissant du principe même, la Cour a relevé que les parties s'étaient toutes deux appuyées sur ledit projet d'article, qui en donnait à leurs yeux une formulation appropriée, et a ajouté:

> «La Cour considère … que l'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale. Elle observe en outre que cette cause d'exclusion de l'illicéité ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel. Telle était aussi l'opinion de la Commission du droit international lorsqu'elle a expliqué qu'elle avait opté pour une forme négative… Ainsi, d'après la Commission, l'état de nécessité ne peut être invoqué qu'à certaines conditions, strictement définies, qui doivent être cumulativement réunies; et l'État concerné n'est pas seul juge de la réunion de ces conditions. Dans la présente affaire, les conditions de base suivantes … sont pertinentes: un "intérêt essentiel" de l'État auteur du fait contraire à l'une de ses obligations internationales doit avoir été en cause; cet intérêt doit avoir été menacé par un "péril grave et imminent"; le fait incriminé doit avoir été "le seul moyen" de sauvegarder ledit intérêt; ce fait ne doit pas avoir "gravement porté atteinte à un intérêt essentiel" de l'État à l'égard duquel l'obligation existait; et l'État auteur dudit fait ne doit pas avoir "contribué à la survenance de l'état de nécessité". Ces conditions reflètent le droit international coutumier[415].»

12) L'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* soulevait apparemment la question de l'état de nécessité[416]. L'Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest (OPANO) avait pris des mesures réglementaires pour protéger les stocks de poissons chevauchants mais, de l'avis du Canada, ces mesures s'étaient révélées inefficaces, pour diverses raisons. Par une loi de 1994 sur la protection des pêches côtières, le Canada a déclaré que les stocks chevauchants du Grand Banc étaient «menacés d'extinction», affirmant que la loi et ses règlements d'application avaient pour objet «de permettre au Canada de prendre les mesures d'urgence nécessaires pour mettre un terme à la destruction de ces stocks et les reconstituer». Des fonctionnaires canadiens ont par la suite arraisonné et saisi en haute mer un bateau de pêche espagnol, l'*Estai*, faisant naître un litige avec l'Union européenne et l'Espagne. Le Gouvernement espagnol a refusé d'admettre que la saisie pût être justifiée par des préoccupations de conservation «car elle viol[ait] ce qui [était] établi dans la Convention [OPANO] à laquelle le Canada [était] partie[417]».

---

[415] Ibid., p. 40 et 41, par. 51 et 52.

[416] *Compétence en matière de pêcheries (Espagne* c. *Canada), C.I.J. Recueil 1998*, p. 431.

[417] Cité dans l'arrêt de la Cour: *C.I.J. Recueil 1998*, p. 443, par. 20. Pour la protestation de l'Union européenne en date du 10 mars 1995, affirmant que l'arraisonnement «ne saurait se

Le Canada était de l'avis contraire, et a affirmé que «l'arrestation de l'*Estai* a[vait] été rendue nécessaire pour mettre fin à la surpêche du flétan du Groenland pratiquée par les pêcheurs espagnols[418]». La Cour s'est déclarée incompétente pour connaître de l'affaire[419].

13) L'existence d'une excuse de nécessité et ses limites sont depuis longtemps un objet de controverse entre les spécialistes. La plupart des auteurs anciens acceptaient implicitement cette excuse, en l'assortissant de conditions très restrictives[420]. Au XIX^e^ siècle, les abus auxquels a donné lieu cette doctrine, sous couvert des «droits fondamentaux des États» ont entraîné une réaction négative à son égard. Au XX^e^ siècle, le nombre d'auteurs opposés à la notion d'état de

---

justifier de quelque manière que ce soit», voir le mémoire du Royaume d'Espagne (septembre 1995), par. 15.

[418] *C.I.J. Recueil 1998,* p. 443, par. 20. Voir en outre le contre-mémoire du Canada (février 1996), par. 17 à 45.

[419] Dans un Mémorandum d'accord signé entre l'Union européenne et le Canada, le Canada s'est engagé à annuler les règlements appliquant la loi de 1994 aux navires espagnols et portugais dans la zone de l'OPANO et à libérer l'*Estai*. Les parties ont expressément maintenu leurs positions respectives «sur la conformité de l'amendement apporté le 25 mai 1994 à la loi sur la protection des pêches côtières du Canada et ses règlements d'application avec le droit international coutumier et la Convention de l'OPANO» et se sont réservé la faculté «de protéger et défendre leurs droits conformément au droit international». Voir Canada-Communauté européenne, Mémorandum d'accord sur la conservation et la gestion des stocks de poissons, Bruxelles, 20 avril 1995, *I.L.M.* (1995), vol. 34, p. 1260. Voir aussi l'Accord relatif à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, 8 septembre 1995, A/CONF.164/37.

[420] Voir B. Ayala, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari, libri tres* (1582) (Washington, Carnegie Institution, 1912), vol. II, p. 135; A. Gentili, *De jure belli, libri tres* (1612) (Oxford, Clarendon Press, 1933), vol. II, p. 351; H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres* (1646) (Oxford, Clarendon Press, 1925), vol. II, p. 193 (*Le droit de la guerre et de la paix*, tr. par J. Barbeyrac, Leyde, Aux dépens de la Compagnie, 1759, t. I^er^, p. 232 et suiv.); S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium, libri octo* (1688) (Oxford, Clarendon Press, 1934), vol. II, p. 295 et 296 (*Le droit de la nature et des gens*, tr. française de J. Barbeyrac, Amsterdam, Schelte, 1706, t. I^er^, p. 253 et 254); C. Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1764) (Oxford, Clarendon Press, 1934), vol. II, p. 173 et 174; E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle* (1758) (Washington, Carnegie Institution, 1916), vol. I, p. 341.

nécessité en droit international s'est accru mais la doctrine lui est demeurée globalement favorable[421].

14) Dans l'ensemble, la pratique des États et la jurisprudence étayent le point de vue selon lequel l'état de nécessité peut constituer une circonstance excluant l'illicéité dans certaines conditions très restrictives, et c'est ce point de vue que consacre l'article 25. La jurisprudence montre que l'état de nécessité a été invoqué pour exclure l'illicéité d'actes qui contrevenaient à une large gamme d'obligations, d'origine coutumière ou conventionnelle[422]. Il a été invoqué pour protéger des intérêts très divers, qu'il s'agisse de sauvegarder l'environnement, de préserver l'existence même de l'État et de ses ressortissants dans des situations d'urgence publique ou d'assurer la sécurité d'une population civile. Mais la possibilité d'exciper d'une telle circonstance est soumise à des conditions rigoureuses. Cela se trouve reflété à l'article 25. En particulier, pour bien marquer le caractère exceptionnel de l'état de nécessité et le souci de ne pas le voir invoquer abusivement, l'article 25 est formulé négativement («Un État ne peut invoquer … que si[423]»). Cette formulation est symétrique de celle de l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, relatif au changement fondamental de circonstances, symétrie que l'on retrouve ensuite au paragraphe 1, qui pose deux conditions en l'absence desquelles l'état de nécessité ne peut être invoqué, et au paragraphe 2, qui exclut entièrement deux situations du champ de l'excuse de nécessité[424].

---

[421] Pour un examen de la doctrine antérieure, voir *Annuaire… 1980*, vol. II, première partie, p. 45 à 47; voir également P. A. Pillitu, *Lo statuo di necessita nel diritto internazionale* (Pérouse, Université de Pérouse/Editrici Licosa, 1981); J. Barboza, «Necessity (Revisited) in International Law», *in* J. Makarczyk (dir. publ.), *Essays in Honour of Judge Mafred Lachs* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1984), p. 27; R. Boed, «State of Necessity as a Justification for Internationally wrongful Conduct», *Yale Human Rights & Development Law Journal,* vol. 3 (2000), p. 1.

[422] D'une manière générale, sur la non-pertinence de la source de l'obligation violée, voir l'article 12 et le commentaire y relatif.

[423] La Cour internationale de Justice a relevé cette formulation négative dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997,* p. 40, par. 51.

[424] Un autre cas d'exclusion, commun à toutes les circonstances excluant l'illicéité, est celui qui concerne les normes impératives: voir l'article 26 et le commentaire y relatif.

15) La première condition, énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 1, est que l'état de nécessité ne peut être invoqué que pour protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent. La mesure dans laquelle un intérêt donné est «essentiel» dépend de l'ensemble des circonstances, et ne peut être préjugée. Il peut s'agir d'intérêts propres à l'État et à ses ressortissants, comme d'intérêts de la communauté internationale dans son ensemble. Mais quel que soit l'intérêt en cause, ce n'est que lorsqu'il est menacé par un péril grave et imminent que cette condition est satisfaite. Le péril doit être objectivement établi, la seule appréhension d'un péril possible ne pouvant à cet égard suffire. Outre qu'il doit être grave, le péril doit être imminent, c'est-à-dire présenter un caractère de proximité. Cependant, comme l'a dit la Cour dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

> «Cela n'exclut pas … qu'un "péril" qui s'inscrirait dans le long terme puisse être tenu pour "imminent" dès lors qu'il serait établi, au moment considéré, que la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en serait pas moins certaine et inévitable[425].»

En outre, la ligne de conduite suivie doit être le «seul moyen» disponible pour protéger cet intérêt. L'excuse est irrecevable si d'autres moyens (par ailleurs licites) sont disponibles, même s'ils sont plus onéreux ou moins commodes. Ainsi, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour n'a pas été convaincue que la suspension unilatérale et l'abandon du projet étaient la seule façon d'agir possible dans les circonstances, eu égard en particulier à l'importance des travaux déjà réalisés et des sommes dépensées pour ces travaux, et à la possibilité de remédier aux problèmes éventuels par d'autres moyens[426]. Le terme «moyen» utilisé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 ne se limite pas à l'adoption de mesures unilatérales mais peut s'entendre aussi d'autres formes d'action susceptibles d'être entreprises en coopération avec d'autres États ou par l'intermédiaire d'organisations internationales (par exemple, s'agissant d'une pêcherie, l'adoption de mesures de conservation par l'entremise de l'organisme régional compétent en matière de pêche). Enfin, l'exigence de nécessité étant inhérente à l'excuse invoquée, tout comportement allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire au but énoncé est exclu.

---

[425] *C.I.J. Recueil 1997,* p. 42, par. 54.

[426] Ibid., p. 42 et 43, par. 55.

16) Il ne suffit pas, pour les besoins de l'alinéa *a* du paragraphe 1, que le péril soit simplement appréhendé ou qu'il ait un caractère éventuel. Mais force est d'admettre que sur les questions ayant trait, par exemple, à la conservation et à l'environnement ou à la sécurité de grands ouvrages, il existe souvent des incertitudes scientifiques, les spécialistes compétents pouvant avoir des avis divergents sur le point de savoir s'il y a péril ou dans quelle mesure le péril est grave ou imminent et si les moyens envisagés sont les seuls disponibles dans les circonstances. Par définition, l'état de nécessité suppose que le péril ne s'est pas encore matérialisé. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a déclaré que l'État invoquant la nécessité ne pouvait être seul juge de l'existence de celle-ci [427], mais le fait qu'une certaine incertitude demeure quant à l'avenir n'interdit pas forcément à un État d'invoquer cette circonstance si le péril est clairement avéré sur la base des éléments dont on peut raisonnablement disposer au moment considéré.

17) La seconde condition requise pour pouvoir invoquer l'état de nécessité, qui est énoncée à l'alinéa *b* du paragraphe 1, est que le comportement en cause ne doit pas porter gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'autre État ou des autres États concernés ou de la communauté internationale dans son ensemble[428]. Autrement dit, le poids de l'intérêt invoqué doit être tel qu'il l'emporte sur toutes les autres considérations, non seulement du point de vue de l'État auteur du fait dont il s'agit, mais selon une appréciation raisonnable des intérêts en présence, qu'ils soient individuels ou collectifs[429].

18) Du point de vue terminologique, il suffit de parler de «la communauté internationale dans son ensemble», plutôt que de reprendre la formule «la communauté internationale des États dans son ensemble» qui est utilisée dans le contexte particulier de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'insertion des mots «des États», dans cet article de la Convention de Vienne, était destinée à souligner l'importance primordiale qu'ont les États dans la formation du droit international, et notamment dans l'établissement de normes de caractère impératif. La Cour

---

[427] Ibid., p. 40, par. 51.

[428] Voir le paragraphe 18) du présent commentaire.

[429] Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a affirmé la nécessité de tenir compte de tout intérêt concurrent de l'autre État concerné: *C.I.J. Recueil 1997*, p. 46, par. 58.

internationale, quant à elle, a utilisé dans l'affaire de la *Barcelona Traction* la formule «communauté internationale dans son ensemble[430]», et cette formule est souvent employée dans des traités et autres instruments internationaux dans le même sens qu'au paragraphe 1 *b* de l'article 25[431].

19) Outre les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 25, le paragraphe 2 fixe deux limites à la possibilité d'invoquer l'état de nécessité, qui sont d'application générale, ainsi qu'il ressort des mots «en tout cas». L'alinéa *a* du paragraphe 2 vise les cas où la possibilité d'invoquer l'état de nécessité par l'obligation internationale en cause est exclue explicitement ou implicitement. Ainsi, certaines conventions humanitaires applicables aux conflits armés excluent expressément la possibilité d'invoquer une nécessité militaire. D'autres, sans exclure explicitement l'excuse de nécessité, sont destinées à s'appliquer dans des situations anormales de péril pour l'État responsable et mettent manifestement en jeu ses intérêts essentiels: en pareil cas, l'impossibilité d'invoquer la nécessité découle clairement de l'objet et du but de la règle énoncée.

20) Aux termes de l'alinéa *b* du paragraphe 2, l'État responsable ne peut invoquer l'état de nécessité s'il a contribué à la survenance de cette situation. Ainsi, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros,* la Cour a considéré que la Hongrie ayant «contribué, par action ou omission, à la survenance» de l'état de nécessité allégué, elle ne pouvait plus faire valoir cet

---

[430] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, deuxième phase*, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33.

[431] Voir par exemple: Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, p. 167, troisième alinéa du préambule; Convention internationale contre la prise d'otages, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1316, p. 205, quatrième alinéa du préambule; Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, 10 mars 1988 (OMI, document SUA/CONF.15/Rev.1), *I.L.M.*, vol. 27 (1988), p. 665, cinquième alinéa du préambule; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, 9 décembre 1994, A/RES/49/59, troisième alinéa du préambule; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, 15 décembre 1997, A/RES/52/164, dixième alinéa du préambule; Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998 (A/CONF.183/9), neuvième alinéa du préambule; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, 9 décembre 1999, A/RES/54/109, ouverte à la signature le 10 janvier 2000, neuvième alinéa du préambule.

état comme cause d'exclusion de l'illicéité[432]. L'alinéa *b* du paragraphe 2 n'interdit à l'État d'invoquer la nécessité que si sa contribution à la survenance de la situation de nécessité est substantielle et non pas simplement accessoire ou secondaire. L'alinéa *b* du paragraphe 2 est formulé en termes plus catégoriques que les alinéas *a* des paragraphes 2 de l'article 23 et de l'article 24, parce que la nécessité doit être plus étroitement délimitée.

21) Tel qu'il est conçu à l'article 25, l'état de nécessité n'est pas censé être invoqué à propos de comportements qui sont en principe réglés par les obligations primaires. Ce point revêt une importance particulière à propos des règles relatives à l'emploi de la force dans les relations internationales et de la question de la «nécessité militaire». Dans un petit nombre de cas, l'état de nécessité a certes été invoqué pour justifier une action militaire à l'étranger, notamment dans le contexte d'interventions présentées comme humanitaires[433]. La question de savoir si des mesures d'intervention humanitaire assorties de l'usage de la force et n'ayant pas la sanction du Chapitre VII ou VIII de la Charte des Nations Unies peuvent être légitimes au regard du droit international moderne n'entre pas dans le champ de l'article 25[434]. Il en va de même pour la doctrine de la «nécessité militaire», critère qui est à la base même d'une série de règles de fond du droit de la guerre et de la neutralité et qui est en outre expressément prévu par un grand nombre de dispositions conventionnelles du droit international humanitaire[435]. Dans les deux cas,

---

[432] *C.I.J. Recueil 1997,* p. 46, par. 57.

[433] Ainsi, en 1960, la Belgique a invoqué la nécessité pour justifier son intervention militaire au Congo. La question a été débattue au sein du Conseil de sécurité, mais non sous l'angle de l'excuse de nécessité en tant que telle. Voir: *Documents officiels du Conseil de sécurité, quinzième année,* 873e séance, 13/14 juillet 1960, par. 144, 182 et 192; 877e séance, 20/21 juillet 1960, par. 31 et suiv., par. 142; 878e séance, 21 juillet 1960, par. 23 et 65; 879e séance, 21/22 juillet 1960, par. 80 et suiv., 118 et 151. Pour l'incident de la «*Caroline*», voir par. 5) ci-dessus.

[434] Voir aussi l'article 26 et son commentaire au sujet des comportements violant une norme impérative et de leur exclusion générale du champ des circonstances excluant l'illicéité.

[435] Voir par exemple l'alinéa *g* de l'article 23 du Règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (annexé à la Convention II de 1899 et à la Convention IV de 1907), qui interdit de détruire des propriétés ennemies «sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre»: J.B. Scott (dir. publ.), *The Proceedings of The Hague Peace Conferences:* The Confence of 1907 (New York, Oxford University Press, 1920), vol. I, p. 623. De même, le paragraphe 5 de l'article 54

même si des considérations voisines de celles qui sous-tendent l'article 25 peuvent intervenir, il en sera tenu compte dans le contexte de la formulation et de l'interprétation des obligations primaires[436].

Article 26

Respect de normes impératives

Aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

Commentaire

1) Selon l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, tout traité qui est en conflit avec une norme impérative du droit international général est nul. Selon l'article 64, un traité antérieur qui est en conflit avec une norme impérative nouvelle devient nul et prend fin[437]. La question se pose de savoir quelles incidences ces dispositions peuvent avoir dans les matières faisant l'objet du chapitre V.

---

du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 3, paraît autoriser les attaques contre des biens indispensables à la survie de la population civile si «des nécessités militaires impérieuses» l'exigent.

[436] Voir par exemple M. Huber, «Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsraison», *Zeitschrift für Völkerrecht*, vol. VII (1913), p. 351; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* (Rome, Athenaeum, 1915), vol. III, p. 207; C. de Visscher, «Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité», *R.G.D.I.P.*, vol. XXIV (1917), p. 74; N. C. H. Dunbar, «Military necessity in war crimes trials», *B.Y.I.L.*, vol. 29 (1952), p. 442; C. Greenwood, «Historical Development and Legal Basis» *in*: *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford, Oxford University Press, 1995), p. 30 à 33; Y. Dinstein, «Military Necessity»*, in* R. Bernhardt (dir. publ.): *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North Holland, 1997), vol. III, p. 395 à 397.

[437] Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331. Voir aussi l'article 44, paragraphe 5, selon lequel, dans les cas relevant de l'article 53, la division des dispositions du traité n'est pas admise.

2) Fitzmaurice, en sa qualité de Rapporteur spécial sur le droit des traités, a fondé son traitement de cette question sur une condition implicite de «maintien de la compatibilité avec le droit international», déclarant:

> «Une obligation conventionnelle dont l'observation est incompatible avec une nouvelle règle ou interdiction du droit international (*jus cogens*) justifie (et exige même) la non-exécution de cette obligation conventionnelle… Le même principe vaut lorsque, postérieurement à la conclusion du traité, des circonstances surviennent qui font jouer une règle existante du droit international, laquelle ne s'appliquait pas à la situation telle qu'elle existait au moment de la conclusion du traité[438].»

La Commission n'a pas toutefois proposé d'article particulier sur cette question en plus des articles 53 et 64 de la Convention elle-même.

3) Lorsqu'il y a un conflit apparent entre des obligations primaires, dont l'une découle directement pour un État d'une norme impérative du droit international général, il est évident qu'une telle obligation doit prévaloir. Les processus d'interprétation et d'application devraient permettre de résoudre de telles questions sans qu'il soit besoin de recourir aux règles secondaires de la responsabilité des États. En théorie, il est concevable qu'un conflit puisse survenir ultérieurement entre une obligation conventionnelle à première vue licite et d'objet innocent et une norme impérative. Si un tel cas se présentait, il serait excessif d'annuler l'ensemble du traité en cause simplement parce que son application dans le cas considéré n'a pas été prévue. Mais, dans la pratique, il ne semble pas que de telles situations se soient produites[439]. Même si le cas venait à se poser, les normes impératives du droit international général génèrent de puissants principes d'interprétation qui devraient permettre de résoudre la totalité ou la plupart des conflits apparents.

4) Il apparaît néanmoins souhaitable de faire ressortir clairement que les circonstances excluant l'illicéité prévues au chapitre V de la première partie n'autorisent ni n'excusent aucune

---

[438] Fitzmaurice, «Quatrième rapport sur le droit des traités», *Annuaire ... 1959*, vol. II, p. 47. Voir aussi Rosenne, *Breach of Treaty* (Cambridge, Grotius, 1985), p. 63.

[439] Pour une possible analogie, voir les remarques de M. Lauterpacht, juge ad hoc, dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 439 à 441. La Cour n'a pas abordé ces questions dans son ordonnance.

dérogation à une norme impérative du droit international général. Ainsi, il n'est pas permis à un État prenant des contre-mesures de déroger à une telle norme: un génocide, par exemple, ne saurait justifier un contre-génocide[440]. De même, l'état de nécessité ne peut excuser la violation d'une norme impérative. On pourrait incorporer ce principe en termes exprès dans chacun des articles du chapitre V mais il est plus économique, en même temps que plus approprié eu égard au caractère prépondérant de cette catégorie de normes, d'énoncer ce principe fondamental séparément. D'où l'article 26, qui précise qu'aucune disposition du chapitre V ne peut exclure l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général[441].

5) Les critères à appliquer pour identifier les normes impératives du droit international général sont exigeants. Selon l'article 53 de la Convention de Vienne, la norme considérée doit non seulement satisfaire à tous les critères régissant sa reconnaissance en tant que norme du droit international général, obligatoire à ce titre, mais en outre être reconnue comme impérative par la communauté internationale des États dans son ensemble. Jusqu'à présent, assez peu de normes impératives ont été reconnues comme telles. Mais diverses juridictions, nationales et internationales, ont affirmé l'idée de normes impératives dans des contextes ne se limitant pas à la validité de traités[442]. Les normes impératives qui sont clairement acceptées et reconnues sont les interdictions

---

[440] Comme l'a noté la Cour internationale dans son ordonnance sur les demandes reconventionnelles dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide,* «en aucun cas une violation de la Convention ne pourrait servir d'excuse à une autre violation de celle-ci»: *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, demandes reconventionnelles, C.I.J. Recueil 1997*, p. 258, par. 35.

[441] Par commodité, cette limitation est à nouveau énoncée à propos des contre-mesures dans la troisième partie, au chapitre II. Voir l'article 50 et le commentaire y relatif, par. 9) et 10).

[442] Voir par exemple les décisions rendues par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire IT-95-17/1-T, *Le Procureur* c. *Anto Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, *I.L.M.*, vol. 38 (1999), p. 317, et par la Chambre des lords britannique dans l'affaire *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (n° 3)* [1999] 2 All ER 97, particulièrement p. 108 et 109 et 114 et 115 (Lord Browne-Wilkinson). Cf. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996*, p. 257, par. 79.

de l'agression, du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture, ainsi que le droit à l'autodétermination[443].

6) Selon l'article 26, les circonstances excluant l'illicéité ne peuvent servir à justifier ou excuser l'inobservation par un État des obligations qui lui incombent en vertu d'une règle impérative du droit international général. L'article 26 ne s'intéresse pas à la question de savoir s'il y a eu préalablement, dans le cas considéré, semblable inobservation. Ce point présente une pertinence particulière à propos de certains articles du chapitre V. Un État ne peut exonérer un autre État de l'obligation de se conformer à une norme impérative, concernant par exemple le génocide ou la torture, que ce soit par traité ou autrement[444]. Mais, pour la mise en œuvre de certaines normes impératives, le consentement d'un État particulier peut être pertinent. Par exemple, un État peut valablement consentir à une présence militaire étrangère sur son territoire dans un but licite. Quant à déterminer dans quelles circonstances un tel consentement est donné valablement, cela relève, là encore, d'autres règles du droit international, et non des règles secondaires de la responsabilité des États[445].

Article 27

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice:

a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus;

b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question.

---

[443] Cf. *Timor oriental* (*Portugal* c. *Australie*), *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, par. 29.

[444] Voir le commentaire de l'article 20, par. 4) à 7).

[445] Voir le commentaire de l'article 45, par. 4).

Commentaire

1) L'article 27 est une clause «sans préjudice» qui traite de certaines conséquences de l'invocation de circonstances excluant l'illicéité en vertu du chapitre V. Il s'articule autour de deux questions. En premier lieu, il indique clairement que les circonstances excluant l'illicéité n'affectent pas en tant que telles l'obligation sous-jacente, de sorte que si la circonstance n'existe plus, l'obligation est à nouveau pleinement en vigueur et son effet est pleinement restauré. En deuxième lieu, il fait mention de la possibilité d'une indemnisation dans certains cas. L'article 27 est présenté sous forme de clause «sans préjudice» parce que, s'agissant du premier point, il se peut que les faits qui dénotent l'existence d'une circonstance excluant l'illicéité et que cela ait aussi pour effet de mettre fin à l'obligation et, s'agissant du deuxième point, il n'est pas possible de préciser de manière générale à quel moment l'indemnisation doit être versée.

2) L'alinéa *a* de l'article 27 pose la question de savoir ce qui arrive lorsqu'une condition faisant obstacle au respect d'une obligation n'existe plus ou cesse progressivement de s'appliquer. Il en ressort clairement que le chapitre V a uniquement pour effet d'exclure l'illicéité dans certaines circonstances. Une fois que et dans la mesure où une circonstance excluant l'illicéité cesse d'exister, ou cesse d'avoir un effet exonératoire pour une raison quelconque, l'obligation en question (à supposer qu'elle soit toujours en vigueur) devra de nouveau être observée, et l'État dont l'inobservation antérieure a été excusée devra agir en conséquence. Les mots «et dans la mesure où» sont destinés à couvrir les situations dans lesquelles les conditions empêchant le respect de l'obligation disparaissent progressivement et permettent de l'exécuter partiellement.

3) Ce principe a été affirmé par le Tribunal arbitral dans l'affaire du *Rainbow Warrior*[446] et encore plus clairement par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[447]. Lorsqu'elle a examiné l'argument de la Hongrie, qui faisait valoir que l'état de nécessité constituait une circonstance excluant l'illicéité du comportement qu'elle avait adopté en cessant tous travaux sur le projet, la Cour a fait observer que «dès que l'état

---

[446] *Rainbow Warrior* (*Nouvelle Zélande/France*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 251 et 252, par. 75.

[447] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (*Hongrie/Slovaquie*), *C.I.J. Recueil 1997,* p. 7.

de nécessité disparaît, le devoir de s'acquitter des obligations découlant du traité renaît[448]».
Il peut arriver que les circonstances particulières qui excluent l'illicéité constituent simultanément, une base suffisante pour mettre fin à l'obligation sous-jacente. Ainsi, une violation d'un traité justifiant des contre-mesures peut être «substantielle» au sens de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 et autoriser l'extinction du traité par l'État lésé. Inversement, l'obligation peut être pleinement rétablie ou son effet peut être pleinement restauré en principe, mais il faut régler les modalités de la reprise de son exécution. Ce ne sont pas là des aspects que le projet d'article 27 peut régler, sauf à prévoir que l'invocation de circonstances excluant l'illicéité est sans préjudice «du respect de l'obligation en question, si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus». Ici, l'expression «respect de l'obligation en question» s'entend également de la cessation du comportement illicite.

4) L'alinéa *b* de l'article 27 énonce une réserve au sujet de l'indemnisation éventuelle des dommages dans les cas visés par le chapitre V. Bien que le mot «indemnisation» y soit employé, cet alinéa ne traite pas de l'indemnisation dans le cadre de la réparation d'un comportement illicite, qui fait l'objet de l'article 34. Il porte plutôt sur la question de savoir si un État qui invoque une circonstance excluant l'illicéité devrait néanmoins réparer toute perte effective subie par tout État lésé directement. Il est fait référence à une «perte effective» ce qui est plus restrictif que la notion de dommage que l'on trouve dans d'autres articles: l'article 27 ne traite que de la réparation des pertes qui peuvent se produire lorsqu'une des parties invoque une circonstance visée au chapitre V.

5) L'alinéa *b* énonce une condition légitime, dans certains cas, pour permettre à un État de se prévaloir d'une circonstance excluant l'illicéité. En l'absence d'une telle possibilité, l'État dont le comportement serait normalement illicite pourrait faire supporter à un État tiers innocent le coût de la défense de ses propres intérêts ou préoccupations. La Hongrie a accepté ce principe lorsqu'elle a invoqué le moyen de la nécessité dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros.*

---

[448] Ibid., p. 63, par. 101; voir également ibid., p. 38, par. 47.

Comme la Cour l'a relevé, «la Hongrie a expressément reconnu qu'en tout état de cause un tel état de nécessité ne la dispenserait pas de devoir dédommager son partenaire[449]».

6) L'alinéa *b* ne vise pas à préciser dans quelles circonstances une indemnisation doit être versée. En général l'éventail des situations possibles visées par le chapitre V est tel qu'il n'est pas approprié d'établir un régime détaillé de l'indemnisation. Il appartiendra à l'État qui invoque une circonstance excluant l'illicéité de s'entendre avec les États atteints sur le versement éventuel d'indemnités et le montant de celles-ci en l'espèce.y

DEUXIÈME PARTIE

CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT

1) Alors que la première partie des articles définit les conditions générales qui doivent être réunies pour que la responsabilité de l'État soit engagée, la deuxième partie traite des conséquences juridiques à la charge de l'État responsable. Il est vrai qu'un État peut avoir à supporter les conséquences juridiques d'un comportement qui est internationalement illicite en dehors du champ de la responsabilité des États. Par exemple, la violation substantielle d'un traité peut donner à un État lésé le droit de mettre fin au traité ou de suspendre son application en totalité ou en partie[450]. La deuxième partie est axée toutefois sur la nouvelle relation juridique qui découle de la commission par un État d'un fait internationalement illicite. C'est ce qui constitue le fond ou le contenu de la responsabilité internationale d'un État en vertu des articles.

---

[449] Ibid., p. 39, par. 48. Une autre question se posait, celle du montant des dommages et intérêts dus associés au projet: ibid., p. 81, par. 152 et 153.

[450] Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 60.

2) Dans le domaine de la responsabilité des États, les conséquences qui découlent du fait internationalement illicite d'un État peuvent être expressément prévues de façon à exclure d'autres conséquences, en totalité ou en partie[451]. En l'absence de disposition spécifique, le droit international attribue toutefois à l'État responsable de nouvelles obligations et en particulier l'obligation de réparer les conséquences néfastes résultant de ce fait. Le lien étroit qui existe entre la violation d'une obligation internationale et sa conséquence juridique immédiate, soit l'obligation de réparation, a été reconnu à l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale qui a été repris tel quel dans l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la C470ur internationale de Justice. Conformément à cet article, les États parties au Statut peuvent déclarer reconnaître comme obligatoire la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet notamment…:

> «c) La réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international;
>
> d) La nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international.»

Les règles juridiques générales applicables aux questions qui font l'objet de ces deux alinéas sont énoncées pour l'alinéa *c* dans la première partie et pour l'alinéa *d* dans la deuxième partie des articles.

3) La deuxième partie comprend trois chapitres. Le chapitre premier énonce certains principes généraux et précise la portée de la deuxième partie. Le chapitre II est axé sur les formes de la réparation (restitution, indemnisation, satisfaction) et les relations entre elles. Le chapitre III traite de la situation spéciale qui se présente en cas de violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général et précise certaines conséquences juridiques de ces violations tant pour l'État responsable que pour d'autres États.

---

[451] À propos du principe de la *lex specialis* en relation avec la responsabilité des États, voir l'article 55 et le commentaire y relatif.

Chapitre premier

Principes généraux

1) Le chapitre premier de la deuxième partie comprend six articles qui définissent de manière générale les conséquences juridiques du fait internationalement illicite d'un État. Les violations individuelles du droit international peuvent considérablement varier allant de violations relativement légères ou mineures à des violations qui mettent en danger la survie de collectivités et de peuples, l'intégrité territoriale et l'indépendance politique d'États ainsi que l'environnement de régions tout entières. Il peut en être ainsi qu'il s'agisse d'obligations envers un autre État, certains États ou tous les États ou envers la communauté internationale dans son ensemble. Mais au-delà de la gravité ou des effets de ces violations individuelles, les règles et les institutions qui régissent la responsabilité des États sont importantes pour le maintien du respect du droit international et pour la réalisation des objectifs que les États s'efforcent d'atteindre par l'élaboration de normes au niveau international.

2) Dans le chapitre premier, l'article 28 est un article introductif, qui énonce le principe selon lequel tout fait internationalement illicite d'un État a des conséquences juridiques. L'article 29 indique que ces conséquences sont sans préjudice de l'obligation continue de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée et ne remplacent pas cette obligation. Ce point est explicité par l'article 30, qui traite de l'obligation de cessation et des assurances et garanties de non-répétition. L'article 31 énonce l'obligation générale de réparation du préjudice subi par suite d'une violation du droit international par un État. L'article 32 indique clairement que l'État responsable ne peut pas se prévaloir de son droit interne pour échapper à l'obligation de cessation et de réparation prévue dans la deuxième partie. Enfin, l'article 33 précise la portée de cette partie en ce qui concerne tant les États auxquels des obligations sont dues que certaines conséquences juridiques qui, parce qu'elles profitent directement à des personnes ou entités autres que des États, ne sont pas visées par la deuxième ou la troisième partie des articles.

Article 28

Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite

La responsabilité internationale de l'État, qui, conformément aux dispositions de la première partie, résulte d'un fait internationalement illicite comporte les conséquences juridiques qui sont énoncées dans la présente partie.

Commentaire

1) L'article 28 sert d'introduction à la deuxième partie et a un caractère général. Il lie les dispositions de la première partie, qui indiquent quand la responsabilité internationale d'un État est engagée, avec les dispositions de la deuxième partie, qui énoncent les conséquences juridiques que comporte la responsabilité résultant d'un fait internationalement illicite.

2) Les conséquences juridiques essentielles d'un fait internationalement illicite énoncées dans la deuxième partie sont l'obligation pour l'État responsable de mettre fin au comportement illicite (art. 30) et de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite (art. 31). Lorsque le fait internationalement illicite constitue une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général, d'autres conséquences peuvent résulter de cette violation tant pour l'État responsable que pour d'autres États. En particulier, tous les États ont en pareil cas l'obligation de coopérer pour mettre fin à la violation, de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par la violation et de ne pas prêter aide ou assistance à l'État responsable en vue du maintien de la situation ainsi créée (art. 40 et 41).

3) L'article 28 n'exclut pas la possibilité qu'un fait internationalement illicite puisse entraîner des conséquences juridiques dans les relations entre l'État responsable de ce fait et des personnes ou des entités autres que des États. C'est ce qui découle de l'article premier qui vise toutes les obligations internationales *de* l'État et non pas seulement celles qui sont dues *à* d'autres États. Ainsi, la responsabilité des États s'étend par exemple aux violations des droits de l'homme et autres violations du droit international lorsque le bénéficiaire principal de l'obligation violée n'est pas un État. Toutefois, alors que la première partie s'applique à tous les cas dans lesquels un fait internationalement illicite peut être commis par un État, la deuxième partie a une portée plus limitée. Elle ne s'applique pas aux obligations de réparation dans la mesure où celles-ci

s'exercent envers une personne ou une entité autre qu'un État ou sont invoquées par cette personne ou cette entité. Autrement dit, les dispositions de la deuxième partie sont sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale d'un État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État et l'article 33 l'indique clairement.

Article 29

Maintien du devoir d'exécuter l'obligation

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues dans la présente partie n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée.

Commentaire

1) Lorsqu'un État commet une violation d'une obligation internationale, le rétablissement et l'avenir de la relation juridique à laquelle il a été ainsi porté atteinte revêtent une importance essentielle. Outre la question de la réparation, deux problèmes immédiats se posent, à savoir celui des conséquences du comportement de l'État responsable pour l'obligation qui a été violée et celui de la cessation de la violation si elle a un caractère continu. Le premier problème fait l'objet de l'article 29 et le deuxième de l'article 30.

2) L'article 29 énonce le principe général selon lequel les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Par suite du fait internationalement illicite, un nouvel ensemble de relations juridiques est établi entre l'État responsable et l'État ou les États auxquels l'obligation internationale est due. Cela ne signifie pas que la relation juridique préexistante établie par l'obligation primaire disparaît. Même si l'État responsable respecte l'obligation prévue dans la deuxième partie de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement le préjudice causé, il n'est pas dispensé de ce fait de son devoir d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Le maintien de l'obligation d'exécuter une obligation internationale, nonobstant une violation de celle-ci, sous-tend la notion de fait illicite continu (voir art. 14) et d'obligation de cessation (voir art. 30 *a*).

3) Il est vrai que dans certaines situations, l'effet de la violation d'une obligation peut être en définitive de mettre fin à l'obligation elle-même. Par exemple un État lésé par une violation

substantielle d'un traité bilatéral peut choisir de mettre fin au traité[452]. Mais comme les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités l'indiquent clairement, le simple fait de violer et même de rejeter un traité ne met pas fin au traité[453]. C'est à l'État lésé de réagir face à la violation dans la mesure permise par la Convention de Vienne. Il se peut que l'État lésé n'ait pas intérêt à mettre fin au traité plutôt qu'à demander le maintien de son application. Lorsqu'il est dûment mis fin à un traité par suite d'une violation, l'extinction du traité n'affecte pas les relations juridiques que le traité a fait naître avant son extinction, y compris l'obligation de réparer toute violation[454]. La violation d'une obligation au regard du droit international général est encore moins susceptible d'affecter l'obligation sous-jacente et n'aura d'ailleurs jamais cet effet en tant que telle. Par contre, l'obligation juridique secondaire de la responsabilité de l'État naît au moment où survient une violation et sans que l'État lésé ait à l'invoquer.

4) L'article 29 n'a pas à traiter de ces éventualités. Tout ce qu'il prévoit, c'est que les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite dans le domaine de la responsabilité de l'État n'affectent pas le maintien du devoir de respecter l'obligation qui a été violée. La question de savoir si et dans quelle mesure cette obligation subsiste en dépit de la violation ne relève pas du droit de la responsabilité des États mais des règles relatives à l'obligation primaire pertinente.

---

[452] Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 60.

[453] Dans l'affaire relative au *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, la Cour a considéré que des violations substantielles continues par les deux parties n'avaient pas pour effet de mettre fin au Traité de 1977: *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997*, p. 68, par. 114.

[454] Voir par exemple *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 266, avec renvoi à l'opinion dissidente de Sir McNair, Président, concernant l'affaire *Ambatielos, exception préliminaire, C.I.J. Recueil 1952,* p. 63. Sur ce point particulier, la Cour elle-même était d'accord: ibid., p. 45. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčikovo-Nagymaros,* la Hongrie a admis que les conséquences juridiques de sa décision de mettre fin au traité de 1977 en raison de la violation commise par la Tchécoslovaquie n'avaient qu'un caractère prospectif et ne portaient pas atteinte aux droits nés du traité pour l'une ou l'autre partie: *C.I.J. Recueil 1997*, p. 73 et 74, par. 125 à 127. La Cour a estimé que le traité était toujours en vigueur et n'a donc pas abordé la question..

Article 30

Cessation et non-répétition

L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation:

a) D'y mettre fin si ce fait continue;

b) D'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent.

Commentaire

1) L'article 30 traite de deux questions distinctes mais liées entre elles que soulève la violation d'une obligation internationale: la cessation du comportement illicite et l'offre d'assurances et garanties de non-répétition par l'État responsable si les circonstances l'exigent. Ce sont deux aspects du rétablissement et de la restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte. La cessation est en quelque sorte l'aspect négatif de l'exécution future, à savoir mettre fin à un comportement illicite continu alors que les assurances et garanties ont une fonction préventive et peuvent être considérées comme un renforcement positif de l'exécution future. Le maintien en vigueur de l'obligation sous-jacente doit être implicite dans les deux cas étant donné que si l'obligation a cessé d'exister du fait de sa violation, la question de la cessation ne se pose pas et il ne saurait être question d'assurances ni de garanties[455].

2) L'alinéa *a* de l'article 30 traite de l'obligation de l'État responsable du fait internationalement illicite de mettre fin au comportement illicite. Conformément à l'article 2, le mot «fait» désigne aussi bien une action qu'une omission. La cessation s'applique donc à tous les faits illicites qui se prolongent dans le temps, «que le comportement de l'État auteur soit une action ou une omission … puisqu'il peut y avoir cessation dans une abstention d'agir …[456]».

3) Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Tribunal arbitral a souligné que deux conditions essentielles étroitement liées entre elles devaient être réunies pour que naisse l'obligation de

---

[455] Cf. Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 70 1).

[456] *Rainbow Warrior,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 270, par. 113.

cessation du comportement illicite, à savoir «que l'acte illicite ait un caractère continu et que la règle violée soit toujours en vigueur au moment de l'émission de cette ordonnance[457]». L'obligation de mettre fin à un comportement illicite naît le plus couramment dans le cas d'un fait illicite continu[458], mais l'article 30 englobe également les situations dans lesquelles un État a violé une obligation à plusieurs occasions, ce qui implique un risque de répétition. La formule «si ce fait continue» qui figure à la fin de l'alinéa *a* de l'article vise à couvrir les deux situations.

4) La cessation du comportement en violation d'une obligation internationale est la première condition à remplir pour éliminer les conséquences du comportement illicite. Avec la réparation, c'est l'une des deux conséquences générales d'un fait internationalement illicite. La cessation est souvent le principal objet de la controverse suscitée par un comportement qui viole une obligation internationale[459]. Elle est fréquemment exigée non seulement par les États mais aussi par les organes d'organisations internationales tels que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité en cas de violation grave du droit international. Par contre, la réparation, aussi importante qu'elle soit dans de nombreux cas, peut ne pas être la question essentielle dans un litige entre États concernant les questions de responsabilité[460].

---

[457] Ibid., p. 270, par. 114.

[458] Pour la notion de fait illicite continu, voir le commentaire de l'article 14, par. 3) à 11).

[459] Le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce s'intéresse beaucoup plus aux problèmes de cessation que de réparation: Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, annexe 2, Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, notamment l'article 3 7), qui prévoit l'indemnisation seulement «si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé». Sur la distinction entre cessation et réparation dans le cadre de l'OMC, voir par exemple *Subventions australiennes fournies aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobile*, Rapport du Groupe spécial de règlement des différends de l'OMC, 21 janvier 2000 (document WT/DS126/RW), par. 6.49.

[460] Pour les cas où la Cour internationale a reconnu qu'il peut en être ainsi, voir par exemple l'affaire de *la compétence en matière de pêcherie*, *fond* (*République fédérale d'Allemagne* c. *Islande)*, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 201 à 205, par. 65 à 76; l'affaire relative au *Projet Gabčikovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997*, p. 81, par. 153. Voir également C. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 77 à 92.

5) La cessation a pour fonction de mettre fin à une violation du droit international et de préserver la validité et l'efficacité de la règle primaire sous-jacente. L'obligation de cessation qui incombe à l'État responsable sert ainsi à protéger aussi bien l'intérêt de l'État ou des États lésés que l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble à préserver l'état de droit et à s'appuyer sur lui.

6) Il existe plusieurs raisons de considérer la cessation comme étant plus qu'un simple élément du devoir d'exécuter l'obligation primaire. Premièrement, la question de la cessation ne se pose qu'en cas de violation. Ce qui doit se produire alors dépend non seulement de l'interprétation de l'obligation primaire mais aussi des règles secondaires relatives aux recours et il est approprié de les traiter, du moins d'une manière générale, dans les articles relatifs aux conséquences d'un fait internationalement illicite. Deuxièmement, les faits illicites continus sont une caractéristique commune des affaires de responsabilité des États et font l'objet d'une disposition distincte, l'article 14. Il est nécessaire d'énoncer les conséquences de tels faits dans la deuxième partie.

7) La question de la cessation est souvent étroitement liée à celle de la réparation et en particulier de la restitution. Le résultat de la cessation est parfois impossible à distinguer de la restitution, par exemple dans les cas impliquant la libération d'otages ou la restitution d'objets ou de locaux confisqués. Il convient toutefois de les distinguer. À la différence de la restitution, la cessation n'est pas soumise aux limitations imposées par le critère de la proportionnalité[461]. Elle peut donner lieu à une obligation continue alors même que le retour au *statu quo ante* est exclu ou n'est réalisable que de manière approximative.

8) La difficulté à distinguer entre la cessation et la restitution est illustrée par l'affaire du *Rainbow Warrior*. La Nouvelle-Zélande demandait le retour des deux agents sur l'île d'Hao. Selon la Nouvelle-Zélande, la France était dans l'obligation de les renvoyer et de les détenir sur l'île jusqu'à la fin du délai de trois ans; cette obligation n'avait pas expiré, le temps passé hors de l'île ne pouvant compter à cette fin. Le Tribunal arbitral exprima son désaccord. De son point de vue, l'obligation valait pour une période fixe qui avait expiré et le problème de la cessation

---

[461] Voir l'article 35 *b* et le commentaire y relatif.

ne pouvait donc se poser[462]. À l'évidence, le retour des deux agents sur l'île n'avait aucune valeur pour la Nouvelle-Zélande si la France n'avait pas l'obligation continue de les y maintenir. Ainsi, le retour au *statu quo ante* peut avoir peu de valeur, voire aucune, si l'obligation violée s'est éteinte. Inversement, l'État lésé peut ne pas avoir le choix de renoncer à la restitution si l'exécution continue de l'obligation violée incombe à l'État responsable et si l'État lésé n'a pas le pouvoir de le libérer de ce pouvoir d'exécution. La distinction entre cessation et restitution peut avoir des conséquences importantes du point de vue des États concernés.

9) L'alinéa *b* de l'article 30 traite de l'obligation de l'État responsable d'offrir des assurances et garanties appropriées de non-répétition, si les circonstances l'exigent. Les assurances et garanties visent à rétablir la confiance dans une relation continue, bien qu'elles offrent beaucoup plus de souplesse que la cessation et ne soient pas exigées dans tous les cas. Elles sont le plus souvent demandées lorsque l'État lésé a des raisons de penser que le simple retour à la situation préexistante ne le protège pas de manière satisfaisante. Par exemple, à la suite de manifestations répétées contre l'ambassade des États-Unis à Moscou en 1964-1965, le Président Johnson a affirmé que:

> «Les États-Unis doivent insister pour que leurs propriétés et leur personnel diplomatique reçoivent la protection exigée par le droit international et par l'usage, protection qui est nécessaire à la conduite des relations diplomatiques entre les États. Des expressions de regret et l'offre d'une indemnité ne sauraient tenir lieu de protection adéquate[463].»

Ces mesures de réparation ne sont pas toujours exprimées sous forme de demande d'assurances ou de garanties, mais les assurances et garanties ont l'avantage d'être tournées vers l'avenir et visent à empêcher d'autres violations potentielles. Elles sont axées sur la prévention plutôt que sur la réparation et sont comprises dans l'article 30.

10) La question de savoir si l'obligation d'offrir des assurances et garanties de non-répétition peut être une conséquence juridique d'un fait internationalement illicite a été débattue dans le cadre de l'affaire *LaGrand*[464]. Celle-ci portait sur le manquement reconnu à l'obligation de

---

[462] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 266, par. 105.

[463] Publié dans *I.L.M.*, vol. IV (1965), p. 698.

[464] *LaGrand (Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique)*, *fond*, arrêt du 27 juin 2001.

notification consulaire prévue à l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963. Dans sa quatrième conclusion, l'Allemagne a demandé des assurances et garanties générales et spécifiques quant aux moyens mis en œuvre pour assurer le respect ultérieur de la Convention. Les États-Unis ont fait valoir qu'offrir de telles assurances ou garanties allait bien au-delà de l'étendue des obligations découlant de la Convention et que la Cour n'était pas compétente pour ordonner de telles mesures. En tout état de cause, des assurances et garanties de ce type étaient sans précédent et ne devraient pas être exigées. Le droit à réparation de l'Allemagne n'allait pas au-delà d'excuses, excuses que les États-Unis avaient présentées. Par ailleurs, des assurances ou garanties n'étaient pas appropriées compte tenu des nombreuses mesures qu'ils avaient prises pour que ses agents au niveau fédéral et au niveau des États respectent à l'avenir la Convention. Sur la question de la compétence, la Cour a estimé

> «qu'un différend portant sur les voies de droit à mettre en œuvre au titre d'une violation de la Convention qu'invoque l'Allemagne est un différend concernant l'interprétation ou l'application de la Convention et qui de ce fait relève de la compétence de la Cour. S'il est établi que la Cour a compétence pour connaître d'un différend portant sur une question déterminée, elle n'a pas besoin d'une base de compétence distincte pour examiner les remèdes demandés par une partie pour la violation en cause. La Cour a par suite compétence en l'espèce pour connaître de la quatrième conclusion de l'Allemagne[465]».

Sur la question du caractère approprié de la demande, la Cour a considéré que des excuses ne suffisaient pas chaque fois que des étrangers avaient «fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères» par suite d'un manquement à l'obligation de notification consulaire[466]. Compte tenu des informations données par les États-Unis concernant les mesures prises pour assurer désormais le respect de cette obligation, la Cour a toutefois estimé

> «que l'engagement pris par les États-Unis d'assurer la mise en œuvre des mesures spécifiques adoptées en exécution de leurs obligations au titre de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 36 doit être considéré comme satisfaisant à la demande de l'Allemagne visant à obtenir une assurance générale de non-répétition[467]».

---

[465] Ibid., par. 48, citant l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, *compétence*, 1927, *C.P.J.I., série A, n^{o} 9*, p. 22.

[466] *LaGrand, fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 123.

[467] Ibid., par. 124; voir aussi le dispositif, par. 128 6).

En ce qui concerne les assurances spécifiques demandées par l'Allemagne, la Cour s'est bornée à dire que…

> «… si les États-Unis, en dépit de l'engagement visé au … manquaient à leur obligation de notification consulaire au détriment de ressortissants allemands, des excuses ne suffiraient pas dans les cas où les intéressés auraient fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères. Dans le cas d'une telle condamnation, les États-Unis devraient permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la Convention[468]».

La Cour a donc confirmé sa compétence pour examiner la quatrième conclusion de l'Allemagne et a répondu à celle-ci dans le dispositif. Elle n'a toutefois pas examiné la base juridique pour l'obtention d'assurances de non-répétition.

11) Un État peut chercher à obtenir des assurances ou garanties de non-répétition par voie de satisfaction (par exemple abrogation d'une loi qui a permis à la violation de se produire) et les deux formes de réparation se recouvrent donc dans la pratique[469]. Il vaut mieux toutefois considérer les assurances ou garanties de non-répétition comme un aspect du maintien et du rétablissement de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte. Lorsqu'un État lésé cherche à obtenir des assurances et garanties de non-répétition, c'est essentiellement pour renforcer une relation juridique continue et l'accent est mis sur le respect futur d'une obligation et non pas sur sa violation passée. En outre, les assurances et garanties de non-répétition peuvent être exigées par un État autre que l'État lésé conformément aux dispositions de l'article 48.

12) Les assurances sont normalement données oralement alors que les garanties de non-répétition impliquent davantage – par exemple l'adoption par l'État responsable de mesures préventives pour éviter que la violation ne se reproduise. En ce qui concerne le type de garanties qui peuvent être demandées, la pratique internationale n'est pas uniforme. L'État lésé demande généralement soit des garanties contre la répétition du fait illicite sans préciser la forme qu'elles doivent prendre[470] soit, si l'acte illicite affecte ses nationaux, une meilleure protection des

---

[468] Ibid., par. 125 ; voir aussi ibid., par. 127, et le dispositif, par. 128 7).

[469] Voir le commentaire de l'article 36, par. 5).

[470] Dans l'incident du «Dogger Bank» en 1904, le Royaume-Uni avait demandé une «garantie contre la répétition de tels incidents intolérables»: Martens, *Nouveau recueil*, deuxième série, vol. XXXIII, p. 642. Voir aussi l'échange de notes entre la Chine et l'Indonésie après l'attaque

personnes et des biens[471]. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a énoncé expressément l'obligation qui naîtrait pour les États-Unis d'une violation future, mais a ajouté que «cette obligation peut être mise en œuvre de diverses façons. Le choix des moyens doit revenir aux États-Unis[472]». Elle a noté en outre qu'un État peut ne pas être en mesure de fournir une ferme garantie de non-répétition[473]. La question de savoir s'il pourrait convenablement le faire dépendrait de la nature de l'obligation en question.

13) Dans certains cas, l'État lésé peut demander à l'État responsable d'adopter des mesures spécifiques ou d'agir d'une manière déterminée pour éviter que le fait illicite ne se reproduise. Parfois l'État lésé demande simplement à l'État responsable de lui donner l'assurance qu'il respectera à l'avenir les droits de l'État lésé[474]. Dans d'autres cas, l'État lésé demande à l'État responsable de donner des instructions précises à ses agents[475], ou d'adopter une certaine ligne de conduite[476]. Mais les assurances et garanties de non-répétition ne sont pas toujours

---

en mars 1966 contre le consulat général de Chine à Jakarta. Le Vice-Ministre chinois des affaires étrangères avait demandé une garantie contre tout renouvellement de pareils incidents à l'avenir: *R.G.D.I.P.*, vol. 70 (1966), p. 1013.

[471] De telles assurances ont été données dans l'affaire «Doane» (1886): Moore, *Digest*, vol. VI, p. 345 et 346.

[472] *LaGrand*, *fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 125.

[473] Ibid., par. 124.

[474] Voir par exemple l'affaire en 1901 dans laquelle l'Empire ottoman donna l'assurance formelle que désormais les postes anglaises, autrichiennes et françaises fonctionneraient librement sur son territoire: *R.G.D.I.P.*, vol. 8 (1901), p. 788 et 792.

[475] Voir par exemple l'affaire du «*Herzog*» et du «*Bundesrath*», deux vaisseaux allemands saisis durant la guerre des Boers en décembre 1899 et janvier 1900 par la marine de guerre britannique, dans laquelle l'Allemagne avait appelé l'attention de la Grande-Bretagne sur la «nécessité de donner pour instruction à tout commandant naval britannique de ne pas molester les navires marchands allemands qui ne se trouvent pas dans les parages du théâtre des opérations»: Martens, *Nouveau recueil*, deuxième série, vol. XXIX, p. 456 et 486.

[476] Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, le Tribunal arbitral avait précisé les mesures que devait adopter la Fonderie de Trail, y compris les mesures de nature à «prévenir efficacement des émissions importantes de fumée aux États-Unis à l'avenir»: *Fonderie de Trail* (*États-Unis d'Amérique/Canada*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. III (1938, 1941), p. 1934. Des demandes visant à modifier ou à abroger une législation sont fréquemment formulées par des organes internationaux. Voir par exemple les décisions du Comité des droits

appropriées même si elles sont exigées. Beaucoup dépendra des circonstances de l'espèce, y compris de la nature de l'obligation et de la violation. Le caractère plus ou moins exceptionnel de ces mesures est indiqué par les mots «si les circonstances l'exigent» à la fin de l'alinéa *b*. L'obligation de l'État responsable en matière d'assurances et garanties de non-répétition est formulée en termes souples pour éviter les demandes abusives ou excessives d'assurances et de garanties comme celles présentées par certains États dans le passé.

Article 31

Réparation

1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.

2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État.

Commentaire

1) L'obligation de réparer intégralement le préjudice est la seconde obligation générale qui découle pour l'État responsable de la commission d'un fait internationalement illicite. Le principe général des conséquences de la commission d'un fait internationalement illicite a été énoncé par la Cour permanente dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*:

> «C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même. Des divergences relatives à des réparations, éventuellement dues pour manquement à l'application d'une convention, sont, partant, des divergences relatives à l'application[477]».

Dans ce passage, cité est appliqué en maintes occasions[478], la Cour a utilisé le mot «réparation» dans son sens le plus large. Elle a rejeté la thèse avancée par la Pologne selon laquelle la

---

de l'homme: affaire *Torres Ramirez* c. *Uruguay*, décision du 23 juillet 1980, par. 19, A/35/40, p. 133; affaire *Lanza* c. *Uruguay*, décision du 3 avril 1980, ibid., p. 126, par. 17; affaire *Dermit Barbato* c. *Uruguay*, décision du 21 octobre 1982, A/38/40, p. 142, par. 11.

[477] *Usine de Chorzów, compétence, C.P.J.I., série A, n° 9 (1927)*, p. 21.

[478] C'est ainsi que la Cour internationale de Justice a cité cette décision, dans l'affaire *LaGrand (Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique), fond,* arrêt du 27 juin 2001, par. 48.

compétence pour interpréter et appliquer un traité ne donne pas compétence pour régler les différends concernant la forme et l'étendue de la réparation. À ce stade du différend, l'Allemagne ne cherchait plus à obtenir, pour le compte de son national, la restitution de l'usine en question ni des biens saisis avec cette dernière.

2) Lors d'une phase ultérieure de la même affaire, la Cour a défini de manière plus détaillée le contenu de l'obligation de réparer:

> «Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international[479].»

Dans la première phrase, la Cour a donné une définition générale de la réparation, soulignant que sa fonction était de rétablir la situation affectée par le fait illicite[480]. Dans la deuxième phrase, elle envisage l'aspect de la réparation évoquée par le terme «indemnisation» pour un fait illicite - à savoir la restitution en nature ou le paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature et, en outre, des dommages et intérêts pour les pertes subies à cause du fait illicite.

3) L'obligation mise à la charge de l'État responsable par l'article 31 consiste à procéder à la «réparation intégrale» au sens de l'arrêt de l'*Usine de Chorzów.* En d'autres termes, l'État responsable doit s'efforcer d'«effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'État qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis[481]» au moyen d'une ou plusieurs des formes de réparation définies dans le chapitre II de la présente partie.

---

[479] *Usine de Chorzów, fond, C.P.J.I., série A, n° 17 (1928)*, p. 47.

[480] Voir P.-M. Dupuy, «Le fait générateur de la responsabilité internationale des États», *Recueil des cours,* vol. 188 (1984-V), p. 94, qui utilise le terme «restauration».

[481] *Usine de Chorzów, fond, C.P.J.I., série A, n°17 (1928)*, p. 47.

4) L'obligation générale de réparer est énoncée à l'article 31 en tant que corollaire immédiat de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire en tant qu'obligation de l'État responsable résultant du fait illicite, et non en tant que droit de l'État ou des États lésés. On évite ainsi les difficultés qui pourraient se poser lorsque la même obligation est due simultanément à plusieurs États, à de nombreux États ou à tous les États dont seulement quelques-uns sont particulièrement affectés par la violation. Mais outre les questions qui se posent lorsque plus d'un État est habilité à invoquer la responsabilité[482], l'obligation générale de réparer naît automatiquement dès la commission d'un fait internationalement illicite et ne dépend pas, en elle-même, de la formulation d'une exigence ou d'une protestation par un État, même si la forme que devrait prendre la réparation étant donné les circonstances peut dépendre de la réaction de l'État ou des États lésés.

5) L'obligation de l'État responsable de réparer intégralement concerne le «préjudice causé par le fait internationalement illicite». La notion de «préjudice», définie au paragraphe 2, doit être entendue comme englobant tout dommage causé par le fait illicite. Conformément à ce paragraphe, en particulier, le «préjudice» comprend tout dommage matériel ou moral ainsi causé. Cette formulation vise à être à la fois exhaustive, en ce sens qu'elle englobe le dommage tant matériel que moral entendu au sens large, et limitative dans la mesure où elle exclut de simples préoccupations abstraites ou les intérêts généraux d'un État qui n'est pas individuellement atteint par la violation[483]. Par dommage «matériel», on entend le dommage causé à des biens ou à d'autres intérêts de l'État ou de ses nationaux susceptible d'être évalué en termes pécuniaires. Par dommage «moral», on vise les souffrances causées à l'individu, la perte d'êtres chers ou

---

[482] Pour les États en droit d'invoquer la responsabilité, voir les articles 42 et 48 et les commentaires y relatifs. Pour la situation où il y a une pluralité d'États lésés, voir l'article 46 et le commentaire y relatif.

[483] Quoiqu'ils ne soient pas individuellement lésés, ces États peuvent être en droit d'invoquer la responsabilité pour violation de certaines catégories d'obligations dans l'intérêt général, conformément à l'article 48. Sur les notions de préjudice et de dommage en général, voir B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (Paris, Pédone, 1973); B. Graefrath, «Responsibility and damage caused: relations between responsibility and damages», *Recueil des cours*, vol. 185 (1984-II), p. 95; A. Tanzi, «Is Damage a Distinct Condition for the Existence of an Internationally Wrongful Act?», M. Spinedi & B. Simma (dir. publ.), *United Nations Codification of State Responsibility* (New York, Oceana, 1987), p. 1; I. Brownlie, *System of the Law of Nations*: *State Responsibility (Part I)* (Oxford, Clarendon Press, 1983), p. 53 à 88.

une injure personnelle associée à une intrusion dans le domicile ou une atteinte à la vie privée. Il comprend le dommage causé aux intérêts juridiques d'un État en tant que tels, que ce dommage puisse ou non être considéré comme un dommage «moral». La question de la réparation de ces types de dommage est examinée plus en détail au chapitre II de la présente partie[484].

6) La question de savoir si le dommage causé à un intérêt protégé est un élément nécessaire du fait internationalement illicite a déjà été examinée[485]. D'une manière générale, cela n'est pas nécessaire; cette question est déterminée par la règle primaire applicable. Dans certains cas, l'essence du fait illicite est qu'il cause effectivement un dommage à un autre État. Dans d'autres cas, ce qui compte est que les précautions nécessaires pour prévenir un dommage n'ont pas été prises, même si aucun dommage n'a été effectivement causé. Dans certains cas, il y a un engagement exprès d'accomplir un acte précis, par exemple d'incorporer des règles uniformes dans le droit interne. Dans chaque cas, c'est l'obligation primaire qui définit ce qu'il faut faire. C'est pourquoi l'article 12 définit le manquement à une obligation internationale comme le fait de ne pas exécuter cette obligation.

7) De ce fait, il n'y a pas de règle générale, qui viendrait s'ajouter aux prescriptions énoncées par l'obligation primaire applicable, exigeant qu'un État ait subi un dommage matériel pour pouvoir demander réparation pour une violation. L'existence d'un dommage effectif est extrêmement pertinente en ce qui concerne la forme et le quantum de la réparation. Mais il n'y a pas d'exigence générale de dommage matériel pour qu'un État soit habilité à demander une forme ou une autre de réparation. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, il avait été initialement argué que «dans la théorie de la responsabilité internationale, le dommage est nécessaire pour fonder l'obligation de réparer», mais les parties sont ultérieurement convenues qu'...

> «[u]ne atteinte illicite à des intérêts non matériels, par exemple des actes affectant l'honneur, la dignité ou le prestige d'un État, habilite l'État qui en est victime à recevoir

---

[484] Voir en particulier l'article 36 et le commentaire y relatif.

[485] Voir le commentaire de l'article 2, par. 9).

> une réparation adéquate, même si les actes en question n'ont pas causé à cet État de perte pécuniaire ou matérielle[486]».

Le Tribunal a jugé que le fait illicite commis par la France avait «provoqué l'indignation et scandalisé l'opinion publique en Nouvelle-Zélande et causé un nouveau dommage non matériel ... de caractère moral, politique et juridique, résultant de l'affront fait à la dignité et au prestige non seulement de la Nouvelle-Zélande en tant que telle mais également à ses plus hautes autorités judiciaires et exécutives[487]».

8) Lorsque deux États sont convenus d'adopter un comportement particulier, le fait pour l'un d'eux de ne pas exécuter son obligation affecte nécessairement l'autre. Une promesse a été rompue, et le droit de l'autre État à l'exécution a dans cette mesure été violé. Il serait injustifié que les règles secondaires de la responsabilité des États interviennent à ce stade et excluent la responsabilité parce qu'aucun préjudice ou dommage identifiable ne s'est produit. Si les parties avaient voulu, en s'engageant, formuler ainsi l'obligation, elles auraient pu le faire. Souvent, le dommage qui peut découler d'un fait illicite (par exemple, le dommage causé à des pêcheries par des captures effectuées alors que la pêche n'est pas ouverte, le dommage causé à l'environnement par des émissions dépassant la limite prescrite, le prélèvement dans un fleuve d'un volume d'eau supérieur au volume autorisé) peut être lointain, contingent ou incertain. Néanmoins, les États peuvent dans de tels domaines contracter des engagements immédiats et inconditionnels dans leur intérêt mutuel à long terme. En conséquence, l'article 31 donne du «préjudice» une définition large et étendue, laissant aux obligations primaires le soin de préciser ce qui est requis dans chaque cas.

9) Le paragraphe 2 envisage une autre question, à savoir celle du lien de causalité entre le fait internationalement illicite et le préjudice. C'est uniquement «le préjudice … résultant du fait internationalement illicite d'un État» qui doit être intégralement réparé. Cette formulation vise à indiquer que l'objet de la réparation est, globalement, le préjudice résultant du fait internationalement illicite et imputable à celui-ci, et non toutes les conséquences de ce fait.

---

[486] *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 217 (1990), p. 267, par. 109.

[487] Ibid., p. 267, par. 110.

10) L'imputation du préjudice ou de la perte à un fait illicite est en principe un processus juridique et pas seulement historique ou causal. De nombreuses expressions sont utilisées pour décrire le lien qui doit exister entre le fait illicite et le préjudice pour que naisse l'obligation de réparer. Par exemple, il peut être fait référence aux pertes «attribuables [au fait illicite] en tant que cause immédiate[488]», ou à un dommage qui est «trop indirect, trop éloigné et trop incertain pour être évalué[489]», ou à «toute perte … tout dommage directs – y compris les atteintes à l'environnement et la destruction des ressources naturelles – et … tous autres préjudices directs subis par des États étrangers et des personnes physiques et sociétés étrangères» par le fait illicite[490]. Ainsi, l'existence d'un lien de causalité est en fait une condition nécessaire mais non suffisante de la réparation. Un autre élément contribue à exclure la réparation du préjudice trop «lointain» ou «indirect» pour donner lieu à réparation. Dans certains cas, c'est le caractère «direct» du préjudice qui est visé[491], dans d'autres sa «prévisibilité[492]» ou sa «proximité[493]».

---

[488] Voir Commission mixte des réclamations États-Unis–Allemagne, *Administrative Decision No. II,* Nations Unies*, Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (1923), p. 30. Voir également *Dix,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (1902), p. 121, et la réclamation formulée par le Canada à la suite de la désintégration du satellite nucléaire soviétique *Cosmos 954* au-dessus de son territoire en 1978: *I.L.M.*, vol. 18 (1979), p. 907, par. 23.

[489] Voir la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1905 (1938, 1941), p. 1931. Voir aussi A. Hauriou, «Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux», *R.G.D.I.P.*, vol. 31 (1924), p. 209, citant la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de l'*Alabama* comme l'application la plus frappante de la règle excluant le dommage «indirect».

[490] Résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, par. 16. Cette résolution relève du chapitre VII, mais réaffirme que l'Iraq est responsable «en vertu du droit international … du fait de son invasion et de son occupation illicites du Koweït». La Commission d'indemnisation des Nations Unies et son Conseil d'administration ont fourni des indications sur l'interprétation des critères de préjudice direct et de causalité en vertu du paragraphe 16. Voir, par exemple, *Réclamations à l'encontre de l'Iraq (Réclamations de la catégorie «B»)*, Rapport du 14 avril 1994 (S/AC.26/1994/1), reproduit dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 127; approuvées par la décision 20 du Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation, en date du 26 mai 1994 (S/AC.26/Dec.20), reproduite dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 622; *Demande d'indemnisation des frais afférents à la maîtrise des éruptions de puits*, Rapport du 15 novembre 1996 (S/AC.26/1996/5), reproduit dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 506 à 511, par. 66 à 86; approuvé par le Conseil d'administration dans sa Décision 40 du 17 décembre 1996 (S/AC.26/Dec.40), reproduite dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 669.

[491] Comme dans la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, par. 16.

D'autres facteurs peuvent toutefois entrer en ligne de compte: par exemple, si les organes de l'État ont délibérément causé le préjudice en question, ou si le préjudice causé entrait dans le cadre de la règle qui a été violée, eu égard au but de cette règle[494]. En droit international comme en droit interne, la question du préjudice indirect «n'est pas un aspect du droit qui peut être résolu de manière satisfaisante par la recherche d'une formule unique[495]». L'idée que le lien de causalité doit être suffisant ou que le dommage ne doit pas être trop lointain est implicite dans la prescription générale énoncée à l'article 31, à savoir que le préjudice doit être une conséquence du fait illicite, mais aucune condition particulière n'a été ajoutée.

11) L'atténuation du dommage est un autre élément affectant l'étendue de la réparation. Même la victime totalement innocente d'un comportement illicite est censée agir raisonnablement face au préjudice. Bien que cette règle soit souvent appelée «obligation d'atténuer le dommage», il ne s'agit pas d'une obligation d'ordre juridique dont la non-exécution engage la responsabilité. C'est plutôt que la partie lésée peut perdre son droit à indemnisation dans la mesure où elle n'a

---

492 Voir, par exemple, l'affaire *Naulilaa* (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique*) (*Portugal* c. *Allemagne*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1928), p. 1031.

493 Pour l'examen comparatif de la question du lien de causalité et de la notion de dommage «lointain», voir, par exemple, H .L. A. Hart & A. M. Honoré, *Causation in the Law* (2e éd.) (Oxford, Clarendon Press, 1985); A. M. Honoré, «Causation and Remoteness of Damage», A. Tune (dir. publ.) *in International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, première partie, chap. VII, p. 156; K. Zwiegert et H. Kötz, *Introduction to Comparative Law* (3e éd.) (traduction J. A. Weir) (Oxford, Clarendon Press, 1998), p. 601 à 627 (en particulier p. 609 et suiv.); B. S. Markesinis, *The German Law of Obligations.* Vol. II. *The Law of Torts: A Comparative Introduction* (Oxford, Clarendon Press, 3e éd., 1997), p. 95 à 108, avec de nombreuses références doctrinales.

494 Voir, par exemple, la décision du Tribunal des réclamations États-Unis-Iran dans *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, *affaires nos A15(IV) et A24*, sentence no 590-A15(IV)/A24-FT, 28 décembre 1998.

495 P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (5e éd.) (Oxford, Clarendon Press, 1995), p. 466.

pas atténué le dommage[496]. C'est ce qu'a clairement indiqué la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

> «La Slovaquie a aussi soutenu que son action était motivée par une obligation d'atténuer des dommages lorsqu'elle a réalisé la variante C. Elle a déclaré que "c'est un principe de droit international qu'une partie lésée du fait de la non-exécution d'un engagement pris par une autre partie doit s'employer à atténuer les dommages qu'elle a subis". Il découlerait d'un tel principe qu'un État lésé qui n'a pas pris les mesures nécessaires à l'effet de limiter les dommages subis ne serait pas en droit de réclamer l'indemnisation de ceux qui auraient pu être évités. Si ledit principe pourrait ainsi fournir une base pour le calcul de dommages et intérêts, en revanche, il ne saurait justifier ce qui constitue par ailleurs un fait illicite[497].»

12) Souvent, deux facteurs distincts s'associent pour causer le dommage. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[498], la prise initiale des otages par les étudiants militants (n'agissant pas à ce moment-là en tant qu'organe ou agent de l'État) était attribuable à la fois à une initiative indépendante des étudiants et au fait que les autorités iraniennes n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour protéger l'ambassade. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*[499], les dommages subis par des navires britanniques étaient imputables à la fois aux mines posées par un État tiers et au fait que l'Albanie avait omis de signaler leur présence. Bien que dans de tels cas le préjudice en question ait été effectivement causé par une combinaison de facteurs dont un seulement doit être attribué à l'État responsable, la pratique internationale et les décisions des tribunaux internationaux ne consacrent pas la réduction ou l'atténuation de la réparation pour des causes concomitantes[500], sauf dans les cas de faute ayant

---

[496] Dans l'affaire de la *Demande d'indemnisation des frais afférents à la maîtrise des éruptions de puits*, un comité de la Commission d'indemnisation des Nations Unies a noté qu'«en vertu des principes généraux du droit international concernant l'atténuation des dommages ... le requérant a non seulement le droit mais est aussi tenu de prendre des mesures raisonnables ... en vue d'atténuer les pertes, les dommages ou le préjudice causés»: rapport du 15 novembre 1996 (S/AC.26/1994/5), reproduit dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 502 et 503, par. 54.

[497] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997,* p. 55, par. 80.

[498] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980*, p. 29 à 32.

[499] *Détroit de Corfou, fond, C.I.J. Recueil 1949*, p. 17, 18 , 22 et 23.

[500] Ces questions sont d'une manière générale traitées de la même manière en droit interne. «Selon une règle très générale, si l'on considère que les actes commis par l'auteur d'un délit civil ont causé un préjudice à la victime, l'auteur du délit est tenu de réparer la totalité du préjudice ainsi causé, en dépit du fait qu'il existe une cause contribuante et qu'une autre partie en est

contribué au dommage[501]. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, par exemple, le Royaume-Uni a obtenu le montant intégral des dommages et intérêts qu'il réclamait à l'Albanie parce que cette dernière avait commis une faute en ne mettant pas en garde contre la présence de mines, alors même que ce n'était pas elle qui les avait posées[502]. Il en serait de même a fortiori dans les cas où la cause concomitante n'est pas le fait d'un autre État (dont la responsabilité pourrait être engagée séparément) mais de particuliers, ou est une cause naturelle, par exemple une inondation. Dans l'affaire du *Personnel consulaire et diplomatique des États-Unis à Téhéran*, la République islamique d'Iran a été jugée pleinement responsable de la détention des otages dès lors qu'elle avait manqué à son obligation de les protéger[503].

13) Il est vrai que dans certains cas un élément identifiable du préjudice peut légitimement être attribué à une cause parmi plusieurs causes concomitantes. Mais, à moins qu'il ne soit possible de prouver qu'une partie du préjudice peut être distinguée du point de vue de la cause de celui attribué à l'État responsable, ce dernier est tenu responsable de toutes les conséquences qui ne sont pas trop lointaines de son comportement illicite. De fait, dans l'affaire *Zafiro*, le tribunal est allé plus loin et a considéré qu'il incombait à l'État responsable d'établir quelle proportion du dommage *n'*était *pas* attribuable à son comportement:

---

responsable… En d'autres termes, la responsabilité de l'auteur d'un délit civil à l'égard de la victime n'est pas altérée par le fait qu'une autre partie est simultanément responsable»: J. A. Weir, «Complex Liabilities», A. Tune (dir. publ.) *in International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, Mohr, 1983), vol. XI, p. 41. Les États-Unis se sont fondés sur cette jurisprudence comparée pour leur argumentation dans les *Affaires des incidents aériens (États-Unis d'Amérique* c. *Bulgarie)* lorsqu'ils ont déclaré, au sujet des alinéas *c* et *d* du paragraphe 1 de l'article 38 du statut de la Cour: «Dans tous les pays civilisés, la règle est fondamentalement identique. Un plaignant peut intenter un procès contre un ou plusieurs des auteurs d'un délit civil ou tous les auteurs, conjointement ou solidairement, mais il ne peut revendiquer de leur part, de l'un quelconque ou de plusieurs d'entre eux, que l'équivalent du montant intégral du dommage qu'il a subi». Mémoire en date du 2 décembre 1958, dans *C.I.J., Mémoires…, Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 229.

[501] Voir l'article 39 et le commentaire y relatif.

[502] Voir *Détroit de Corfou (Fixation du montant des réparations), C.I.J. Recueil 1949*, p. 250.

[503] *C.I.J. Recueil 1980*, p. 31 à 33.

> «Il nous semble être évident que les dommages n'ont pas été entièrement causés par l'équipage chinois du *Zafiro*. Les éléments de preuve recueillis montrent que les insurgés philippins ont un degré de responsabilité indéterminable et que, en toute probabilité, les employés chinois de la société étaient partiellement impliqués dans les dommages causés. Mais nous ne considérons pas qu'il incombe à la Grande-Bretagne de fournir des preuves sur la nature exacte des dommages imputables à l'équipage du *Zafiro*. Comme il a été démontré que la responsabilité de l'équipage chinois du navire était engagée dans une large mesure et que le degré de responsabilité de certains auteurs non identifiés ne peut pas être déterminé, nous sommes contraints d'imputer la responsabilité aux États-Unis pour la totalité des dommages. Ayant toutefois constaté qu'une partie considérable (mais qui ne peut pas être déterminée avec certitude) des dommages n'a pas été causée par l'équipage chinois du *Zafiro*, nous considérons que la revendication d'intérêts sur les réclamations ne devrait pas être autorisée[504].»

14) On émet parfois la crainte d'un principe général prescrivant la réparation de tous les préjudices découlant d'une violation n'entraîne une réparation disproportionnée par rapport à la gravité de la violation. Néanmoins, la notion de «proportionnalité» s'applique différemment aux différentes formes de réparation[505]. Elle est envisagée, le cas échéant, dans les divers articles du chapitre II relatifs aux formes de la réparation.

Article 32

Non-pertinence du droit interne

L'État responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie.

Commentaire

1) L'article 3 concerne le rôle du droit interne dans la qualification d'un fait comme illicite. L'article 32 précise que le droit interne d'un État n'est pas pertinent s'agissant de savoir si ce dernier a exécuté ses obligations de cessation et de réparation. Il dispose qu'un État qui a commis un fait internationalement illicite ne peut pas invoquer son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie. Pris ensemble, les articles 3 et 32 donnent effet, aux fins de la responsabilité des États, au principe général selon lequel un État ne peut invoquer son droit interne pour justifier la non-exécution de ses

---

[504] *The Zafiro,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. VI (1925), p. 164 et 165.

[505] Voir les articles 35 *b*, 37, par. 3, et 39 et les commentaires y relatifs.

obligations internationales[506]. Bien qu'un organe de l'État puisse connaître des difficultés concrètes, lorsque les règles de l'ordre juridique interne dans le cadre desquelles il est tenu d'opérer font obstacle à l'exécution de ces obligations, l'État ne peut pas invoquer son droit ni sa pratique internes comme constituant un obstacle juridique à l'exécution d'une obligation internationale que la deuxième partie met à sa charge.

2) L'article 32 est calqué sur l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités[507], qui disposent qu'une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Ce principe général est également applicable aux obligations internationales découlant des règles de la responsabilité des États énoncées dans la deuxième partie. Le principe peut être tempéré par la règle primaire applicable, ou par une *lex spécialis*, comme l'article 50 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit une satisfaction équitable au lieu de la réparation intégrale «si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences» de la violation[508].

3) Le principe selon lequel un État responsable ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution de ses obligations secondaires découlant de la commission d'un fait internationalement illicite est confirmé aussi bien par la pratique des États que par la jurisprudence internationale. C'est ainsi, par exemple, que le différend né en 1906 entre le Japon et les États-Unis au sujet des politiques discriminatoires de la Californie en matière d'enseignement a été réglé par une révision de la législation californienne[509]. Lors de l'incident concernant le paragraphe 2 de l'article 61 de la Constitution de Weimar, il a fallu un amendement constitutionnel pour que l'Allemagne s'acquitte de l'obligation découlant pour elle

---

[506] Voir le commentaire de l'article 3, par. 2) à 4).

[507] Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies*, Recueil des Traités,* vol. 1155, p. 331.

[508] Nations Unies*, Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221, tel que renuméroté par le Protocole n° 11 de 1994. On peut aussi citer l'article 32 de l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux, du 23 avril 1949, Nations Unies*, Recueil des Traités*, vol. 71, p. 101, et l'article 30 de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends (1957), Nations Unies*, Recueil des Traités,* vol. 320, p. 243.

[509] Voir R. L. Buell, «The development of the anti-Japanese agitation in the United States», *Political Science Quarterly,* vol. 37 (1922), p. 620.

de l'article 80 du Traité de Versailles[510]. Dans l'affaire de l'*Université Peter Pázmány,* la Cour permanente a jugé que les biens réclamés devaient être restitués «libérés de toutes mesures de disposition, d'administration forcée ou de séquestre[511]». En bref, le droit international n'admet pas que les obligations d'un État responsable en vertu de la deuxième partie soient assujetties à l'ordre juridique interne de cet État pas plus qu'il ne permet d'invoquer le droit interne comme excusant la non-exécution des obligations de cessation et de réparation.

Article 33

Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie

1. Les obligations de l'État responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation.

2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État.

Commentaire

1) L'article 33 clôt le chapitre I de la deuxième partie en précisant la portée et l'effet des obligations internationales envisagées dans cette partie. En particulier, le paragraphe 1 indique clairement que l'identification de l'État ou des États auxquels les obligations de l'État responsable en vertu de la deuxième partie sont dues est fonction à la fois de la règle primaire établissant l'obligation violée et des circonstances de la violation. Par exemple, la pollution du milieu marin, si elle est massive et généralisée, peut affecter la communauté internationale dans son ensemble ou les États côtiers d'une région; dans d'autres circonstances, elle peut n'affecter qu'un État voisin. À l'évidence, la gravité de la violation peut aussi affecter la portée des obligations secondaires de cessation et de réparation.

2) Aux termes du paragraphe 1, les obligations de l'État responsable peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble. Elles sont

---

[510] *British and Foreign State Papers,* vol. 112, p. 1094.

[511] A*ppel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány), C.P.J.I., série A/B, n° 61* (1933), p. 249.

dues à plusieurs autres États dans le cas, par exemple, d'une violation qui affecte toutes les autres parties à un traité ou à un régime juridique établi par le droit international coutumier. C'est ainsi que lorsqu'une obligation peut être définie comme une obligation «intégrale», sa violation par un État affecte nécessairement toutes les autres parties au traité[512].

3) Lorsqu'une obligation de réparation est due à un État, la réparation n'est pas nécessairement effectuée au bénéfice de cet État. Par exemple, la responsabilité d'un État peut être engagée pour la violation d'une obligation conventionnelle concernant la protection des droits de l'homme envers toutes les autres parties du traité en question, mais les individus concernés doivent être considérés comme les bénéficiaires ultimes et, en ce sens, comme les titulaires, des droits en question. Des droits individuels peuvent aussi, en droit international, naître en dehors du domaine des droits de l'homme[513]. L'éventail des possibilités est attesté par l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *LaGrand*[514]*,* dans lequel la Cour a jugé que l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires «cré[ait] des droits individuels qui, en vertu de l'article 1er du Protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité[515]».

4) Ces possibilités rendent nécessaire le paragraphe 2 de l'article 33. La deuxième partie concerne les obligations secondaires des États en relation avec la cessation et la réparation, et ces obligations peuvent être dues, notamment, à un État ou à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble. Dans les cas où l'obligation primaire est due à une entité autre qu'un État, il peut exister une procédure permettant à cette entité d'invoquer la responsabilité pour son propre compte et sans l'intervention d'un État. Tel est le cas, par exemple, s'agissant des traités relatifs aux droits de l'homme qui confèrent aux individus affectés le droit de saisir un tribunal ou un autre organe. Ceci est également vrai dans le cas des droits conférés par des accords bilatéraux ou régionaux de protection des investissements. La troisième partie concerne

---

[512] Voir également l'article 42 *b* ii) et le commentaire y relatif.

[513] Voir *Compétence des tribunaux de Danzig, 1928, C.P.J.I., série B, n*o *15*, p. 17 à 21.

[514] *LaGrand* (*Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique*), *fond,* arrêt du 27 juin 2001.

[515] Ibid., par. 77. En l'espèce, la Cour n'a pas jugé nécessaire de décider si le droit individuel invoqué revêtait «le caractère de droit de l'homme»: ibid., par. 78.

l'invocation de la responsabilité par d'autres États, qu'ils soient considérés comme des «États lésés» en vertu de l'article 42, ou comme d'autres États intéressés en vertu de l'article 48, ou qu'ils exercent des droits spécifiques d'invoquer la responsabilité en vertu d'une règle spéciale (voir art. 55). Les articles n'envisagent pas la possibilité que la responsabilité soit invoquée par des personnes ou des entités autres que des États, et c'est ce que précise le paragraphe 2. C'est à la règle primaire particulière qu'il incombe de déterminer si et dans quelle mesure des personnes ou des entités autres que des États peuvent invoquer la responsabilité en leur nom propre. Le paragraphe 2 ne fait que constater cette possibilité: d'où l'expression «peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État».

Chapitre II

Réparation du préjudice

Le chapitre II, qui traite des formes de la réparation du préjudice, approfondit l'analyse du principe général énoncé à l'article 31, et vise en particulier à préciser les relations qui existent entre les différentes formes de réparation, à savoir la restitution, l'indemnisation et la satisfaction, le rôle des intérêts ainsi que la question de la prise en compte de toute contribution au préjudice ayant pu être le fait de la victime.

Article 34

Formes de la réparation

La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre.

Commentaire

1) L'article 34 introduit le chapitre II en indiquant les formes de réparation qui, séparément ou conjointement, permettent de s'acquitter de l'obligation de réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite. La notion de «préjudice» et le lien de causalité nécessaire entre le fait illicite et le préjudice étant définis à l'article 31[516], qui énonce l'obligation générale de réparation intégrale, il suffit de mentionner à l'article 34 la «réparation intégrale du préjudice causé».

[516] Voir le commentaire de l'article 31, par. 4) à 14).

2) Dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, le préjudice était matériel, et la Cour permanente de Justice internationale n'a examiné que deux formes de réparation, la restitution et l'indemnisation[517]. Dans certains cas, la satisfaction peut constituer une forme supplémentaire de réparation. La réparation intégrale peut donc prendre la forme de restitution, indemnisation et satisfaction, selon les circonstances. Il ressort aussi clairement de l'article 34 qu'il ne peut y avoir réparation intégrale, dans des cas particuliers, qu'en associant différentes formes de réparation. Par exemple, le rétablissement de la situation qui prévalait avant la violation peut ne pas suffire à constituer une réparation intégrale si le fait illicite a causé un dommage matériel supplémentaire (par exemple, un préjudice découlant de la perte d'usage du bien saisi de façon illicite). Pour «effacer» toutes les conséquences du fait illicite, il peut donc être nécessaire de faire jouer toutes les formes de réparation ou certaines d'entre elles, en fonction du type et de l'ampleur du préjudice qui a été causé.

3) L'obligation primaire violée peut aussi jouer un rôle important en ce qui concerne la forme et la portée de la réparation. En particulier, en cas de restitution ne donnant pas lieu à restitution de personnes, de biens ou de territoire de l'État lésé, la notion de retour au *statu quo ante* doit être appliquée en tenant compte des droits et compétences respectifs des États concernés. Tel peut être le cas, par exemple, lorsque c'est une obligation procédurale conditionnant l'exercice des pouvoirs substantiels d'un État qui est en jeu. Dans de tels cas, la restitution ne devrait pas permettre à l'État lésé d'obtenir plus que ce à quoi il aurait pu prétendre si l'obligation avait été exécutée[518].

4) La réalisation de chacune des formes de réparation décrites à l'article 34 est subordonnée aux conditions stipulées dans les articles suivants du chapitre II. Cette limitation est rendue par l'expression «conformément aux dispositions du présent chapitre». La réalisation peut également

---

[517] *Usine de Chorzów, fond , 1928, C.P.J.I., série A, n° 17,* p. 47.

[518] Ainsi, dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a indiqué qu'une violation de l'obligation de notification prévue à l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261), entraînant une peine grave ou une détention prolongée, devait donner lieu au réexamen du bien-fondé de la condamnation «en tenant compte de la violation des droits prévus par la Convention»: *LaGrand* (*Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique*), *fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 125. Il s'agirait d'une forme de restitution qui a tenu compte du caractère limité des droits en cause.

être affectée par le choix que l'État lésé peut valablement effectuer entre différentes formes de réparation. Par exemple, dans la plupart des cas, l'État lésé est habilité à opter pour une indemnisation plutôt que pour une restitution. Cette possibilité de choix est indiquée à l'article 43.

5) L'on s'est parfois inquiété de ce que le principe de la réparation intégrale puisse donner lieu à des exigences disproportionnées, voire désastreuses, à l'égard de l'État responsable. La question est de savoir si le principe de proportionnalité devrait constituer un aspect de l'obligation de réparation intégrale. Dans les présents articles, la proportionnalité est examinée dans le cadre de chaque forme de réparation, en tenant compte de son caractère spécifique. Ainsi, la restitution est exclue si elle impose une charge hors de toute proportion avec l'avantage qu'en tirerait l'État lésé ou une autre partie[519]. L'indemnité est limitée au préjudice effectivement subi à raison du fait internationalement illicite, et exclut tout préjudice indirect, ou éloigné[520]. La satisfaction «ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice[521]». Ainsi, chaque forme de réparation tient compte de ces considérations.

6) Les formes de réparation étudiées au chapitre II constituent des moyens de donner effet à l'obligation sous-jacente de réparation énoncée à l'article 31. Il n'y a pas, pour ainsi dire, d'obligations secondaires distinctes de restitution, d'indemnisation et de satisfaction. On observe, dans la pratique, une certaine souplesse quant à l'opportunité d'exiger telle forme de réparation plutôt que telle autre, sous réserve de l'obligation de réparation intégrale du préjudice causé conformément à l'article 31[522]. Lorsqu'il est possible de ne pas recourir à une forme de réparation, ou que celle-ci n'est pas envisageable compte tenu des circonstances, d'autres formes de réparation, en particulier l'indemnisation, seront corrélativement plus importantes.

---

[519] Voir l'article 35 *b* et le commentaire y relatif.

[520] Voir l'article 31 et le commentaire y relatif.

[521] Voir l'article 37, par. 3, et le commentaire y relatif.

[522] Voir, par exemple, le différend *Dame Mélanie Lachenal,* Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. XIII (1954), p. 130 et 131, où l'indemnisation a été acceptée en lieu et place de la restitution initialement convenue, la Commission de conciliation franco-italienne ayant reconnu que la restitution entraînerait des difficultés de procédure interne. Voir également le commentaire de l'article 35, par. 4).

Article 35

Restitution

L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution:

a) N'est pas matériellement impossible;

b) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation.

Commentaire

1) Conformément à l'article 34, la restitution est la première forme de réparation à laquelle peut prétendre un État lésé par un fait internationalement illicite. La restitution suppose le rétablissement, dans la mesure du possible, de la situation qui existait avant la commission du fait internationalement illicite, pour autant que tout changement apporté à cette situation puisse être attribué à ce fait. Sous sa forme la plus simple, elle se traduit, par exemple, par la libération de personnes illicitement détenues, ou la restitution de biens saisis de manière illicite. Dans d'autres cas, la restitution peut être un fait plus complexe.

2) La notion de restitution n'a pas de définition uniforme. Selon une définition, elle consisterait à rétablir le *statu quo ante*, c'est-à-dire la situation qui existait avant la survenance du fait illicite. Selon une autre définition, la restitution est un moyen d'établir ou de rétablir la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis. La première définition est la plus restrictive; elle écarte l'indemnisation éventuellement due à la partie lésée en réparation de la perte subie, par exemple la perte de l'usage de biens saisis de façon illicite, mais ultérieurement restitués. La seconde définition englobe dans la notion de restitution d'autres éléments de réparation intégrale et tend à associer la restitution, comme forme de réparation, et l'obligation de réparation sous-jacente elle-même. L'article 35 retient la définition la plus restrictive, qui a l'avantage de privilégier l'évaluation d'une situation de fait et d'éviter un examen éventuel de la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis. Il peut arriver que la restitution selon cette définition restrictive doive être complétée par une indemnisation afin d'assurer l'intégralité de la réparation du dommage causé, ainsi qu'il ressort de l'article 36.

3) Cela étant, la restitution est le mode de réparation le plus conforme au principe général selon lequel l'État responsable est tenu d'«effacer» les conséquences juridiques et matérielles de son fait illicite en rétablissant la situation qui aurait existé si ce fait n'avait pas été commis; à ce titre, elle prime tout autre mode de réparation. La primauté de la restitution a été confirmée par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, au sujet de laquelle elle avait décidé que l'État responsable avait l'obligation «de restituer [l'usine] et, si cela n'[était] pas possible, d'en payer la valeur à l'époque de l'indemnisation destinée à remplacer la restitution devenue impossible[523]». La Cour a ajouté que «l'impossibilité constatée par l'accord des parties de restituer l'usine de Chorzów ne saurait donc avoir d'autre effet que celui de remplacer la restitution par le paiement de la valeur de l'entreprise[524]». Ce principe a été appliqué dans les affaires où les tribunaux n'ont envisagé l'indemnisation qu'après avoir conclu que, pour une raison ou pour une autre, la restitution n'était pas possible[525]. Malgré les difficultés que la restitution peut soulever en pratique, les États ont souvent fait valoir qu'ils préféraient ce mode de réparation à l'indemnisation. Dans certaines affaires, en effet, en particulier celles mettant en jeu l'application de normes impératives, la restitution peut être exigée en ce qu'elle constitue un aspect du respect de l'obligation primaire.

4) Par ailleurs, dans un grand nombre de situations la restitution n'est pas envisageable, ou bien sa valeur pour l'État lésé est si réduite que d'autres formes de réparation priment. Les questions que soulève le choix entre différentes formes de réparation sont examinées dans la troisième partie[526]. Toutefois, en laissant de côté la question de la validité du choix effectué par l'État lésé ou par une autre entité, la possibilité de restitution peut être exclue en pratique, par exemple parce que le bien en question a été détruit ou fondamentalement modifié dans son essence, ou bien parce qu'il est impossible de revenir au *statu quo ante* pour une raison ou pour

---

[523] *Usine de Chorzów, fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17*, p. 48.

[524] Ibid.

[525] Voir, par exemple, les affaires suivantes: *Biens britanniques au Maroc espagnol,* Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. II (1925), p. 621 à 625 et 651 à 742; *Propriétés religieuses expropriées par le Portugal,* ibid.*,* vol. I, p. 7 (1920); *Walter Fletcher Smith,* ibid., vol. II (1927), p. 918; *Héritiers Lebas de Courmont,* ibid.*,* vol. XIII (1957), p. 764.

[526] Voir les articles 43 et 45 et les commentaires y relatifs.

une autre. En effet, dans certaines affaires, les tribunaux ont jugé approprié, au vu des termes du compromis ou des positions des parties, de prononcer une indemnisation plutôt qu'une restitution. Par exemple, dans l'affaire *Walter Fletcher Smith*, l'arbitre, tout en faisant valoir que la restitution était appropriée en principe, a estimé que le compromis l'autorisait à se prononcer pour une indemnisation «dans l'intérêt des parties et du public[527]». Dans l'affaire *Aminoil*, les parties sont convenues que le rétablissement du *statu quo ante*, par suite de l'annulation du contrat de concession par un décret du Gouvernement koweïtien, serait impossible[528].

5) La restitution peut prendre la forme d'une restitution matérielle, ou d'une restitution de territoire, de personnes ou de biens, ou bien encore d'une annulation d'un acte juridique, voire d'une combinaison de ces différentes hypothèses. Comme exemples de restitution matérielle, on peut citer la remise en liberté d'individus incarcérés, la remise à un État d'un individu qui a été arrêté sur son territoire[529], la restitution de navires[530] ou d'autres types de biens[531], y compris

---

[527] Nations Unies*, Recueil des Traités,* vol. II (1929), p. 918. Dans l'affaire de la *Compagnie grecque des téléphones,* le tribunal arbitral, tout en ordonnant la restitution, a déclaré que l'État responsable pouvait à la place verser une indemnisation pour «d'importantes raisons d'intérêt public». Voir J. G. Welter et S. M. Schwebel, «*Some little known cases on concessions*», *B.Y.I.L.,* vol. 40 (1964), p. 221.

[528] *Government of Kuwait v. American Independant Oil Company (1982), I.L.R.,* vol. 66, p. 533.

[529] Pour des exemples de restitution matérielle portant sur des personnes, voir notamment les affaires du «*Trent*» (1861) et du «*Florida*» (1864), concernant toutes deux l'arrestation d'individus à bord de navires, Moore, *Digest*, vol. VII, p. 768, 1090 et 1091, et l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, dans laquelle la Cour internationale de Justice. a exigé du Gouvernement iranien la libération immédiate de tous les ressortissants américains détenus: *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980*, p. 44 et 45.

[530] Voir par exemple l'incident du «*Giaffarieh*» (1886) qui avait son origine dans la capture en mer Rouge par ce navire de guerre égyptien de quatre navires marchands du port de Massawa, battant pavillon italien, Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale, Consiglio Nazionale delle Ricerche*,* dans *La prassi italiana di diritto internazionale*, première série (Dobbs Ferry, Oceana, 1970), vol. II, p. 901 et 902.

[531] Voir, par exemple, l'affaire du *Temple de Preah Vihear, fond, C.I.J. Recueil 1962*, p. 36 et 37, où la Cour internationale de Justice s'est prononcée en faveur du Cambodge qui demandait notamment la restitution de certains objets que les autorités thaïlandaises avaient enlevés du temple et de la zone avoisinante. Voir également l'affaire de l'*Hôtel Métropole,* Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. XIII, p. 219 (1950), le différend *Ottoz,* ibid., vol. XIII, p. 240 (1950), et le différend *Dame Hénon,* ibid., vol. XIII, p. 249 (1951).

des documents, des œuvres d'art, des titres d'actions, etc.[532]. Le terme «restitution juridique» est parfois employé dans le cas où l'exécution de la restitution requiert ou suppose la modification d'une situation juridique, soit dans le cadre du système juridique de l'État responsable, soit dans le cadre de ses relations juridiques avec l'État lésé. Les hypothèses de restitution juridique sont l'abrogation, l'annulation ou la modification d'une disposition constitutionnelle ou législative promulguée en violation d'une règle du droit international[533], l'annulation ou le réexamen d'un acte administratif ou d'une décision judiciaire pris illégalement à l'encontre de la personne ou des biens d'un étranger[534], ou l'exigence que des mesures soient prises (dans la mesure permise par le droit international) pour annuler un traité[535]. Certaines affaires peuvent donner lieu à la fois à une restitution matérielle et juridique[536]. Dans d'autres, une cour ou un tribunal international peut prononcer, en déterminant la position juridique ayant force obligatoire pour les parties, ce qui équivaut à une restitution sous une autre forme[537]. Le terme «restitution» est ainsi

---

[532] Dans l'affaire des *Chemins de fer de Buzau-Nehoiasi,* la sentence rendue par le tribunal arbitral prévoyait la restitution à une société allemande d'actions d'une société roumaine de chemins de fer; Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. III, p. 1839 (1939).

[533] Pour les affaires où l'existence de la loi elle-même correspond à une violation d'une obligation internationale, voir le commentaire de l'article 12, par. 12).

[534] Voir par exemple l'affaire *Martini*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. II, p. 973 (1930).

[535] Dans l'affaire du *Traité Bryan-Chamorro (Costa Rica* c. *Nicaragua*), la Cour centraméricaine de justice a décidé que «le Gouvernement nicaraguayen est dans l'obligation, en employant pour cela tous les moyens possibles prévus par le droit international, de rétablir et de maintenir la situation juridique qui existait avant le Traité Bryan-Chamorro entre les États plaideurs en ce qui concerne les questions considérées dans la présente action…», *A.J.I.L.*, vol. 11 (1917), p. 696; voir aussi p. 683.

[536] La Cour permanente de justice internationale a ainsi décidé que le Gouvernement tchécoslovaque devait «restituer à l'Université royale hongroise Peter Pázmány de Budapest les biens immobiliers qu'elle [réclamait], libérés de toutes mesures de disposition, d'administration forcée ou de séquestre, et dans l'état où ils se trouvaient avant l'application de ces mesures»: *Appel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány) 1933, C.P.J.I., série A/B, n° 61*, p. 249.

[537] Dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*, la Cour permanente a décidé «que la déclaration d'occupation promulguée par le Gouvernement norvégien en date du 10 juillet 1931, ainsi que toutes mesures prises à cet égard par ce même Gouvernement, constituent une infraction à l'état juridique existant, et, par conséquent, sont illégales et non valables»: *1933, C.P.J.I., série A/B, n° 53,* p. 75. Dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, la Cour permanente a décidé que le Gouvernement français devait «reculer sa ligne de

utilisé à l'article 35 dans un sens large, qui recouvre toutes les mesures que doit prendre l'État responsable pour rétablir la situation qui existait avant son fait internationalement illicite.

6) Ce qui peut être exigé au titre de la restitution dépendra souvent du contenu de l'obligation primaire qui a été violée. En tant que première forme de réparation, la restitution revêt une importance particulière lorsque l'obligation violée a un caractère continu, et plus encore lorsqu'elle découle d'une norme impérative du droit international général. Ainsi, en cas d'annexion illégale d'un État, on peut estimer que le retrait des forces de l'État occupant et l'abrogation de tout décret d'annexion constituent une cessation plutôt qu'une restitution[538]. Cela étant, des mesures accessoires (retour des personnes ou restitution des biens saisis au cours de l'invasion) seront nécessaires tant dans le cadre de la cessation que de la restitution.

7) L'obligation de restitution n'est pas illimitée. En particulier, conformément à l'article 35, la restitution s'impose «dès lors et pour autant» qu'elle n'est ni matériellement impossible ni totalement disproportionnée. L'expression «dès lors et pour autant que» traduit clairement l'idée que la restitution ne peut être que partiellement exclue, auquel cas l'État responsable sera tenu de procéder à la restitution pour autant que celle-ci ne soit ni impossible ni disproportionnée.

8) En vertu de l'article 35 *a*, la restitution n'est pas exigée si elle est «matériellement impossible». Tel est le cas lorsque les biens devant être restitués ont été définitivement perdus ou détruits, ou se sont détériorés au point d'avoir perdu toute valeur. Par ailleurs, la restitution n'est pas impossible uniquement du fait de difficultés juridiques ou pratiques, même si l'État responsable peut avoir à faire des efforts particuliers pour les surmonter. Conformément à l'article 32, l'État responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement à l'obligation de réparation intégrale, et de simples obstacles d'ordre politique ou administratif ne sauraient constituer une impossibilité de procéder à la restitution.

---

douane conformément aux stipulations desdits traités et actes, (…) ce régime devant rester en vigueur tant qu'il n'[aurait] pas été modifié par l'accord des parties»: *1932, C.P.J.I., série A/B, n° 46*, p. 172. Voir également F. A. Mann, «*The consequences of an international wrong in international and municipal law*», *B.Y.I.L.*, vol. 48 (1976-77), p. 5 à 8.

[538] Voir ci-dessus, le commentaire de l'article 30, par. 8).

9) L'impossibilité matérielle ne se limite pas aux cas où l'objet en question a été détruit, elle peut couvrir des situations plus complexes. Dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central,* le demandeur ne pouvait prétendre qu'à une partie des opérations forestières et aucune réclamation n'avait été déposée par les autres participants. Les forêts n'étaient plus dans la même condition qu'au moment de leur saisie illégale, et des enquêtes minutieuses auraient été nécessaires pour déterminer leur condition. Depuis la saisie, des tiers avaient acquis des droits sur les forêts. Pour toutes ces raisons, la restitution a été rejetée[539]. Cette affaire privilégie une acception large de «l'impossibilité» de fournir la restitution, mais elle concerne des questions de droits de propriété relevant du système juridique de l'État responsable[540]. La situation peut être différente lorsque les droits et obligations en question se situent directement sur le plan international. Dans ce contexte, la restitution joue un rôle particulièrement important.

10) Dans certains cas, il peut être nécessaire de tenir compte de la position de tiers pour déterminer si la restitution est matériellement possible. Ce fut le cas dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*[541]. Toutefois, la question de savoir si la position d'un tiers empêche la restitution dépend des circonstances de l'espèce, notamment du point de savoir si le tiers, lorsqu'il s'est engagé dans la transaction ou qu'il a assumé les droits en litige, agissait de bonne foi et sans avoir connaissance de la demande de restitution.

11) Une seconde exception, examinée à l'article 35 *b*, concerne le cas où l'avantage découlant de la restitution est hors de toute proportion avec son coût pour l'État responsable. Plus précisément, la restitution peut ne pas être exigée si elle «impose une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation». Cette disposition ne s'applique que lorsqu'il existe une disproportion importante entre la charge qu'imposerait la restitution à l'État responsable, et l'avantage qu'en tirerait l'État lésé ou toute

---

[539] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. III (1933), p. 1432.

[540] Pour les questions de restitution dans le cadre d'un arbitrage concernant un contrat d'État, voir *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic* (1977), *I.L.R.,* vol. 53, p. 507 et 508, par. 109; *BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic* (1974), *I.L.R.*, vol. 53, p. 354; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic* (1977), *I.L.R.,* vol. 62, p. 200.

[541] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. III (1933), notamment p. 1432.

victime de la violation. Elle est donc fondée sur des critères d'équité et d'acceptabilité[542] avec toutefois une préférence pour la position de l'État lésé chaque fois que le processus de mise en balance ne penche pas clairement en faveur de l'indemnisation plutôt que de la restitution. La mise en balance favorise invariablement l'État lésé chaque fois que la non-restitution risque de mettre en danger son indépendance politique ou sa stabilité économique.

Article 36

Indemnisation

1. L'État responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.

2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui–ci est établi.

Commentaire

1) L'article 36 traite de l'indemnisation d'un dommage causé par un fait internationalement illicite, dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution. La notion de «dommage» est définie au paragraphe 2 de l'article 31 comme comprenant tout dommage, tant matériel que moral[543]. Le paragraphe 2 de l'article 36 développe cette définition en précisant que l'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui–ci est établi dans le cas d'espèce. L'expression «susceptible d'évaluation financière» a pour objet d'exclure ce que l'on nomme parfois le «préjudice moral» causé à un État, c'est–à–dire l'affront ou le préjudice causé par une violation de droits non accompagnée d'un dommage réel aux biens ou aux personnes: c'est là l'objet de la satisfaction, dont traite l'article 37.

2) Des diverses formes de réparation, la plus couramment réclamée dans la pratique internationale est sans doute l'indemnisation. Dans l'affaire relative au *Projet*

---

[542] Voir, par exemple, J. H. W. Verzjil, *International Law in Historical Perspective* (Leyden, Sijthoff, 1973), sixième partie, p. 744, ainsi que la position adoptée par la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, dans *Annuaire ... 1969*, vol. II, p. 155.

[543] Voir le commentaire de l'article 31, par. 5), 6) et 8).

Gabčíkovo-Nagymaros, la Cour a déclaré: «Il est une règle bien établie du droit international qu'un État lésé est en droit d'être indemnisé par l'État auteur d'un fait internationalement illicite des dommages résultant de celui–ci[544]». Il est également bien établi qu'une juridiction internationale compétente pour connaître d'une demande en responsabilité de l'État est habilitée, dans le cadre de cette compétence, à accorder une indemnité pour le préjudice subi[545].

3) La relation de l'indemnisation avec la restitution est précisée par le membre de phrase finale du paragraphe 1 de l'article 36 («dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution»). La restitution, malgré sa primauté sur le plan des principes juridiques, est souvent indisponible ou inadaptée. Elle peut être partiellement ou entièrement exclue, soit sur la base des exceptions énoncées à l'article 35, soit parce que l'État lésé préfère obtenir réparation sous la forme d'une indemnisation, soit encore pour d'autres raisons. Même lorsque la restitution est possible, elle peut être insuffisante pour assurer la réparation intégrale. L'indemnisation a pour rôle de combler les lacunes éventuelles, de manière à assurer une réparation complète des préjudices subis[546]. Comme l'a dit le surarbitre dans l'affaire du «*Lusitania»*:

> «La conception fondamentale des dommages–intérêts est … la réparation d'une *perte* subie, une *compensation* octroyée par voie judiciaire pour un préjudice. La réparation doit être proportionnelle au préjudice, de façon que la partie lésée retrouve la totalité de ce qu'elle a perdu[547].»

Le rôle de l'indemnisation a, de même, été explicité par la Cour permanente de justice internationale en ces termes:

---

[544] *Projet Gabčíkovo–Nagymaros* (*Hongrie/Slovaquie*), *C.I.J. Recueil 1997,* p. 81, par. 152. Voir aussi l'affirmation de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, selon laquelle c'est «un principe de droit international que la réparation d'un tort peut consister en une indemnité»: *Usine de Chorzów, fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17,* p. 27.

[545] *Usine de Chorzów, compétence, 1927, C.P.J.I., série A, n° 9; Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne* c. *Islande), fond, C.I.J. Recueil 1974,* p. 203 à 205 (par. 71 à 76); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986,* p.142.

[546] *Usine de Chorzów, fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17,* p. 47 et 48.

[547] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. VII (1923), p. 39 *(*souligné dans l'original).

> «Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages–intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place: tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international[548].»

Le droit à être indemnisé de telles pertes est étayé par une abondante jurisprudence, par la pratique des États et par la doctrine.

4) Par comparaison avec la satisfaction, l'indemnisation a pour fonction de remédier aux pertes effectives subies en conséquence du fait internationalement illicite. Autrement dit, l'article 36 vise simplement l'indemnisation comme son titre l'indique. L'indemnisation correspond au dommage susceptible d'évaluation financière subi par l'État lésé ou ses ressortissants. Elle n'a pas pour but de punir l'État responsable et n'a pas non plus un caractère «expressif» ou exemplaire[549]. Ainsi, l'indemnisation consiste généralement dans le versement d'une somme d'argent, encore qu'elle puisse parfois se faire sous la forme d'autres valeurs convenues. Il est vrai que des paiements monétaires peuvent aussi être indiqués à titre de satisfaction en application de l'article 37 mais ils remplissent une fonction distincte de celle de l'indemnisation: l'indemnisation pécuniaire est censée compenser, dans la mesure où cela se peut, le dommage subi par l'État lésé du fait de la violation; la satisfaction se rapporte à

---

[548] *Usine de Chorzów, fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17*, p. 47, cité et appliqué, entre autres, par le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire du *Navire «Saiga» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines* c. *la Guinée),* arrêt du 1er juillet 1999, par. 170. Voir aussi *Papamichalopoulos* c. *Grèce (art. 50), C.E.D.H., Série A, n° 330–B* (1995), par. 36 (Cour européenne des droits de l'homme); *Velásquez Rodríguez, Inter-Am. Ct. H.R., Série C, n° 4* (1989), p. 30 et 31 (Cour interaméricaine des droits de l'homme); *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS–AFFA Consulting Engineers of Iran and Others* (1984) 6 *Iran-U.S.C.T.R.* 219, p. 225.

[549] Dans l'affaire *Velásquez Rodríguez* (Indemnisation), la Cour interaméricaine des droits de l'homme a considéré que le droit international ne reconnaissait pas la notion de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires: *Inter-Am. Ct.H.R.*, *Série C, n° 7* (1989), p. 52. Voir aussi l'affaire *Re Letelier et Moffit* (1992), *I.L.R.,* vol. 88, p. 727, qui portait sur l'assassinat ä Washington d'un ancien ministre chilien par des agents chiliens; le compromis n'incluait pas de dommages-intérêts punitifs bien que ceux-ci puissent être octroyés en vertu du droit des États-Unis. S'agissant de dommages-intérêts punitifs, voir également N. Jørgensen, «*A Reappraisal of Punitive Damages in International Law*», *B.Y.I.L.,* vol. 68 (1997), p. 247*;* S. Wittich, *«Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages in the Law of State Responsibility*», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3 (1998), p. 31.

un préjudice non matériel, auquel une valeur monétaire ne peut être attribuée que de façon extrêmement approximative et théorique[550].

5) Comme dans le cas d'autres dispositions de la deuxième partie, l'article 36 est exprimé dans les termes d'une obligation qu'a l'État responsable de réparer les conséquences découlant de la commission d'un fait internationalement illicite[551]. L'étendue de cette obligation est délimitée par les mots «tout dommage susceptible d'évaluation financière», c'est-à-dire tout dommage pouvant être évalué en termes financiers. Les dommages susceptibles d'évaluation financière peuvent être aussi bien des dommages subis par l'État lui-même (dommages à ses biens ou à son personnel ou frais raisonnablement encourus par l'État pour remédier à des dommages découlant d'un fait internationalement illicite ou les atténuer) que des dommages subis par des ressortissants de cet État, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de sociétés, au nom desquels il présente une réclamation dans le cadre de la protection diplomatique.

6) Outre la Cour internationale de Justice, on peut citer parmi les tribunaux internationaux qui s'occupent d'indemnisations le Tribunal international du droit de la mer[552], le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran[553], des juridictions ou autres organes chargés de l'examen

---

[550] Voir le commentaire de l'article 37, par. 3).

[551] Pour l'exigence d'un lien de causalité entre le fait internationalement illicite et le dommage, voir le commentaire de l'article 31, par. 11) à 13).

[552] Par exemple, affaire du *Navire «Saiga» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines* c. *la Guinée),* Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1er juillet 1999, par. 170 à 177.

[553] Le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran a produit une jurisprudence considérable sur les questions de détermination du dommage et d'évaluation des biens expropriés. Pour des études de la jurisprudence du Tribunal en ces matières, voir notamment G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), chap. 5, 6 et 12; C. N. Brower & J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (La Haye, Nijhoff, 1998), chap. 14 à 18; M. Pellonpää, «*Compensable Claims Before the Tribunal: Expropriation Claims*», *in* R.B. Lillich & D. B. McGraw (dir. publ.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (Irvington-on-Hudson, Transnational Publishers, 1998), p. 185 à 266; D. P. Stewart, «*Compensation and Valuation Issues*», ibid., p. 325 à 385.

des violations des droits de l'homme[554] et les tribunaux CIRDI de la Convention de Washington de 1965[555]. D'autres demandes d'indemnisation ont été réglées par voie d'accord, généralement sans reconnaissance de responsabilité, l'une des conditions de l'accord étant le versement d'une indemnité substantielle[556]. Les règles et principes élaborés par ces organes pour évaluer l'indemnisation peuvent être considérés comme des manifestations du principe général énoncé à l'article 36.

7) Quant aux types de dommages pouvant donner lieu à indemnisation et aux principes d'évaluation à appliquer pour les chiffrer, ils varient selon le contenu des obligations primaires en cause, l'appréciation des comportements respectifs des parties et, plus généralement, le souci de parvenir à une solution équitable et acceptable[557]. Les exemples suivants sont destinés à illustrer les types de dommages indemnisables et les méthodes de calcul susceptibles d'être employées.

---

[554] Pour un compte rendu de la pratique de ces organes en matière d'indemnisation, voir D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press, 1999), p. 214 à 279.

[555] Les tribunaux CIRDI ont compétence pour allouer des dommages-intérêts ou d'autres réparations dans les différends relatifs à des investissements qui surgissent entre des États parties et des ressortissants d'autres États. Certaines de ces réclamations comportent un recours direct au droit international en tant que fondement de la réclamation. Voir, par exemple, *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka* (1990), *ICSID Reports*, vol. 4, p. 245.

[556] Voir, par exemple: l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru, C.I.J. Recueil 1992,* p. 240, et l'ordonnance de radiation du rôle rendue par la Cour à la suite du règlement, *C.I.J. Recueil 1993,* p. 322; l'affaire du *Passage par le Grand Belt (Finlande* c. *Danemark) C.I.J. Recueil 1992*, p. 348 (ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement); l'affaire de *L'incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran* c. *États-Unis d'Amérique), C.I.J. Recueil 1996,* p. 9 (ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement).

[557] Voir G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), p. 242. Voir aussi B. Graefrath, «Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages», *Recueil des cours*, vol. 185 (1994-II), p. 101; L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international* (Paris, Sirey, 1938); C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 33 et 34; J. Personnaz, *La réparation du prejudice en droit international public* (Paris, 1939); M. Iovane, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internatzionale* (Giuffré, Milan, 1990).

8) Un dommage peut être causé à l'État en tant que tel, lorsque ses avions sont abattus ou ses navires coulés, que ses locaux et son personnel diplomatiques sont attaqués, que d'autres biens publics sont endommagés, qu'il doit exposer des frais pour remédier à des dommages causés par la pollution, ou qu'il subit un dommage accessoire, lié par exemple à la nécessité de verser une pension à des fonctionnaires blessés par suite d'un fait illicite et/ou de payer leurs frais médicaux. Une telle liste ne saurait être exhaustive, les catégories de dommages indemnisables que peuvent subir les États n'étant pas déterminées d'avance.

9) Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, le Royaume-Uni a réclamé des indemnités de trois chefs: pour le remplacement du contre-torpilleur «*Saumarez*», dont la perte avait été totale, pour les dommages causés au contre-torpilleur «*Volage*», et pour les décès survenus parmi le personnel naval et les blessures infligées à ce personnel. La Cour a eu recours à une expertise pour fixer le montant des indemnités. Dans le cas du contre-torpilleur «*Saumarez*», la Cour a considéré que «la juste mesure de la réparation» était «la valeur de remplacement du [contre-torpilleur] au moment de sa perte» et déclaré que le montant de l'indemnité réclamée par le Gouvernement du Royaume-Uni (£ 700 087) était justifié. En ce qui concerne les dommages causés au contre-torpilleur «*Volage*», les experts les avaient estimés à un chiffre légèrement inférieur aux £ 93 812 réclamées par le Royaume-Uni, ce qui «s'expliqu[ait] … par le caractère nécessairement approximatif des évaluations, notamment pour ce qui est de la valeur du matériel d'équipement et des installations». Outre les montants accordés pour les dommages aux deux contre-torpilleurs, la Cour a fait droit à la demande du Royaume-Uni qui réclamait £ 50 048 au titre des dépenses résultant «des pensions et indemnités allouées par lui aux victimes ou à leurs ayants droit, ainsi que des frais d'administration, de traitements médicaux, etc.[558]».

10) Dans l'affaire du *Navire «Saiga»*, Saint-Vincent-et-les Grenadines avait demandé à être indemnisée pour la saisie et l'immobilisation illicites d'un navire immatriculé dans ce pays, le «*Saiga*», et de son équipage. Le Tribunal international du droit de la mer a accordé des indemnités d'un montant de 2 123 357 dollars des États-Unis, majoré d'intérêts. Les chefs d'indemnisation comprenaient notamment les dommages subis par le navire, y compris les coûts

[558] Affaire du *Détroit de Corfou (fixation du montant des réparations)*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 249.

de réparation, les pertes au titre de la charte-partie du navire, les frais relatifs à l'immobilisation du navire et la détention du capitaine, des membres de l'équipage et des autres personnes qui se trouvaient à bord du navire. Saint-Vincent-et-les Grenadines avait demandé à être indemnisée pour la violation de ses droits à l'égard de navires battant son pavillon qui résultait de l'arraisonnement et de l'immobilisation du «*Saiga*», mais le Tribunal a estimé que sa constatation que la Guinée avait agi de manière illicite en procédant à l'arraisonnement du navire dans les circonstances de l'espèce et en faisant usage d'une force excessive constituait une réparation adéquate[559]. Saint-Vincent-et-les Grenadines a également été déboutée de ses réclamations relatives à la perte de recettes d'immatriculation qui aurait résulté de l'arraisonnement illicite du navire et aux dépenses résultant du temps consacré par des fonctionnaires au problème de l'arraisonnement et de l'immobilisation du navire et de son équipage. Dans le premier cas, le Tribunal a relevé que Saint-Vincent-et-les Grenadines n'avait produit aucun élément de preuve étayant sa réclamation. Dans le second cas, il a estimé qu'il ne s'agissait pas de dépenses récupérables car elles avaient été faites dans le cadre des fonctions normales de l'État du pavillon[560].

11) Dans un certain nombre de cas d'attaques illicites contre un navire où le navire avait été endommagé ou coulé et, parfois, des membres de l'équipage tués ou blessés, les indemnités à verser ont été négociées directement entre l'État lésé et l'État auteur du préjudice[561]. Des paiements analogues ont été négociés dans le cas de dommages causés aux avions d'un État, par exemple «l'arrangement amiable complet et définitif» convenu entre l'Iran et les États-Unis à la

---

[559] Affaire du *Navire «Saiga» (n° 2)* (*Saint-Vincent-et-les Grenadines* c. *la Guinée*), Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1er juillet 1999, par. 176.

[560] Ibid. par. 177.

[561] Voir le versement fait par Cuba aux Bahamas après qu'un avion cubain eut coulé en haute mer un navire bahamien, causant des pertes de vies humaines parmi l'équipage (*R.G.D.I.P.,* vol. 85 (1981), p. 540), le versement par Israël d'une indemnité pour une attaque lancée en 1967 contre le «*USS Liberty*», qui avait fait des morts et des blessés parmi l'équipage (*R.G.D.I.P.,* vol. 85 (1981), p. 562) et le versement par l'Iraq d'une somme de 27 millions de dollars des États-Unis en règlement total et définitif de toutes les réclamations concernant les 37 morts causées en mai 1987 par un avion iraquien qui avait gravement endommagé l'«*USS Stark*» *(A.J.I.L.*, vol. 83 (1989), p. 561).

suite d'un différend portant sur la destruction d'un avion iranien et la mort de ses 290 passagers et membres d'équipage[562].

12) Les États négocient souvent aussi des accords d'indemnisation à la suite d'attaques contre des locaux diplomatiques, que ce soit pour les dommages causés à l'ambassade elle-même[563] ou pour les dommages causés à son personnel[564]. Des dommages causés à d'autres biens publics, tels que des routes ou des infrastructures, ont également fait l'objet de demandes d'indemnisation[565]. Dans de nombreux cas, ces versements ont été faits à titre gracieux ou sans reconnaissance de responsabilité[566].

13) Un autre cas dans lequel des États peuvent demander à être indemnisés de préjudices subis par l'État en tant que tel est celui où ils ont dû exposer des frais pour remédier à des dommages causés par une pollution. Après que le satellite soviétique Cosmos-954 se fut écrasé en territoire canadien en janvier 1978, le Canada a présenté une réclamation au titre des dépenses qu'il avait faites pour localiser, récupérer, enlever et tester les débris radioactifs et pour nettoyer les zones affectées. Le Canada invoquait, conjointement et séparément, a) les accords internationaux

---

[562] *Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran* c. *États-Unis d'Amérique)*, *C.I.J. Recueil 1996,* p. 9 (ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement). Pour l'arrangement amiable lui-même, voir l'Accord général du 9 février 1996 entre l'Iran et les États-Unis sur le règlement de certaines affaires en instance devant la C.I.J. et le Tribunal des réclamations, déclaré sentence sur convention amiable par ordonnance du Tribunal des réclamations États-Unis-Iran en date du 22 février 1996: (1996) 32 *Iran-U.S.C.T.R.* 207, p. 213.

[563] Voir par exemple l'Accord du 1er décembre 1966 entre le Royaume-Uni et l'Indonésie stipulant le versement par cette dernière d'une indemnité pour (entre autres) les dommages causés à l'ambassade britannique lors d'une émeute [(*United Kingdom Treaty Series*, *n° 34 (1967)*] et le versement aux États-Unis par le Pakistan d'une indemnité pour la mise à sac de l'ambassade des États-Unis à Islamabad en 1979: *R.G.D.I.P.*, vol. 85 (1981), p. 880.

[564] Voir par exemple réclamation du consul *Henry R. Myers (United States v. San Salvador)*, [1890] *U.S. For. Rels.,* p. 64 et 65; [1892] *U.S. For. Rels.* p. 24 à 43, 44, 49 à 51; [1893] *U.S. For. Rels.,* p. 174 à 179, 181 et 182, 184; Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 80 et 81.

[565] Pour des exemples, voir Whiteman, *Damages,* vol. I, p. 81.

[566] Voir par exemple l'accord entre les États-Unis et la Chine prévoyant le versement à titre gracieux d'une somme de 4,5 millions de dollars des États-Unis aux familles des personnes tuées et blessées lors du bombardement de l'ambassade de Chine à Belgrade le 7 mai 1999, *A.J.I.L.*, vol. 94 (2000), p. 127.

pertinents et b) les principes généraux du droit international[567]. Le Canada affirmait qu'il avait appliqué les critères pertinents établis par les principes généraux du droit international, qui prescrivaient une indemnisation équitable, ne tenant compte dans sa demande que des dépenses raisonnables ayant un lien étroit avec l'intrusion du satellite et le dépôt de débris et susceptibles d'être calculées avec un degré de certitude raisonnable[568]. La réclamation a fini par être réglée à l'amiable en avril 1981, les parties se mettant d'accord sur un versement à titre gracieux de 3 millions de dollars canadiens (soit environ 50 % du montant qui avait été demandé)[569].

14) La Commission d'indemnisation des Nations Unies a eu à examiner des demandes d'indemnisation pour frais entraînés par des pollutions dans le cadre de l'évaluation de la responsabilité de l'Iraq, en vertu du droit international, «de toute perte, de tout dommage - y compris les atteintes à l'environnement et la destruction des ressources naturelles … du fait de son invasion et de son occupation illicites du Koweït[570]». Dans sa décision 7, le Conseil d'administration de la Commission précise les différents types de dommages visés par l'expression «atteinte à l'environnement et destruction des ressources naturelles[571]».

15) Dans les cas où une indemnité a été accordée ou convenue à la suite d'un fait internationalement illicite ayant causé ou menaçant de causer un dommage à l'environnement, les sommes versées avaient pour objet de rembourser l'État lésé des frais qu'il avait raisonnablement encourus pour prévenir la pollution ou y remédier, ou de le dédommager de la perte de valeur du bien pollué[572]. Cependant, les dommages à l'environnement vont souvent

---

[567] Canada, réclamation contre l'URSS pour les dommages causés par le satellite soviétique Cosmos-954, 23 janvier 1979, *I.L.M.*, vol. 18 (1979), p. 905.

[568] Ibid., p. 906.

[569] Protocole entre le Canada et l'URSS, 2 avril 1981, *I.L.M.*, vol. 20 (1981), p. 689.

[570] Résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, par. 16.

[571] Décision 7 du 17 mars 1992, *Critères applicables à d'autres catégories de réclamations*, S/AC.26/1991/7/Rev.1.

[572] Voir la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. III (1938, 1941), p. 1907, dans laquelle le tribunal arbitral a accordé une indemnité aux États-Unis pour les dommages au sol et aux biens causés par les émissions de gaz sulfureux d'une fonderie située de l'autre côté de la frontière au Canada. Le montant de l'indemnité a été calculé sur la base de la perte de valeur des terres concernées.

au-delà de ceux qui peuvent facilement être évalués en termes de frais de nettoyage ou de perte de valeur d'un bien. Les atteintes à de telles valeurs environnementales (biodiversité, agrément, etc. – parfois appelées «valeurs de non-usage») ne sont pas moins réelles et indemnisables, en principe, que les dommages aux biens, même si elles sont sans doute plus difficiles à évaluer.

16) Le domaine de la protection diplomatique fournit de nombreuses indications sur les normes d'indemnisation et méthodes d'évaluation à appliquer, notamment dans les cas d'atteinte aux personnes et de prise de biens corporels ou de dommages à de tels biens. Il est bien établi qu'un État peut réclamer une indemnisation pour dommages subis personnellement par ses agents ou ses ressortissants, en sus d'une indemnisation pour tout dommage direct qu'il aurait pu lui-même subir en liaison avec le même fait. Le dommage personnel donnant lieu à indemnisation englobe non seulement les pertes matérielles qui y sont associées, telles que le manque à gagner et la diminution de la capacité de gain, les frais médicaux et autres dépenses assimilées, mais aussi le dommage, ou préjudice, extrapatrimonial ou immatériel, subi par le particulier (appelé parfois dans certains systèmes juridiques nationaux «dommage moral»). Le préjudice extrapatrimonial s'entend généralement de la perte d'un être cher, du *pretium doloris*, ainsi que de l'atteinte à la personne, à son domicile ou à sa vie privée. Tout autant que le préjudice matériel subi par l'État lésé, le préjudice extrapatrimonial est susceptible d'évaluation financière et peut faire l'objet d'une demande en indemnisation, comme souligné dans l'affaire du *«Lusitania*[573]*».* Dans cette affaire, le surarbitre a considéré que le droit international donne le droit d'obtenir réparation pour souffrance morale, une blessure d'ordre affectif ou une humiliation, une honte, le déshonneur, la perte d'une position sociale, une atteinte au crédit ou à la réputation, ces dommages étant «très réels, et le seul fait qu'ils sont difficiles à mesurer ou à estimer en valeurs monétaires ne les rend pas moins réels et n'est pas une raison qui puisse empêcher une victime d'être indemnisée sous la forme de dommages et intérêts…[574]».

---

[573] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 32 (1923). Les juridictions internationales ont fréquemment accordé des indemnités pour préjudice moral causé à des particuliers. Tel a été le cas par exemple dans les affaires suivantes: *Chevreau* (*France* c. *Royaume-Uni*)*,* ibid., vol. II, p. 1113 (1923), *A.J.I.L.*, vol. 27, 1933, p. 153; *Gage,* ibid., vol. X, p. 226 (1903); *Di Caro,* ibid., vol. X, p. 597 (1903); *Héritiers de Jean Maninat,* ibid., vol. X, p. 55 (1903).

[574] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. VII (1923), p. 40.

17) Les juridictions internationales ont à plusieurs occasions entrepris d'évaluer l'indemnité due pour dommages personnels. Par exemple, dans l'affaire du *Navire «Saiga*[575]*»,*.le Tribunal a estimé que le droit à indemnisation de Saint-Vincent-et-les Grenadines s'étendait aux dommages et intérêts au titre du préjudice porté aux membres de l'équipage, de leur arrestation illégale, de leur détention ou d'autres formes de mauvais traitements subis.

18) Traditionnellement, la question de l'indemnisation pour dommages personnels subis par le ressortissant d'un État étranger ou un de ses agents était réglée essentiellement par des commissions mixtes des réclamations ayant à connaître de la responsabilité des États pour préjudice causé à des ressortissants étrangers. Les commissions des réclamations ont accordé réparation pour dommages personnels en cas à la fois de décès ou de privation de liberté dus à un fait illicite. Dans le cas des réclamations pour décès consécutif à un fait illicite, les indemnités ont été généralement calculées à partir d'une évaluation des pertes subies par les héritiers survivants ou les successeurs, conformément à la formule bien connue employée par le surarbitre Parker dans l'affaire du *«Lusitania»*, et prenant en compte la perte:

> «des sommes a) que le décédé, s'il n'avait pas été tué, aurait probablement versées au réclamant; y ajouter b) la valeur pécuniaire qu'auraient représenté pour ce réclamant les services personnels du décédé dans le soin, l'éducation ou la direction du réclamant; y ajouter aussi c) une indemnisation raisonnable pour la souffrance morale ou la commotion, s'il y a lieu, causée par la rupture violente d'affections de famille, souffrances que cette mort a pu effectivement causer au réclamant. Le montant de ces estimations, réduit à sa valeur monétaire actuelle, représentera généralement la perte subie par le réclamant[576]».

Dans les cas de privation de liberté, les arbitres ont parfois accordé un montant déterminé pour chaque jour passé en détention[577]. Les indemnités ont souvent été majorées dans les cas où à

---

[575] Affaire du *Navire «Saiga» (n° 2)* (*Saint-Vincent-et-les Grenadines* c. *la Guinée*), Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1er juillet 1999.

[576] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. VII (1923), p. 35.

[577] Voir par exemple l'affaire du *«Topaze»,* ibid.*,* vol. IX (1903), p. 389; l'affaire *Faulkner,* ibid., vol. IV (1926), p. 71.

l'arrestation et à la détention illégales s'ajoutaient des conditions de détention abusives ayant causé des préjudices physiques ou psychologiques particulièrement graves[578].

19) La question de l'indemnisation pour atteinte à la personne a également été traitée par des organes de défense des droits de l'homme, notamment la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Les indemnités octroyées englobent à la fois les pertes matérielles (manque à gagner, pensions, frais médicaux, etc.) et les dommages non matériels (*pretium doloris*, préjudice psychologique ou moral, humiliation, perte de jouissance de la vie, perte d'un compagnon ou d'une compagne ou perte d'un consortium), le dommage extrapatrimonial étant en général calculé sur la base d'une évaluation équitable. Jusqu'ici, le montant des indemnités ou des dommages et intérêts accordés ou recommandés par ces organes a été modeste[579]. Il reste que les décisions des organes de protection des droits de l'homme relatives à l'indemnisation se fondent sur les principes de la réparation en droit international général[580].

20) Outre un grand nombre d'accords d'indemnisation globale couvrant des demandes multiples[581], un large éventail de tribunaux spéciaux et de tribunaux permanents, de commissions des réclamations mixtes et nationales ont eu à connaître depuis deux siècles de demandes d'indemnisation pour dommages matériels causés par un fait internationalement illicite. Étant donné la diversité des organes juridictionnels, les sentences rendues font apparaître une

---

[578] Voir par exemple l'affaire *William McNeil*, ibid., vol. V. (1931), p. 168.

[579] Voir l'étude de D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Clarendon Press, 1999), chap. 8 et 9; A. Randelzhofer & C. Tomuschat (dir. publ.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights* (La Haye, Nijhoff, 1999); R. Pisillo Mazzeschi, «*La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione Europea*», *La Comunità Internazionale*, vol. 53 (1998), p. 215.

[580] Voir par exemple la décision de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Velásquez Rodríguez, Inter-Am.Ct.H.R., Série C, n° 4* (1989), p. 26 et 27, 30 et 31. Voir aussi l'affaire *Papamichalopoulos* c. *Grèce (art. 50), C.E.D.H., Série A, n° 330-B* (1995), par. 36.

[581] Voir par exemple R. B. Lillich & B. H. Weston, *International Claims: Their settlement by Lump Sum Agreements* (Charlottesville, University Press of Virginia, 1975); B. H. Weston, R. B. Lillich & D. J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995* (Ardsley, N.Y., Transnational Publishers, 1999).

considérable diversité[582], mais elle renferme des principes utiles pour le calcul des indemnités dues au titre de dommages matériels subis.

21) L'estimation est basée sur la perte subie par le requérant aux droits patrimoniaux duquel il a été porté atteinte. Cette perte est normalement évaluée par rapport à des catégories de dommages précises: i) indemnisation au titre de la valeur en capital; ii) indemnisation pour manque à gagner et iii) indemnisation au titre des dépenses accessoires.

22) L'indemnisation au titre de la valeur en capital du bien exproprié ou détruit à raison d'un fait internationalement illicite est normalement calculée sur le critère de la «valeur loyale et marchande» du bien perdu[583]. Il reste que la méthode employée pour évaluer la «valeur loyale

---

[582] La polémique se poursuit s'agissant des affaires d'expropriation, en ce qui concerne en particulier les règles en matière d'indemnisation applicables vu la distinction entre expropriation ordonnée par l'État en toute légalité et reprise illicite, distinction établie clairement par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów, fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17,* p. 47. Dans un certain nombre d'affaires, les tribunaux ont fait valoir cette distinction pour accorder des indemnités pour manque à gagner dans le cas de prises illicites (voir par exemple les observations de l'arbitre dans *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of Libya* (1982), *I.L.R.,* vol. 62, p. 202 et 203; et aussi l'arbitrage *Aminoil: Government of Kuwait v. American Independant Oil Company* (1982), *I.L.R.,* vol. 66, p. 600, par. 138; *Amoco International Finance Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189, p. 246, par. 192). Il reste que cette distinction entre les principes applicables en matière d'indemnisation selon qu'il s'agit de reprise licite ou de reprise illicite n'a pas été retenue dans tous les cas. Voir par exemple la décision du Tribunal des réclamations États-Unis-Iran dans l'affaire *Phillips Petroleum Co. Iran v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1989) 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79, p. 122, par. 110. Voir aussi l'affaire *Starrett Housing Corp. v. Governemnt of the Islamic Republic of Iran* (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 79, dans laquelle le Tribunal n'a établi aucune distinction entre le caractère licite ou illicite de l'expropriation et a accordé une indemnité pour manque à gagner.

[583] Voir l'affaire *American International Group, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran,* dans laquelle le tribunal a déclaré qu'en droit international général, «l'évaluation doit se faire sur la base de la valeur loyale et marchande des actions»: (1983) 4 *Iran-U.S.C.T.R.* 96, p. 106. Dans l'affaire *Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran,* le Tribunal a accepté la définition de la valeur loyale et marchande donnée par son expert, à savoir «le prix qu'un acheteur sérieux paierait à un vendeur sérieux lorsque chacun d'eux possède de bonnes informations et souhaite obtenir un gain financier maximum et qu'aucun des deux n'est soumis à la contrainte ou à la menace»: (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 112, p. 201. Voir aussi les directives de la Banque mondiale *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment,* dont le paragraphe 3 de la partie IV indique que l'indemnisation sera réputée adéquate si elle est calculée sur la valeur loyale et marchande du bien exproprié, telle qu'établie au moment qui précède immédiatement celui où l'expropriation est intervenue ou celui où la

et marchande» dépend de la nature de l'actif considéré. Lorsque le bien en question (ou un bien comparable) fait l'objet d'un commerce libre sur le marché libre, sa valeur peut être calculée plus aisément. En l'occurrence, le choix et l'application des méthodes de la valeur de l'actif fondées sur les données du marché et les caractéristiques physiques du bien ne posent pas beaucoup de problèmes, si ce n'est des problèmes en matière de preuves dans le cas des réclamations pendantes depuis un certain temps[584]. Lorsque le bien réel faisant l'objet d'une réclamation est unique ou inhabituel (par exemple une œuvre d'art ou un autre bien culturel[585]), ou qu'il ne fait pas l'objet sur le marché de transactions fréquentes, ou encore qu'il n'a pas fait l'objet de transactions récentes, il est plus difficile d'en déterminer la valeur. Cela vaut par exemple pour certaines entités industrielles ou commerciales qui revêtent le caractère d'entreprises en activité, en particulier dans le cas où les actions ne font pas l'objet de transactions périodiques[586].

23) Les décisions de divers tribunaux spéciaux depuis 1945 ont trait essentiellement à des réclamations concernant des entités industrielles ou commerciales nationalisées. La méthode

---

décision d'exproprier le bien a été rendue publique: Banque mondiale, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment,* 2 volumes (BIRD, Washington, 1992), vol. II, p. 41. De même, selon le paragraphe 1 de l'article 13 du Traité sur la Charte de l'énergie, *I.L.M.*, vol. 33 (1994), p. 360, l'indemnisation pour expropriation «équivaut à la valeur marchande équitable de l'investissement d'exproprié au moment qui précède immédiatement celui où l'expropriation…».

[584] Dans le cas des règlements prévoyant le versement de sommes forfaitaires en particulier, des accords sont intervenus des dizaines d'années après le dépôt de la réclamation. Voir par exemple l'Accord entre l'URSS et le Royaume-Uni conclu le 15 juillet 1986 à propos de réclamations datant de 1917, et l'Accord conclu entre la Chine et le Royaume-Uni le 5 juin 1987 à propos de réclamations datant de 1949. Dans ces cas, le choix de la méthode d'évaluation a été parfois dicté par les éléments de preuve qui étaient disponibles.

[585] Voir le rapport et les recommandations du Comité de commissaires concernant la deuxième partie de la première tranche de réclamations individuelles pour pertes et préjudices d'un montant supérieur à 100 000 dollars des États-Unis, 12 mars 1998, S/AC.26/1998/3, par. 48 et 49, où la Commission d'indemnisation des Nations Unies a examiné une demande d'indemnisation concernant l'expropriation par des militaires iraquiens d'une collection d'art islamique appartenant au requérant.

[586] On peut utiliser le cours de l'action lorsqu'il constitue une preuve satisfaisante de sa valeur, comme cela a été le cas dans l'affaire *INA Corporation v. Islamic Republic of Iran* (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R.* 373.

utilisée de préférence dans ces cas-là a consisté à estimer l'actif, en tenant compte de la valeur de l'achalandage et de la rentabilité, selon le cas. Cette méthode présente l'avantage de permettre de calculer l'indemnité autant que possible à partir d'une évaluation objective de la valeur de l'assise des actifs corporels de l'entreprise. La valeur de l'achalandage et d'autres indicateurs de rentabilité peut être incertaine, à moins qu'elle ne soit calculée à partir de données issues d'une vente récente ou d'une offre acceptable faite dans des conditions de pleine concurrence. Il reste que dans le cas des entités industrielles ou commerciales rentables dont l'ensemble est plus grand que la somme des parties, l'indemnisation ne serait pas totale si ces facteurs n'étaient pas dûment pris en considération[587].

24) Une autre méthode d'évaluation de la perte de capital consiste à déterminer la valeur comptable nette, c'est-à-dire la différence entre le montant total de l'actif de l'entreprise et le montant total du passif tel qu'il apparaît dans ses livres comptables. Elle offre plusieurs avantages: les chiffres peuvent être calculés objectivement par rapport aux coûts marchands; ils sont généralement tirés de livres récents et ils sont basés sur des données produites et utilisées par le requérant à des fins autres que celles touchant la réclamation. C'est pourquoi la méthode de la valeur comptable nette (ou une variante) a été employée pour estimer la valeur d'une entreprise. Cette méthode a cependant ses limites, qui tiennent à la dépendance vis-à-vis du coût d'origine, ou au caractère prudent de certains principes comptables qui tendent à sous-évaluer les actifs, notamment en période d'inflation, et au fait que la finalité des chiffres calculés ne tient pas compte du contexte de l'indemnisation et des règles qui y sont applicables. Le bilan peut renfermer une rubrique achalandage, mais la fiabilité de ces chiffres dépend du laps de temps qui s'est écoulé entre le moment où ils ont été calculés et celui de la vente effective.

---

[587] Il était autrefois reconnu que même lorsque la reprise d'un bien était licite, l'indemnisation pour une entreprise en activité devait aller au-delà de la valeur des éléments biens de l'entreprise. La Commission des réclamations États-Unis-Mexique, en rejetant une demande d'indemnisation pour manque à gagner dans le cas d'une reprise licite, a déclaré que l'indemnité à verser au titre des éléments biens serait «majorée de la valeur des éléments qui constituent une entreprise en exploitation»: *Wells Fargo & Company* c. *Mexico (Decision n° 22-B)*, Commission des réclamations États-Unis-Mexique (1926), p. 153. Voir aussi la décision n° 9 de la Commission d'indemnisation des Nations Unies (S/AC.26/1992/9, par. 16).

25) Dans les cas où une entreprise n'est pas en exploitation[588] on utilise généralement la valeur dite de «liquidation», ou de «liquidation forcée» ou encore de «dissolution». On ne tient alors pas compte de la valeur au-delà de la valeur marchande des actifs pris individuellement. Des techniques ont été mises au point pour calculer, en l'absence de transactions effectives, des valeurs hypothétiques représentant celles dont un acheteur sérieux et un vendeur sérieux pourraient convenir[589].

26) Depuis 1945, des techniques d'évaluation ont été élaborées pour tenir compte de différents éléments de risque et de probabilité[590]. La méthode des flux monétaires actualisés recueille quelque faveur, singulièrement lorsqu'il s'agit de calculer le revenu sur une période limitée, dans le cas des avoirs défectibles par exemple. Bien que mise au point pour évaluer la valeur marchande d'un bien, elle peut aussi être utilisée pour calculer la valeur d'un bien à des fins d'indemnisation[591]. Mais des difficultés peuvent se poser dans l'application de cette méthode au calcul de la valeur en capital dans le contexte d'une indemnisation. Cette méthode fait appel

---

[588] Pour un exemple d'entreprise dont on a considéré qu'elle n'était pas en exploitation, voir l'affaire *Phelps Dodge Corp.* c. *Islamic Republic of Iran* (1986) 10 *Iran-U.S.C.T.R.* 121, dans laquelle l'entreprise n'avait pas été créée depuis suffisamment longtemps pour que sa viabilité puisse être établie. Dans l'affaire *Sedco* c. *NIOC,* le requérant ne visait que la valeur de liquidation: (1986) 10 *Iran-U.S.C.T.R.* 180.

[589] Le caractère hypothétique du résultat est analysé dans l'affaire *Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran* (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189, p. 256 et 257, par. 220 à 223.

[590] Voir par exemple la méthodologie détaillée élaborée par la Commission d'indemnisation des Nations Unies pour évaluer les réclamations émanant d'entreprises koweïtiennes (Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la première tranche des réclamations de la catégorie «E4», 19 mars 1999, S/AC.26/1999/4, par. 32 à 62) et les réclamations présentées au nom de sociétés et autres entités commerciales ou industrielles non koweïtiennes, à l'exclusion des demandes d'indemnisation émanant du secteur pétrolier, du secteur du bâtiment et des travaux publics, ou concernant des garanties à l'exportation (Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la troisième tranche de réclamations «E2», 9 décembre 1999, S/AC.26/1999/22).

[591] Le recours à la méthode des flux monétaires actualisés pour évaluer la valeur en capital a été analysé de façon assez détaillée dans les affaires suivantes: *Amoco International Finance Corp., v. Islamic Republic of Iran* (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189; *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran* (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 112*; Philips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran* (1989) 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79; et *Ebrahimi (Shahin Shaine) v. Islamic Republic of Iran* (1994) 30 *Iran-U.S.C.T.R.* 170.

à un large éventail d'éléments qui relèvent foncièrement du domaine de la spéculation, dont certains ont des répercussions importantes sur le résultat (par exemple les taux d'actualisation, les fluctuations monétaires, le taux d'inflation, le prix des produits de base, les taux d'intérêt et d'autres risques commerciaux). Ceci a amené les tribunaux à appliquer avec circonspection cette méthode. Il s'ensuit que bien que les méthodes d'évaluation fondées sur la valeur des revenus aient été acceptées dans leur principe, une préférence marquée se manifeste en faveur des méthodes de la valeur de l'actif[592]. On se méfie en particulier du risque de double comptabilisation qui découle de l'existence d'un lien entre la valeur en capital d'une entreprise et ses profits d'origine contractuelle[593].

27) Il est reconnu au paragraphe 2 de l'article 36 que, dans certains cas, une indemnisation pour manque à gagner peut être indiquée. Des tribunaux internationaux ont tenu compte du manque à gagner en évaluant le montant de l'indemnité. Il s'agit, par exemple, des décisions rendues dans l'affaire du *Cape Horn Pigeon*[594] et l'affaire *Sapphire International Petroleums Ltd. v. National Iranian Oil Company*[595]*».* Le manque à gagner a joué un rôle dans l'affaire

---

[592] Voir par exemple les affaires *Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran,* 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189 (1987); *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran,* 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 112 (1987); *Philips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran,* 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79 (1989). Dans le cas des réclamations pour manque à gagner, la préférence va de même à la prise en compte des résultats passés plutôt que des prévisions. Par exemple, dans ses directives concernant l'évaluation des pertes industrielles ou commerciales, la Commission d'indemnisation des Nations Unies a déclaré dans sa décision n° 9 (S/AC.26/1992/9, par. 19): «Il faudrait par conséquent que la méthode d'évaluation repose sur les résultats passés plutôt que sur les prévisions et les projections pour l'avenir».

[593] Voir par exemple *Ebrahimi (Shahin Shaine) v. Islamic Republic of Iran* (1994) 30 *Iran-U.S.C.T.R.* 170, par. 159.

[594] *États-Unis d'Amérique* c. *Russie*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 63 (1902) (y compris une indemnité pour manque à gagner du fait de la saisie d'un baleinier américain). Des conclusions analogues ont été prises dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa* (1900), Martens, *Nouveau Recueil,* 2e série, vol. XXX, p. 329, Moore, *International Arbitrations,* vol. II, p. 1865 (1900), l'affaire du *«William Lee»,* Moore, *International Arbitrations,* vol. IV, p. 3405 à 3407 (1867) et l'affaire *Yuille Shortridge and Co. (Royaume-Uni* c. *Portugal),* de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 78 (1861). Ces décisions sont à l'opposé de celles prises dans l'affaire du *«Canada» (États-Unis d'Amérique* c. *Brésil)*, Moore, *International Arbitrations,* vol. II, p. 1733 (1870) et l'affaire *Lacaze,* de Lapradelle & Politis*, Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 290.

[595] (1963) *I.L.R.,* vol. 35, p. 187 et 189.

relative à l'*Usine de Chorzów* elle-même, la Cour permanente de justice internationale ayant décidé que la partie lésée devait recevoir une indemnité correspondant à la valeur que les biens perdus avaient, non pas au moment de l'expropriation, mais au moment de l'indemnisation[596]. Des indemnités ont aussi été accordées pour perte de profits prévus dans des contrats, dans les arbitrages *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Libya*[597] ou dans des arbitrages rendus par le CIRDI[598]. Néanmoins, les indemnités accordées pour manque à gagner ont été dans la pratique moins courantes que celles accordées pour les pertes comptabilisées. Des tribunaux ont hésité à accorder des indemnités dans le cas de réclamations émaillées d'éléments relevant foncièrement du domaine de la spéculation[599]. Comparés aux actifs corporels, les profits (et les actifs incorporels dont la valeur est fondée sur le revenu) sont assez exposés aux risques commerciaux et politiques, et ils le sont d'autant plus que les projections sont à long terme. Des indemnités pour perte de profits futurs ont été accordées dans les cas où un flux de revenu anticipé avait acquis des caractéristiques telles qu'il pouvait être considéré comme constituant un intérêt juridiquement protégé suffisamment sûr pour donner lieu à indemnisation[600]. Cela s'est

---

[596] *Usine de Chorzów (fond), 1928, C.P.J.I., série A, n° 17,* p. 47, 48 et 53.

[597] (1977) *I.L.R.*, vol. 62. p. 140.

[598] Voir par exemple l'affaire *Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia*, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case (1990) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 377; l'affaire *AGIP Spa v. Government of the People's Republic of the Congo* (1979) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 306.

[599] Selon l'arbitre dans l'affaire *Shufeldt (USA/Guatemala),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. II (1930), p. 1099, «le *lucrum cessans* doit découler directement du contrat et ne doit ni être trop éloigné, ni trop relever du domaine de la spéculation». Voir aussi l'affaire *Amco Asia Corp. and Others v.Republic of Indonesia* (1990) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 569, p. 612, par. 178, où il est indiqué que les «profits ne relevant pas du domaine de la spéculation» sont susceptibles de recouvrement. La Commission d'indemnisation des Nations Unies a également souligné que les requérants devaient lui apporter «des preuves claires et convaincantes des bénéfices réalisés et escomptés» [voir Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la première tranche des réclamations de la catégorie «E3», 17 décembre 1998 (S/AC.26/1998/13, par. 147)]. Pour évaluer les réclamations pour manque à gagner portant sur des contrats de travaux publics, les comités de commissaires ont généralement demandé aux requérants de prendre en considération dans le calcul du montant de leur réclamation le facteur risque inhérent au projet [ibid., par. 157; Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la quatrième tranche de réclamations «E3», 30 septembre 1999 (S/AC.26/1999/14, par. 126)].

[600] En examinant les réclamations concernant des profits futurs, le Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies traitant de la quatrième tranche des réclamations

fait généralement à travers des contrats ou dans certains cas, en vertu d'une longue série de transactions commerciales[601].

28) Trois catégories de perte de profits sont à distinguer: premièrement, la perte découlant de biens productifs de revenus subie au cours d'une période où le titre de propriété n'était pas mis en cause, par opposition à la perte de jouissance temporaire; deuxièmement, la perte de profits découlant de biens productifs de revenus subie entre la date de l'expropriation du titre et celle du règlement du litige[602] et troisièmement, la perte de profits futurs, cas dans lequel une indemnité pour manque à gagner est octroyée au titre des profits anticipés après la date du règlement du litige[603].

---

de la catégorie «E3» a estimé que pour qu'une réclamation de cette nature puisse faire l'objet d'une recommandation, «il [fallait] que les pièces justificatives ou autres informations appropriées attestent de manière satisfaisante l'existence de précédents positifs (c'est-à-dire une tradition de bénéfices et l'existence de circonstances permettant de justifier l'assertion selon laquelle il y aurait eu à l'avenir d'autres contrats profitables»: Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la quatrième tranche des réclamations de la catégorie «E3», 30 septembre 1999 (S/AC.26/1999/14), par. 140.

[601] Selon Whiteman, «pour que des indemnités soient accordées à ce titre, il faut que les profits prospectifs ne relèvent pas trop du domaine de la spéculation, ne soient pas trop contingents, trop incertains, etc. La preuve doit exister qu'ils ont été *raisonnablement* anticipés*;* et que les profits anticipés étaient probables et non pas simplement possibles»: Whiteman, *Damages,* vol. III, p. 1837.

[602] Il s'agit généralement de la dépossession de biens, par opposition à la résiliation illégale d'un contrat ou d'une concession. S'il est accordé une restitution, l'octroi d'une indemnité pour manque à gagner s'apparenterait à celle octroyée dans le cas d'une dépossession temporaire. S'il n'est pas accordé de restitution, comme dans le cas de l'affaire relative à l'*Usine de Chorzó*w *(fond), 1928, C.P.J.I., série A, n^{o} 17,* p. 47, et de l'affaire des *Réclamations des armateurs norvégiens (Norvège/États-Unis d'Amérique),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. I, p. 307 (1922), une indemnité est octroyée pour profits perdus jusqu'au moment où l'indemnisation est versée en lieu et place de la restitution.

[603] Des indemnités pour perte de bénéfices futurs ont été octroyées dans le cas de revenus stipulés dans un contrat, comme dans l'affaire *Amco Asia (Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia,* First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case (1990) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 377), plutôt que sur la base de l'expropriation de biens productifs de revenus. Dans le rapport et les recommandations de la Commission d'indemnisation des Nations Unies concernant la deuxième tranche des réclamations de la catégorie «E2» (S/AC.26/1999/6), traitant des pertes pour baisse d'activité commerciale, le Comité de commissaires a considéré que les pertes résultant d'une baisse des opérations commerciales ouvraient droit à réparation

29) La première catégorie comprend les demandes d'indemnisation pour manque à gagner du fait de la perte de la jouissance temporaire de l'actif productif de revenus[604]. Dans ce cas, le titre de propriété n'est pas en jeu et, par conséquent, la perte donnant lieu à indemnisation pendant la période considérée correspond au revenu auquel le requérant avait droit en vertu d'une possession non contestée.

30) La deuxième catégorie comprend les réclamations visant la prise illicite d'un bien productif de revenus. Des indemnités pour manque à gagner ont été accordées pour la période allant jusqu'à la date du règlement du litige. Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*[605], cette indemnisation a revêtu la forme de réinvestissement de revenus, représentant les profits calculés pour la période comprise entre la date de l'expropriation et la date de la décision rendue. Dans l'affaire des *Réclamations des armateurs norvégiens*[606], l'indemnité pour manque à gagner n'a pas été octroyée au-delà de la date de la décision rendue. Une fois la valeur en capital du bien productif de revenus rétablie par le jeu de l'indemnisation, les sommes versées à ce titre peuvent être réinvesties pour reconstituer un flux de revenus. Si la philosophie qui sous-tend l'octroi d'une indemnité pour manque à gagner dans ces affaires est moins évidente, cela peut être dû au fait que le droit de jouissance continue du requérant sur le bien en question est réputé courir jusqu'au moment où la restitution potentielle se concrétise par le versement d'une indemnité[607].

---

même si les actifs corporels n'avaient pas été touchés et si l'entreprise avait continué ses activités pendant toute la période considérée (ibid., par. 76).

[604] Nombre des affaires anciennes dans lesquelles une indemnité pour manque à gagner a été accordée concernaient des navires arraisonnés et immobilisés. Dans l'affaire du «*Montijo*», où un navire américain avait été arraisonné au Panama, le surarbitre a octroyé une somme d'argent par journée d'utilisation du navire perdue: Moore, *International Arbitrations,* vol. II, p. 1421 (1875). Dans l'affaire du «*Betsey*», une indemnité a été accordée correspondant non seulement à la valeur de la cargaison arraisonnée et immobilisée, mais aussi aux surestaries dues pour la période d'immobilisation à titre de perte de jouissance: Moore, *International Adjudications*, vol. V, p. 113 (1794).

[605] *Usine de Chorzów (fond)*, *1928, C.P.J.I., série A, n° 17,* p. 47.

[606] *Réclamation des armateurs norvégiens (Norvège/États-Unis d'Amérique),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. I, p. 307 (1922).

[607] Pour la démarche suivie par la Commission d'indemnisation des Nations Unies dans l'examen des réclamations pour manque à gagner lié à la destruction d'entreprises à la suite de

31) La troisième catégorie de demandes d'indemnités pour manque à gagner concerne les concessions et autres intérêts protégés par contrat. Dans ces cas aussi, des indemnités pour perte de profits futurs ont parfois été octroyées[608]. Dans le cas des contrats, c'est le revenu futur qui donne lieu à indemnisation, jusqu'à extinction du droit. Dans certains contrats, l'indemnité versée immédiatement (par exemple, lorsque le contrat est résiliable à la demande de l'État[609] ou dans les cas où il existe un autre motif de résiliation du contrat), on peut intervenir à une date ultérieure qui dépend des clauses du contrat lui-même.

32) Dans d'autres affaires, une indemnité pour manque à gagner a été exclue, au motif qu'il n'existait pas suffisamment de preuves que les profits perdus constituaient un intérêt juridiquement protégé. Dans l'affaire *Oscar Chinn*[610], un monopole ne s'est pas vu accorder le

---

l'invasion du Koweït par l'Iraq, voir le Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la première tranche des réclamations de la catégorie «E4», 19 mars 1999 (S/AC.26/1999/4), par. 184 à 187.

[608] Dans certains cas, des indemnités pour manque à gagner n'ont pas été octroyées au-delà de la date de la décision, mais pour des raisons n'ayant aucun rapport avec la nature du bien productif de revenus. Voir par exemple l'affaire *Robert May (United States v. Guatemala)*, 1900 For. Rel. 648; Whiteman, *Damages*, vol. III, p. 1704, 1860, où la concession était normalement expirée. Dans d'autres affaires, un cas de force majeure a eu pour effet de suspendre l'exécution d'obligations contractuelles. Voir par exemple les affaires *Gould Marketing, Inc. v. Ministry of Defence* (1984) 6 *Iran-U.S.C.T.R.* 272; *Sylvania Technical Systems v. Islamic Republic of Iran* (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R.* 298. Dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa (Portugal/Royaume-Uni)*, Martens, *Nouveau Recueil*, 2e série, vol. XXX, p. 329; Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1865 (1900), et dans l'affaire *Shufeldt (États-Unis/Guatemala),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. II, p. 1079 (1930), une indemnité pour manque à gagner a été octroyée dans le cadre d'une concession résiliée. Dans les affaires *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Company* (1963), *I.L.R.*, vol. 35, p. 136; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic* (1977), *I.L.R.,* vol. 62, p. 140 et *Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia,* First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case (1990), 1 *I.C.S.I.D. Reports* 377, des indemnités pour manque à gagner ont été également accordées sur la base de relations contractuelles.

[609] Comme dans le cas de l'affaire *Sylvania Technical Systems v. Islamic Republic of Iran,* (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R.* 298.

[610] *1934, C.P.J.I., série A/B, n° 63*, p. 65.

statut de droit acquis. Dans l'affaire *Asian Agricultural Products*[611], une demande d'indemnité pour manque à gagner présentée par une entreprise nouvellement créée a été rejetée faute de preuves de gains établis. Les demandes d'indemnités pour manque à gagner sont aussi assujetties aux différentes limitations d'usage qui conditionnent l'octroi de dommages et intérêts, telles que les critères touchant l'existence d'un lien de causalité, le préjudice indirect, les éléments de preuve et les principes comptables, qui tendent à déduire des projections les éléments qui relèvent du domaine de la spéculation.

33) Si des indemnités pour manque à gagner sont allouées, il n'est pas indiqué d'octroyer des intérêts (en vertu de l'article 38) sur les capitaux productifs de profits pendant la même période, tout simplement parce que le capital ne peut produire simultanément des intérêts et des profits. L'objectif premier est d'éviter une double indemnisation tout en assurant une réparation intégrale.

34) Il est bien établi que les dépenses accessoires donnent lieu à indemnisation si elles sont raisonnablement engagées pour remédier aux dommages ou atténuer d'une autre manière les pertes découlant de la violation[612]. Il peut s'agir de dépenses liées au déplacement de personnel ou à la nécessité de stocker ou de vendre à perte des produits non livrés.

---

[611] *Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (1990) 4 *I.C.S.I.D. Reports* 245.

[612] Des indemnités au titre des dépenses accessoires de ce type ont été octroyées par la Commission d'indemnisation des Nations Unies [voir le Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la première tranche des réclamations de la catégorie «E2» (S/AC.26/1998/7), où des indemnités ont été octroyées au titre de dépenses liées à l'évacuation et aux secours (par. 133, 153 et 249), du coût du rapatriement des employés (par. 228), des coûts de cessation de services (par. 214), des coûts des travaux de rénovation (par. 225) et des dépenses liées à l'atténuation des dommages (par. 183)] et par le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran (voir *General Electric Company v. Islamic Republic of Iran* (1991) 26 *Iran-U.S.C.T.R.* 148, par. 56 à 60 et par. 67 à 69, p. 68, où le Tribunal a accordé une indemnité pour articles revendus à perte et frais de stockage).

Article 37

Satisfaction

1. L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation.

2. La satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée.

3. La satisfaction ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable.

Commentaire

1) La satisfaction est la troisième forme de réparation que l'État responsable peut avoir à fournir pour s'acquitter de son obligation de réparer intégralement le dommage causé par un fait internationalement illicite. Il ne s'agit pas d'une forme de réparation classique, en ce sens que dans de nombreux cas, le préjudice causé par le fait internationalement illicite d'un État peut être réparé intégralement par la restitution ou l'indemnisation. Le caractère assez exceptionnel de la satisfaction et les liens que celle-ci entretient avec le principe de la réparation intégrale sont mis en relief par l'expression «dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation». Ce n'est que dans les cas où ces deux formes de réparation n'ont pas permis d'assurer une réparation intégrale que la satisfaction peut être nécessaire.

2) L'article 37 comprend trois paragraphes, chacun consacré à un aspect distinct de la satisfaction. Le paragraphe 1 porte sur la nature juridique de la satisfaction et les types de préjudice pour lesquels elle peut être accordée. Le paragraphe 2 énumère, de façon non exhaustive, certains modes de satisfaction. Le paragraphe 3 limite l'obligation de donner satisfaction, eu égard à des pratiques anciennes consistant à exiger des formes de satisfaction déraisonnables.

3) Conformément au paragraphe 2 de l'article 31, le préjudice que l'État responsable est tenu de réparer intégralement comprend «tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite d'un État». Le dommage, matériel ou moral, résultant d'un fait internationalement illicite peut normalement être évalué financièrement et est donc sujet à indemnisation. En revanche, la satisfaction est destinée à réparer ces dommages qui, n'étant

pas susceptibles d'évaluation financière, constituent un affront pour l'État. Ces préjudices sont souvent de nature symbolique, et découlent du simple fait de la violation de l'obligation, indépendamment des conséquences matérielles de cette violation pour l'État concerné.

4) Le recours à la satisfaction pour des préjudices de ce type, parfois appelés «préjudices immatériels»[613], est une pratique bien établie en droit international, comme l'a souligné le tribunal dans l'affaire du *Rainbow Warrior:*

> «Il y a une habitude de longue date des États et des cours et tribunaux internationaux d'utiliser la satisfaction en tant que remède ou forme de réparation (au sens large du terme) pour les violations d'une obligation internationale. Cette habitude s'applique particulièrement aux cas de dommages moraux ou légaux du fait direct d'un État, à l'inverse des cas de dommages aux personnes impliquant des responsabilités internationales[614].»

La pratique des États offre elle aussi de nombreux exemples de demandes de satisfaction lorsque le fait internationalement illicite d'un État cause un préjudice immatériel à un autre État. Ainsi, il peut s'agir d'outrage à des emblèmes de l'État tels que le drapeau national[615], de violations de la souveraineté ou de l'intégrité territoriale[616], d'attaques contre des navires ou des aéronefs[617], de mauvais traitements ou d'agressions contre des chefs d'État et de gouvernement ou contre

---

[613] Voir C. Dominicé, «De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État», *in L'ordre juridique international entre tradition et innovation; Recueil d'études* (Paris, P.U.F., 1997) p. 354.

[614] *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XX, p. 272 et 273, par. 122.

[615] On trouve des exemples dans l'affaire *Magee* (1874) [Whiteman*, Damages*, vol. I, p. 64], l'affaire du *Petit Vaisseau* (1863) [*Whiteman, Damages,* 2e série, vol. III, n° 2564] et l'affaire qui découla de l'outrage au drapeau français à Berlin en 1920 (C. Eagleton, *The responsibility of States in International Law* (New York, New York University Press, 1928, p. 186 et 187).

[616] Comme cela s'est produit dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XX, p. 217 (1990).

[617] Par exemple, l'attaque d'un appareil soviétique ayant à son bord le Président Brezhnev par des avions de chasse français au-dessus des eaux internationales de la Méditerranée (*R.G.D.I.P.*, vol. 65 (1961), p. 603), et le torpillage d'un navire des Bahamas par un avion cubain en 1980 (*R.G.D.I.P.*, vol. 84 (1980), p. 1078 et 1079.

des représentants diplomatiques ou consulaires ou d'autres personnes protégées[618] et la violation de locaux d'ambassades ou de consulats ainsi que du domicile de membres de missions diplomatiques étrangères[619].

5) Le paragraphe 2 de l'article 37 dispose que la satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée. Les modes de satisfaction énumérés dans l'article sont donnés à titre d'exemple. La forme adéquate de la satisfaction dépendra des circonstances et ne peut être prévue à l'avance[620]. Les formes que la satisfaction peut revêtir sont nombreuses, parmi lesquelles une enquête sur les causes de l'accident qui est à l'origine du dommage ou du préjudice[621], la création d'un fonds fiduciaire pour gérer l'indemnisation dans l'intérêt des bénéficiaires, une action disciplinaire ou pénale contre les personnes dont le comportement est à l'origine du fait internationalement illicite[622] ou l'octroi de dommages-intérêts symboliques

---

[618] Voir F. Przetacznik, «La responsabilité internationale de l'État à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre État», *R.G.D.I.P.*, vol. 78 (1974), p. 951.

[619] Par exemple, l'attaque par des manifestants, en 1851, du consulat d'Espagne à la Nouvelle-Orléans (Moore*, Digest*, vol. VI, p. 812), la tentative manquée de violation du consulat d'Italie à Alexandrie par deux policiers égyptiens en 1888 (*La prassi italiana di diritto internazionale*, deuxième série (Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1970), vol. III, n° 2558). Voir aussi les excuses et les regrets formulés à la suite de manifestations devant l'ambassade de France à Belgrade en 1961 (*R.G.D.I.P.*, vol. 65 (1961), p. 610), et à la suite de l'incendie en 1964 de la bibliothèque du service d'information américain du Caire (*R.G.D.I.P.*, vol. 69 (1965), p. 130 et 131) et, en 1965, de celle de Karachi (*R.G.D.I.P.*, vol. 70 (1966), p. 165 et 166).

[620] Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le tribunal, tout en rejetant les demandes néo-zélandaises de restitution et/ou de cessation et en refusant d'accorder une indemnisation, fit diverses déclarations au titre de la satisfaction ainsi qu'une recommandation «pour aider [les parties] à mettre un terme à cette regrettable affaire». Ainsi, il a recommandé à la France de verser deux millions de dollars des États-Unis au bénéfice d'un fonds «destiné à la promotion de relations étroites et amicales entre les citoyens des deux pays». Voir Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XX (1990) p. 274 (par. 126 et 127); voir aussi L. Migliorino, «Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction: à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du *Rainbow Warrior*», *R.G.D.I.P.*, vol. 96 (1992), p. 61.

[621] Par exemple, l'enquête menée par les États-Unis pour déterminer les causes de la collision entre un sous-marin américain et un navire de pêche japonais, le *Ehime Maru,* au large d'Honolulu: *New York Times,* 8 février 2001, section 1, p. 1, colonne 6.

[622] Le châtiment des individus responsables a été demandé dans l'affaire de l'assassinat en 1948, en Palestine, du comte Bernadotte dans l'exercice de ses fonctions au service des Nations Unies

pour préjudice non pécuniaire[623]. Les assurances ou garanties de non-répétition, dont il est traité dans le contexte de la cessation, peuvent aussi être considérées comme une forme de satisfaction[624]. L'énumération qui figure au paragraphe 2 n'est pas exhaustive mais n'exclut aucune possibilité. Qui plus est, l'ordre dans lequel les formes de satisfaction y sont énumérées ne correspond à aucune hiérarchie ni préférence. Il s'agit simplement d'exemples, qui ne sont pas classés en fonction de leur caractère approprié ni de la gravité du fait illicite. Le mode de satisfaction approprié sera, le cas échéant, déterminé selon les circonstances de l'espèce.

6) Une des formes de satisfaction les plus fréquentes pour dommage moral ou immatériel est la déclaration d'illicéité faite par une cour ou un tribunal compétent. La Cour internationale a affirmé l'utilité de la déclaration réparatoire en tant que forme de satisfaction pour préjudice immatériel dans le cadre de l'affaire du *Détroit de Corfou*, où, après avoir conclu à l'illicéité de l'opération de déminage (l'opération *Retail*) menée par la marine britannique après l'explosion, elle a ajouté qu'elle devait:

> «Pour assurer l'intégrité du droit international dont elle est l'organe, constater la violation par l'action de la marine de guerre britannique de la souveraineté de l'Albanie. Cette constatation correspond à la demande faite au nom de l'Albanie par son conseil et constitue en elle-même une satisfaction appropriée[625].»

Cette position a été suivie dans de nombreuses affaires[626]. Cependant, bien que les déclarations faites par une cour ou un tribunal compétent puissent être considérées comme une forme de satisfaction dans certaines affaires, de telles déclarations ne sont pas intrinsèquement associées à la satisfaction. Tout tribunal ou cour compétent est habilité à déterminer la licéité d'un comportement et à rendre ses conclusions publiques, en temps qu'étape normale du procès.

(Whiteman, *Digest*, vol. 8, p. 742 et 743) et dans l'affaire du meurtre, en 1975, de deux officiers américains à Téhéran (*R.G.D.I.P.*, vol. 80, p. 257).

[623] Voir, par exemple, l'affaire du «*I'm Alone*», Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. III, p. 1609 (1935); *Rainbow Warrior,* ibid.., vol. XX, p. 217 (1990).

[624] Voir le commentaire de l'article 30, par. 11).

[625] Affaire du *Détroit de Corfou, fond, C.I.J. Recueil 1949,* p. 35, repris dans le *dispositif,* p. 36.

[626] Par exemple, affaire du *Rainbow Warrior,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XX (1990), p. 273, par. 123.

Une telle déclaration peut être le prélude à une décision portant sur une forme quelconque de réparation ou peut constituer en soi la satisfaction demandée. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour a utilisé la déclaration comme forme de satisfaction, l'Albanie n'ayant demandé aucune autre forme de satisfaction. Cette déclaration présente d'autres avantages: elle doit être claire et autonome et, par définition, ne doit pas dépasser la portée ou les limites de la satisfaction visée au paragraphe 3 de l'article 37. Si les déclarations judiciaires ne sont pas mentionnées au paragraphe 2, c'est seulement parce que celles-ci doivent être formulées par un tiers compétent pour connaître du différend, et que le projet d'articles n'a pas pour objet de préciser quels sont ces tiers et de traiter de questions liées à la compétence des cours ou tribunaux. L'article 37 précise seulement que la reconnaissance de la violation par l'État responsable est une forme de satisfaction.

7) Les excuses sont une autre forme de satisfaction usuelle; elles peuvent être faites oralement ou par écrit par un représentant de l'État, voire par le chef de l'État. Les excuses et l'expression de regrets étaient demandées dans les affaires «*I'm Alone*[627]», *Kellet*[628] et *Rainbow Warrior*[629], et ont été offertes par l'État responsable dans les affaires des *Relations consulaires*[630] et *LaGrand*[631]. Les demandes et les offres d'excuses ne sont pas rares dans la pratique diplomatique: lorsque les circonstances le justifient, la présentation d'excuses en temps opportun peut contribuer pour beaucoup au règlement d'un différend. Dans d'autres cas, les excuses n'ont pas lieu d'être, par exemple lorsqu'une affaire est réglée *ex gratia*, ou elles peuvent être insuffisantes. Ainsi, dans l'affaire *LaGrand* la Cour a considéré que «des excuses ne suffisent

---

[627] Ibid., vol. III, p. 1609 (1935).

[628] Moore, *Digest*, vol. V, p. 43 (1897).

[629] Ibid., vol. XX, p. 217 (1990).

[630] *Convention de Vienne sur les relations consulaires* (*Paraguay* c. *États-Unis), mesures conservatoires*, *C.I.J. Recueil 1998,* p. 248. Pour le texte des excuses présentées par les États-Unis, voir U.S. Department of State Text of Statement Released in Asunción (Paraguay); communiqué de presse de James P. Rubin, porte-parole, 4 novembre 1998. Pour l'ordonnance mettant fin à la procédure, voir *C.I.J. Recueil 1998,* p. 426.

[631] *LaGrand (Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires,* ordonnance du 3 mars 1999, *C.I.J. Recueil 1999,* p. 9, et *LaGrand (Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique),* fond, Arrêt du 27 juin 2001.

pas en l'espèce, comme d'ailleurs chaque fois que des étrangers n'ont pas été avisés sans retard de leurs droits en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne et qu'ils ont fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères»[632].

8) Comme il y a eu, par le passé, des demandes excessives faites sous le couvert de la «satisfaction»[633], il paraît nécessaire de poser des limites aux mesures qui peuvent être demandées comme mode de satisfaction, et ce pour prévenir les abus qui sont contraires au principe de l'égalité des États[634]. En particulier, la satisfaction n'est pas censée avoir un caractère punitif, et n'inclut donc pas de dommages-intérêts punitifs. Le paragraphe 3 de l'article 37 fixe les limites de l'obligation de satisfaction sur la base de deux critères: premièrement, la satisfaction doit être proportionnée au préjudice; et deuxièmement, elle ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable. Il est vrai que le terme «humiliant» est imprécis, mais les exemples d'exigences de ce type ne manquent pas dans l'histoire.

Article 38

Intérêts

1. Des intérêts sur toute somme principale due en vertu du présent chapitre sont payables dans la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d'intérêt et le mode de calcul sont fixés de façon à atteindre ce résultat.

2. Les intérêts courent à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de payer est exécutée.

---

[632] Ibid., par. 123.

[633] Par exemple, la note conjointe présentée au Gouvernement chinois en 1900 après la révolte des Boxers et la demande formulée contre la Grèce par la Conférence des ambassadeurs dans l'affaire *Tellini* en 1923: voir C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (New York, New York University Press, 1928), p. 187 et 188.

[634] La nécessité de prévenir les abus dans le contexte de la satisfaction a été soulignée par des auteurs tels que J.C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staten als Rechtsbuch dargestellt* (3e éd.) (Nördlingen, 1878); traduction française de C. Lardy, *Le droit international codifié* (5e éd. revue et corrigée) (Paris, 1895), p. 268 et 269.

Commentaire

1) Les dommages-intérêts ne sont pas une forme autonome de réparation; et ne sont pas non plus nécessairement présents dans le contexte de l'indemnisation. C'est la raison pour laquelle, à l'article 38, on a utilisé l'expression «somme principale» et non «indemnisation». Cependant, l'attribution de dommages-intérêts peut être nécessaire dans certains cas afin de réparer intégralement le dommage causé par un fait internationalement illicite, et elle est généralement traitée séparément dans les demandes de réparation et dans les sentences des tribunaux.

2) En principe, l'État lésé peut prétendre à des intérêts sur la somme principale qui représente le préjudice si cette somme est déterminée avant la date du règlement, de l'arrêt ou de la sentence relatifs à la réclamation et dans la mesure qui est nécessaire pour assurer la réparation intégrale[635]. La jurisprudence internationale va dans le sens de l'adoption d'une règle générale où les intérêts seraient un aspect de la réparation intégrale[636]. Dans l'affaire du *Wimbledon*, la Cour permanente de Justice internationale a attribué des intérêts simples de 6 % à compter de la date de l'arrêt, sur le fondement de l'idée que les intérêts étaient seulement exigibles à partir «du moment où le montant de la somme due a été fixé et l'obligation de payer établie[637]».

3) La question de l'allocation d'intérêts a fréquemment surgi dans d'autres instances judiciaires, dans des affaires où le différend portait sur un préjudice subi tant par des personnes privées que par des États[638]. Le cas du Tribunal des différends irano-américains mérite d'être

---

[635] Ainsi, les intérêts peuvent ne pas être accordés lorsque le préjudice est fixé en valeur courante à la date de la sentence. Voir la sentence des *Phares,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XII (1956), p. 252 et 253.

[636] Voir, par exemple, les intérêts alloués dans le cadre de l'affaire *Illinois Central Railroad,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. IV, p. 134 (1926); de l'affaire *Lucas* (1966), *I.L.R.,* vol. 30, p. 220; voir aussi la *Décision administrative n° III* de la Commission mixte des réclamations germano-américaines, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. VII, p. 66 (1923).

[637] *1923, C.P.J.I., série A, n° 1,* p. 32. La Cour a considéré que la demande de la France, visant à ce que le taux d'intérêt fût fixé à 6 %, était bien fondée, étant donné «la situation financière actuelle du monde, en tenant compte des conditions admises pour les emprunts publics».

[638] Dans l'affaire du *M/V Saïga (n° 2)* (*Saint-Vincent-et-les Grenadines* c. *Guinée*), le Tribunal international du droit de la mer a alloué des intérêts à des taux différents par rapport à différentes catégories de préjudice: voir arrêt du 1er juillet 1999, par. 173.

souligné. Dans l'affaire *République islamique d'Iran* c. *États-Unis d'Amérique (A-19)*, le Tribunal plénier a considéré que sa compétence générale à l'égard des différends s'étendait au pouvoir d'allouer des intérêts, mais il a refusé de poser des critères uniformes sur ce point, au motif que cela relevait de la compétence de chaque Chambre et «de l'exercice … du pouvoir discrétionnaire qui leur est accordé pour décider de chaque espèce[639]». Sur la question de principe, le Tribunal a déclaré:

> «Les demandes d'intérêts font partie de l'indemnisation qui est recherchée et ne constituent pas une action distincte qui exigerait une conclusion juridictionnelle indépendante. Aux termes de l'article V de la Déclaration sur le règlement des différends, ce tribunal doit trancher les différends «sur la base du respect du droit». Ce faisant, il a régulièrement traité les intérêts, lorsqu'ils faisaient l'objet d'une demande, comme partie intégrante du «différend» qu'il a le devoir de trancher. Le Tribunal note que les Chambres ont toutes alloué des intérêts au titre de «l'indemnisation des dommages subis du fait du retard de paiement». […] En réalité, les tribunaux arbitraux ont coutume d'allouer des intérêts dans le cadre des dommages-intérêts qu'ils accordent, nonobstant l'absence de référence expresse aux intérêts dans le *compromis*. Étant donné que la possibilité d'allouer des intérêts est inhérente au pouvoir du tribunal de trancher les différends, l'exclusion de cette faculté ne pourrrait être fondée que sur une disposition expresse de la Déclaration sur le règlement des différends. Aucune disposition de cette nature n'existe. Le tribunal conclut par conséquent qu'il entre clairement dans le cadre de ses pouvoirs d'allouer des intérêts au titre de l'indemnisation du dommage qui a été subi[640].»

Le Tribunal a alloué des intérêts à un taux légèrement inférieur dans le cadre de différends intergouvernementaux[641]. Il n'a pas alloué d'intérêts dans certains cas, notamment lorsqu'il a considéré que l'indemnisation complète pouvait être obtenue par le versement d'une somme forfaitaire, ou en raison d'autres circonstances particulières[642].

---

[639] (1987), 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 285, p. 290. *In the Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1966), p. 475 et 476, G. H. Aldrich souligne que la pratique des trois Chambres n'a pas été entièrement uniforme.

[640] (1987), 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 285, p. 289 et 290.

[641] Voir C. N. Brower & J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (La Haye, Nijhoff, 1998), p. 626 et 627, avec des références aux différentes affaires. Le taux adopté était de 10 %, à comparer à celui de 12 % pour les différends commerciaux.

[642] Voir l'analyse détaillée de la Chambre III dans l'affaire *McCollough & Co., Inc. v. Ministry of Post, Telegraph & Telephone & others* (1986), 11 *Iran-U.S.C.T.R.* 3, p. 26 à 31.

4) La décision n° 16 du Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies aborde la question des intérêts. Elle dispose:

> «1. Il sera alloué des intérêts aux requérants dont la réclamation aura été acceptée à partir de la date à laquelle la perte leur a été infligée jusqu'à la date du paiement, à un taux suffisant pour compenser la perte découlant pour eux de l'impossibilité de faire usage pendant l'intervalle du principal de l'indemnité octroyée.
>
> 2. Les méthodes de calcul et de paiement des intérêts seront examinées par le Conseil d'administration le moment venu.
>
> 3. Les intérêts seront payés après les montants alloués au titre principal[643].»

Dans cette disposition, la décision de principe favorable à l'allocation d'intérêts si ceux-ci sont nécessaires à l'indemnisation du demandeur est combinée à la souplesse dans l'application du principe; les intérêts, s'ils constituent une forme d'indemnisation, sont néanmoins considérés comme un élément secondaire, subordonné au montant principal de la réclamation.

5) L'allocation d'intérêts est également envisagée par les cours et tribunaux compétents en manière de droits de l'homme, bien que la pratique de l'indemnisation soit relativement conservatrice et que les différends y aient presque toujours une origine non pécuniaire. L'octroi de ces intérêts peut par exemple avoir pour objet de protéger la valeur des dommages-intérêts qui sont accordés et doivent faire l'objet de versements échelonnés[644].

6) Dans la pratique la plus récente, les commissions d'indemnisation et les tribunaux nationaux ont généralement alloué des intérêts lorsqu'ils ont fixé le montant des indemnisations. Cependant, dans certains cas de règlement forfaitaire partiel, les réclamations ont été expressément limitées au principal, au motif que priorité devait être donnée à celui-ci, du fait

---

[643] «Allocation d'intérêts», décision 16 du 4 janvier 1993 (S/AC.26/1992/16).

[644] Voir, par exemple, l'affaire *Velásquez Rodríguez (Indemnisations)*, *Inter-Am.Ct.H.R., Série C, n° 7* (1990), par. 57. Voir aussi l'affaire *Papamichalopoulos* c. *Grèce (art. 50)*, *C.E.D.H., Série A, n° 330-B* (1995), par. 39. Dans cette affaire, les intérêts étaient exigibles seulement à l'égard du montant des dommages-intérêts pécuniaires qui avait été octroyé. Voir également D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Clarendon Press, 1999), p. 270 à 272.

de la faiblesse du fonds à distribuer[645]. Les tribunaux nationaux ont à l'occasion abordé les questions relatives aux intérêts dans l'optique du droit international[646], même si, le plus souvent, ces questions sont réglées par le droit du for.

7) Bien que la jurisprudence comme la pratique tendent à faire des intérêts un élément de la réparation intégrale, on ne peut pas dire que l'État lésé ait automatiquement droit à des intérêts. L'allocation d'intérêts dépend des circonstances de chaque espèce, et surtout de la question de savoir si elle est nécessaire aux fins de la réparation intégrale. Cette approche est conforme à divers systèmes juridiques ainsi qu'à la pratique des tribunaux internationaux.

8) Un autre aspect du problème concerne l'octroi d'intérêts composés. Les cours et tribunaux ont généralement pris position contre l'allocation d'intérêts composés, y compris ceux qui considèrent que les demandeurs sont normalement en droit de recevoir des intérêts compensatoires. Ainsi, le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran a constamment rejeté les demandes d'intérêts composés, y compris dans les cas où le demandeur avait subi un préjudice du fait des charges d'intérêts composés portant sur l'endettement lié à la réclamation. Dans l'affaire *J. R. Reynolds Tobacco Co. v. Government of the Islamic Republic of Iran,* le tribunal ne trouva pas …

> «de raisons particulières pour s'écarter des précédents internationaux, qui ne permettent pas normalement l'allocation d'intérêts composés. Ainsi qu'un auteur l'a relevé, «[i]l y a peu de règles dans le domaine des dommages-intérêts en droit international qui soient aussi bien établies que celle selon laquelle les intérêts composés ne sont pas permis». […] Même si l'expression «toutes sommes» peut être comprise comme incluant les intérêts, et partant, l'allocation d'intérêts composés, le tribunal, du fait du caractère ambigu des mots employés, interprète cette clause à la lumière de la règle internationale qui vient d'être rappelée, et exclut donc les intérêts composés[647]».

Conformément à cette approche, le Tribunal a interprété les clauses contractuelles qui semblaient permettre l'octroi d'intérêts composés de façon à empêcher que le demandeur obtienne un profit

---

[645] Voir, par exemple, le Foreign Compensation (People's Republic of China) Order 1987 (Royaume-Uni), s. 10, donnant effet à un accord de règlement du 5 juin 1987 (*U.K.T.S.* n° 37 (1987)).

[646] Voir, par exemple, *McKesson Corporation v. Islamic Republic of Iran,* 116 F. Supp. 2d 13 (*District Court*, D.C., 2000).

[647] (1984), 7 *Iran-U.S.C.T.R.* 181, p. 191 et 192, citant M. Whiteman, *Damages,* vol. III, p. 1997.

«complètement disproportionné au préjudice éventuel qu'[il] pourrait avoir subi du fait de ne pas avoir à sa disposition les montants exigibles[648]. La majorité des auteurs et des tribunaux continue donc de partager l'opinion exprimée par l'arbitre Huber dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol*:

> «la jurisprudence arbitrale en matière de compensations à accorder par un État à un autre pour dommages subis par les ressortissants de celui-ci sur le territoire de celui-là - jurisprudence pourtant particulièrement riche - est unanime […] pour écarter les intérêts composés. Dans ces circonstances, il faudrait des arguments particulièrement forts et de nature toute spéciale pour admettre en l'espèce ce type d'intérêt[649]».

Cela est également vrai des intérêts composés dans le cadre des différends interétatiques.

9) Plusieurs auteurs ont cependant défendu la révision de ce principe, au motif que «les intérêts composés raisonnablement encourus par la partie lésée devraient être recouvrables comme élément du dommage[650]». Dans certains cas, cette position a reçu l'appui de tribunaux d'arbitrage[651]. Mais, dans l'état actuel du droit international, on ne peut dire qu'un État lésé ait droit à des intérêts composés, si ce n'est lorsqu'il existe des circonstances spéciales qui justifieraient un facteur de composition dans le cadre de la réparation intégrale.

10) La question du mode de calcul des intérêts sur le principal octroyé à titre de réparation soulève quantité de problèmes complexes concernant la date initiale (date de la violation[652], celle

---

[648] *Anaconda-Iran, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1986), 13 *Iran-U.S.C.T.R.* 199, p. 235 [traduction non officielle]. Voir aussi G. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal (*Oxford, Clarendon Press, 1996*),* p. 477 et 478.

[649] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. II (1924), p. 650. Cf. la sentence *Aminoil*, où les intérêts alloués étaient composés pour une période donnée, sans que cela soit expliqué. Cela équivalait en l'espèce à plus de la moitié du montant total final, *Gouvernement du Koweït* c. *American Independant Oil Co.* (1982), *I.L.R.*, vol. 66, p. 613, par. 178 5).

[650] Par exemple, F. A. Mann, «*Compound Interest as an Item of Damage in International Law*», in *Further Studies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1990), p. 383.

[651] Voir, par exemple, *Compañía de Desarrollo de Santa Elena SA* c. *République du Costa Rica,* I.C.S.I.D.*,* affaire n° ARB/96/1, sentence finale du 1er février 2000, par. 103 à 105.

[652] Le fait de considérer la date de la violation comme la date initiale soulève des difficultés, notamment quant à la détermination de cette date; en outre, de nombreux systèmes juridiques exigent que le paiement soit requis par le demandeur avant que les intérêts ne commencent à

à laquelle le paiement aurait dû être effectué, celle de la réclamation ou de la demande), la date terminale (celle de l'accord de règlement ou de la sentence, celle du paiement effectif), ainsi que le taux d'intérêt applicable (taux actuel retenu par l'État défendeur, par l'État demandeur, taux d'emprunts internationaux). Il n'existe pas d'approche uniforme, au niveau international, aux questions de quantification et de fixation du montant des intérêts qui sont alloués[653]. En pratique, les circonstances de chaque espèce et le comportement des parties exercent une forte influence sur les modalités choisies. Le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran a fait observer à raison que ces questions, si elles ne peuvent être résolues par les parties, doivent être laissées «à l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui est accordé [aux tribunaux] pour décider de chaque espèce[654]». D'un autre côté, le caractère anarchique de la pratique actuelle incite à penser qu'une disposition générale sur le calcul des intérêts est utile. C'est pourquoi l'article 38 indique que les intérêts courent à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée, et jusqu'au jour où l'obligation de payer est remplie. Le taux d'intérêt et le mode de calcul doivent être fixés de manière à assurer la réparation intégrale du préjudice subi à raison d'un fait internationalement illicite.

11) Lorsqu'il est tenu compte du manque à gagner dans l'indemnisation du dommage causé par le fait illicite, il serait inapproprié que l'État lésé reçoive des intérêts, car cela impliquerait un double recouvrement. Un même capital ne peut pas être utilisé à la fois pour produire des intérêts

---

courir. La date de la demande formelle a été retenue comme date pertinente dans l'affaire de l'indemnité russe, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XI, p. 442 (1912), par analogie avec la position généralement adoptée dans les systèmes juridiques internes européens. Quoi qu'il en soit, le fait que la demande de paiement n'a pas été faite en temps voulu est un facteur important dans la décision d'allouer ou non des intérêts.

653 Voir, par exemple, J. Y. Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (La Haye, Kluwer, 1998), p. 13. Il faut souligner que beaucoup d'États islamiques, influencés par la charia, interdisent dans la loi ou même la Constitution le versement d'intérêts. Ils ont cependant mis en place des modalités de substitution pour les transactions commerciales et internationales. Ainsi, le paiement d'intérêts est prohibé par la Constitution iranienne (Principes 43, 49), mais le Conseil des gardiens de la révolution a considéré que cette injonction ne s'appliquait pas aux «gouvernements, institutions, compagnies et personnes étrangers qui, conformément aux principes de leur propre foi, ne considèrent pas que [les intérêts] sont interdits». Voir ibid., p. 39 et 40, avec les références citées.

654 *Islamic Republic of Iran v. United States of America (affaire n° A19)* (1987), 16 *Iran-U.S.C.T.R.*, p. 290.

et pour produire des profits. Toutefois, des intérêts peuvent être dus sur les profits qui auraient été gagnés, mais dont le propriétaire initial aurait été privé.

12) L'article 38 n'aborde pas la question des intérêts moratoires. Il ne porte que sur les intérêts qui constituent la somme allouée par la cour ou le tribunal, à savoir les intérêts compensatoires. Le pouvoir d'une cour ou d'un tribunal d'allouer des intérêts moratoires est une question de procédure.

Article 39

Contribution au préjudice

> Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée.

Commentaire

1) L'article 39 concerne les situations où le préjudice a été causé par le fait internationalement illicite d'un État qui, de ce fait, est responsable du dommage conformément aux articles 1 et 28, mais ou l'État lésé ou la personne victime de la violation a contribué matériellement aux dommages par sa négligence ou par une action ou omission délibérée, situations qui sont désignées, dans les systèmes juridiques nationaux, par les notions de «négligence contributive», «faute concurrente», «faute de la victime», etc.[655].

2) L'article 39 dispose que le comportement de l'État lésé ou de toute personne ou entité pour laquelle réparation est demandée doit être pris en compte pour déterminer la forme et l'étendue de la réparation. Cette disposition est conforme au principe selon lequel tout préjudice découlant d'un fait internationalement illicite doit être réparé intégralement, mais rien de plus. Elle va aussi dans le sens du principe de l'égalité entre l'État responsable et la victime de la violation.

3) Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a reconnu que le comportement de l'État réclamant pouvait être pertinent pour déterminer la forme et le montant de la réparation. Dans cette affaire, l'Allemagne avait tardé à dénoncer la violation et à entamer une procédure. La Cour a noté «que l'Allemagne peut être critiquée pour la manière dont l'instance a été

---

[655] Voir C. von Bar, *The Common European Law of Torts, Volume 2* (Munich, Beck, 2000), p. 517 à 540.

introduite et pour le moment choisi pour l'introduire», et dit qu'elle aurait pris ce facteur en considération, parmi d'autres, si «la conclusion de l'Allemagne avait comporté une demande à fin d'indemnités[656]».

4) L'importance de la contribution de l'État lésé au préjudice pour déterminer la réparation est largement étayée par la doctrine[657] et par la pratique des États[658]. Si la question de la contribution de l'État lésé au préjudice se pose le plus souvent dans le contexte de l'indemnisation, le principe peut également être pertinent pour d'autres formes de réparation. Ainsi, si un navire appartenant à un État est illégalement saisi par un autre État et que, pendant la durée de la saisie, il subit des avaries imputables à la négligence du capitaine, il pourra être simplement requis de l'État auteur qu'il rende le navire dans l'état endommagé dans lequel il se trouve.

5) Les actions ou omissions qui contribuent au préjudice subi ne sont pas toutes pertinentes à cette fin. L'article 39 autorise que soient prises en compte les seules actions ou omissions qui peuvent être considérées comme intentionnelles et négligentes, c'est–à–dire lorsque la victime

---

[656] Affaire *LaGrand (Allemagne* c. *États–Unis d'Amérique), fond,* arrêt du 27 juin 2001, par. 57 et 116. Pour ce qui est de l'importance du retard s'agissant de la perte du droit d'invoquer la responsabilité, voir l'article 45 *b* et le commentaire y relatif.

[657] Voir, par exemple, B. Graefrath, «*Responsibility and Damage Caused: relations between responsibility and damages*», *in Recueil des cours*, vol. 185 (1984-II), p. 95; B. Bollecker–Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (Paris, Pédone, 1973), p. 265 à 300.

[658] Dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa (Grande–Bretagne, États-Unis/Portugal*), les arbitres avaient conclu que: «toutes ces circonstances qui peuvent être alléguées à la charge de la compagnie concessionnaire et à la décharge du Gouvernement portugais atténuent la responsabilité de ce dernier, et justifient […] une réduction de la réparation à allouer»; (1900), Martens, *Nouveau Recueil*, 2e Série, vol. XXX, p. 329; Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1865 (1900). Dans l'affaire du «*Wimbledon*» *1923, C.P.J.I., série A, n° 1*, p. 31, la question s'est posée de savoir si le fait que le navire, après qu'on lui eut refusé de passer par le canal de Kiel, était resté quelque temps au port de Kiel avant de prendre une autre route avait contribué au préjudice. La Cour a admis implicitement qu'il fallait prendre en considération la conduite du capitaine du navire comme une circonstance susceptible d'affecter le montant de l'indemnité bien qu'elle ait conclu que le capitaine avait agi raisonnablement au vu des circonstances. Pour d'autres exemples, voir C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 23.

de la violation n'a pas veillé sur ses biens ou ses droits avec la diligence voulue[659]. La notion de négligence et d'action ou omission délibérée n'étant pas qualifiée, en indiquant qu'elle doit avoir été «grave» ou «manifeste», sa pertinence aux fins de la détermination de la réparation dépendra de la mesure dans laquelle elle a contribué au préjudice, ainsi que d'autres circonstances de l'espèce[660]. L'expression «il est tenu compte» indique que l'article porte sur les facteurs qui sont susceptibles d'affecter la forme de la réparation ou d'en réduire le montant.

6) L'action ou omission, intentionnelle ou par négligence, qui contribue au dommage peut être le fait de l'État lésé ou «de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée». L'expression vise à couvrir non seulement les situations où un État introduit une réclamation au nom d'un de ses nationaux dans le cadre de la protection diplomatique, mais aussi toute autre situation dans laquelle un État invoque la responsabilité d'un autre État à raison d'un comportement qui affecte principalement une tierce partie. Selon les articles 42 et 48, plusieurs situations différentes peuvent se produire. L'idée qui sous–tend l'article est que la position de l'État qui demande réparation ne devrait pas être plus favorable, aux fins de la réparation dans l'intérêt d'un autre, qu'elle ne le serait si la personne ou l'entité au titre de laquelle la réparation est demandée introduisait une réclamation en son nom propre.

Chapitre III

Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général

1) Le chapitre III de la deuxième partie est intitulé «Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général». Il porte sur certaines conséquences de violations particulières, identifiées selon deux critères: premièrement, il s'agit de violations d'obligations découlant de normes impératives du droit international général; et deuxièmement, les violations visées ont un caractère grave, de par leur échelle ou leur nature. Le chapitre III

---

[659] La terminologie est tirée du paragraphe 1 de l'article VI de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux, Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 961, p. 187.

[660] On peut envisager des situations où le préjudice en question est entièrement imputable au comportement de la victime et pas du tout à celui de l'État «responsable». Les situations de ce type sont couvertes par l'exigence générale de la cause directe, visée à l'article 31, et non par l'article 39. Pour les questions relatives à l'atténuation du préjudice, voir commentaire de l'article 31, par. 11).

contient deux articles: le premier définit la portée de l'application du chapitre (art. 40), le second énonce les conséquences juridiques des violations qui relèvent du chapitre (art. 41).

2) La question de savoir s'il y avait lieu d'établir une distinction qualitative entre différentes violations du droit international a suscité un important débat[661]. La Cour internationale de Justice a évoqué cette question dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, lorsqu'elle a indiqué:

> «une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*[662]».

La Cour entendait confronter la situation de l'État lésé dans le contexte de la protection diplomatique avec celle de tous les États en cas de violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble. Bien qu'aucune obligation de ce type n'ait été en cause dans cette affaire, la Cour a clairement indiqué qu'aux fins de la responsabilité des États, certaines obligations sont opposables à la communauté internationale dans son ensemble, et qu'en raison de «l'importance des droits concernés», tous les États ont un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés.

3) La Cour a réaffirmé à plusieurs reprises la notion d'obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, bien qu'elle se soit montrée prudente dans l'application de ce principe. Dans l'affaire du *Timor oriental*, elle a considéré «qu'il n'y avait rien à redire à l'affirmation du Portugal selon laquelle le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes*[663]». Dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la*

---

[661] Pour une bibliographie complète, voir M. Spinedi, «Crimes of States: A Bibliography», *in* J. Weiler, A. Cassese & M. Spinedi (dir. publ.), *International Crimes of States* (Berlin/New York, De Gruyter, 1989), p. 339 à 353, et N. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes* (Oxford, Oxford University Press, 2000), p. 299 à 314.

[662] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33. Voir M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Oxford, Clarendon Press, 1997).

[663] *Timor oriental (Portugal* c. *Australie), C.I.J. Recueil 1995,* p. 102, par. 29.

prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires), la Cour a déclaré que «les droits et les obligations consacrés dans la Convention sont des droits et des obligations *erga omnes*[664]». Cette constatation a contribué à sa conclusion selon laquelle sa compétence *rationae temporis* concernant la demande n'était pas limitée au moment à partir duquel les parties ont été liées par la Convention.

4) Un fait étroitement lié à ce qui précède est la reconnaissance de la notion de norme impérative du droit international aux articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[665]. Ces dispositions reconnaissent l'existence de règles de fond si essentielles qu'aucune dérogation n'y est possible, même au moyen d'un traité[666].

5) On s'est aperçu d'emblée que ce qui précède a des incidences sur les règles secondaires de la responsabilité des États, dont il faudrait tenir compte d'une manière ou d'une autre dans les articles. Au départ, on avait pensé se référer à la catégorie de «crimes internationaux des États», par opposition à tous les autres types de fait internationalement illicite («délits internationaux[667]»). Cependant, on n'a pas vu se développer de conséquences pénales pour les États en cas de violation de ces normes fondamentales. Ainsi, l'allocation de dommages-intérêts punitifs n'est pas reconnue en droit international, même en cas de violations graves d'obligations découlant de normes impératives. Conformément à l'article 34, les dommages-intérêts sont essentiellement de nature compensatoire[668]. Il n'en demeure pas moins, comme l'a indiqué le Tribunal militaire international en 1946, que:

---

[664] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires)*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 616, par. 31.

[665] Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

[666] Voir l'article 26 et le commentaire y relatif.

[667] Voir *Annuaire ... 1976*, vol. II, deuxième partie, p. 89 à 113, en particulier par. 6 à 34. Voir aussi le commentaire de l'article 12, par. 5).

[668] Voir le commentaire de l'article 36, par. 4).

> «Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international[669].»

6) En accord avec cette approche, et bien que les Tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo aient jugé et condamné des agents de l'État pour des crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions officielles, ni l'Allemagne ni le Japon n'étaient qualifiés d'«États criminels» dans les instruments créant ces tribunaux[670]. Dans la pratique internationale plus récente, c'est une approche analogue qui sous-tend la création des tribunaux spéciaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, qui a été décidée par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies. Les deux tribunaux ont été constitués uniquement pour poursuivre des personnes[671]. Dans sa décision relative à un *subpoena duces tecum* (*Procureur* c. *Blaskić*), la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a indiqué que «aux termes du droit international en vigueur, il est évident que les États, par définition, ne peuvent faire l'objet de sanctions pénales semblables à celles prévues par les systèmes pénaux internes[672]». De même, selon le Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, la Cour est compétente pour les «crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale», mais sa compétence est limitée aux personnes physiques (art. 25, par. 1). Il est précisé dans le même

---

[669] Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, arrêt du 1er octobre 1946, republié *in A.J.I.L.*, vol. 41 (1947), p. 221.

[670] Et ce, malgré le fait que le Statut de Londres de 1945 prévoyait expressément qu'«un groupement ou une organisation pouvait être déclaré criminel», cf. Statut du Tribunal militaire international, Londres, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279, art. 9 et 10.

[671] Voir art. 1er et 6 du Statut du Tribunal international chargé de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, 25 mai 1993 (publié initialement en tant qu'annexe du document S/25704 et Add.1, adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution 827 (1993) et amendé le 13 mai 1998 par la résolution 1166 (1998) et le 30 novembre 2000 par la résolution 1329 (2000); et art. 1er et 7 du Statut du Tribunal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994, 8 novembre 1994, adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution 955 (1994).

[672] Affaire IT-95-14-AR 108 *bis*, *Procureur* c. *Blaskić*, *I.L.R.*, vol. 110 (1997), p. 698, par. 25. Cf. *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires)*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 595, où les parties n'ont pas considéré la procédure comme étant de nature pénale. Voir aussi le commentaire de l'article 12, par. 6).

article, qu'«aucune disposition du Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international[673]».

7) En conséquence, les présents articles n'établissent pas de distinction aux fins de la première partie, entre «crimes» et «délits» des États. Il doit toutefois en ressortir que les notions fondamentales de normes impératives du droit international général et d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble emportent certaines *conséquences* dans le cadre de la responsabilité des États. Que les normes impératives du droit international général et les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble soient ou non des aspects différents d'un même concept, on peut dire en tout cas que ces deux notions se recoupent de façon substantielle. Les exemples d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble donnés par la Cour internationale de Justice[674] concernent tous des obligations qui, de l'avis général, découlent de normes impératives du droit international général. De même, les exemples donnés par la Commission dans son commentaire relatif à ce qui est devenu l'article 53 de la Convention de Vienne[675] concernent des obligations envers la communauté internationale

---

[673] Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juin 1998, A/CONF.183/9, art. 25 4). Voir aussi art. 10: «Aucune disposition du présent chapitre ne doit être interprétée comme limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles du droit international existantes ou en formation qui visent d'autres fins que le présent Statut.»

[674] Selon la Cour internationale de Justice, les obligations *erga omnes* «découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale»: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *deuxième phase*, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 34. Voir aussi *Timor oriental* (*Portugal* c. *Australie*), *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, par. 29; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 258, par. 83; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires)*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 615 et 616, par. 31 et 32.

[675] La Commission du droit international a donné les exemples suivants de traités qui contreviendraient à l'article en question parce que contraires à une règle impérative du droit international général, ou règle de *jus cogens*: «a) le traité qui envisage un emploi illicite de la force contraire aux principes de la Charte; b) le traité qui envisage l'exécution de tout autre acte constituant un crime au regard du droit international; et c) le traité qui envisage ou tolère l'accomplissement d'actes tels que la traite des esclaves, la piraterie ou le génocide, à la répression desquels tout État est tenu de coopérer […] comme autre exemple possible, il a été question des traités qui violent les droits de l'homme, l'égalité des États ou le principe de l'autodétermination»: *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 270.

tout entière. Cela étant, il existe à tout le moins une différence de perspective. Alors que les normes impératives du droit international général traitent de la portée d'un certain nombre d'obligations fondamentales et du rang de priorité qu'il convient de leur accorder, les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble sont axées sur l'intérêt juridique qu'ont tous les États à leur respect, à savoir, dans le cadre du présent article, le fait qu'ils sont habilités à invoquer la responsabilité de tout autre État en cas de violation. Par conséquent, il est bon de faire le départ entre les conséquences de l'une et de l'autre notion. Premièrement, les violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général peuvent entraîner des conséquences supplémentaires, non seulement pour l'État responsable mais pour tous les autres États. Deuxièmement, tous les États ont le droit d'invoquer la responsabilité pour la violation d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. La première de ces propositions fait l'objet du présent chapitre; la seconde est traitée à l'article 48.

Article 40

Application du présent chapitre

1. Le présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

2. La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation.

Commentaire

1) L'article 40 a pour objet de définir les violations couvertes par le chapitre. Il établit deux critères permettant de distinguer «les violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général» des autres types de violation. Le premier critère a trait à la nature de l'obligation violée, qui doit découler d'une norme impérative du droit international général. Le second porte sur l'intensité de la violation, qui doit avoir un caractère grave. Le chapitre III ne s'applique qu'aux violations du droit international qui satisfont à ces deux critères.

2) Le premier critère a donc trait à la nature de l'obligation violée. Pour que le présent chapitre s'applique, la violation doit concerner une obligation découlant d'une norme impérative

du droit international général. Conformément à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[676], une norme impérative du droit international général est …

> «une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère».

La notion de «norme impérative du droit international général» est reconnue dans la pratique internationale, dans la jurisprudence des cours et tribunaux nationaux et internationaux, ainsi que dans la doctrine[677].

3) Il n'y a pas lieu de donner des exemples de normes impératives dans le texte même de l'article 40; il n'y en a d'ailleurs aucun dans le texte de l'article 53 de la Convention de Vienne. Les obligations visées à l'article 40 découlant des règles de fond qui interdisent des comportements considérés comme intolérables en raison de la menace qu'ils représentent pour la survie des États et de leurs peuples, ainsi que pour les valeurs humaines fondamentales.

4) Parmi ces interdictions, on considère généralement que l'interdiction de l'agression est une norme impérative, ce qu'étaient, par exemple, le commentaire de la Commission relatif à ce qui est devenu l'article 53[678], les déclarations non démenties faites par les gouvernements au cours de la Conférence de Vienne[679], les communications des deux parties dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* et la position adoptée par la Cour dans cette affaire[680]. Les autres

---

[676] Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

[677] Pour une analyse plus poussée des critères d'identification d'une norme impérative, voir le commentaire de l'article 26, par. 5, qui renvoie à la jurisprudence et à la doctrine.

[678] *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 269.

[679] Au cours de la Conférence de Vienne, plusieurs gouvernements ont qualifié d'impératives les interdictions relatives à l'agression et à l'emploi illicite de la force: voir *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session,* A/CONF.39/11, p. 294, 296, 297, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 311, 312, 318, 320, 322, 323, 324 et 326.

[680] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986,* p. 100 et 101, par. 190. Voir aussi Président Nagendra Singh, ibid., p. 153.

exemples énumérés par la Commission dans le commentaire relatif à l'article 53, à savoir les interdictions relatives à l'esclavage et à la traite des esclaves, ou au génocide, ainsi qu'à la discrimination raciale et à l'apartheid, semblent eux aussi recueillir une large adhésion. Ces pratiques sont interdites en vertu de conventions et de traités internationaux qui ont été ratifiés par un grand nombre d'États et n'admettent aucune exception. Lors de la Conférence de Vienne, les gouvernements se sont entendus sur le caractère impératif de ces interdictions. Quand à l'interdiction du génocide, son caractère impératif est étayé par plusieurs décisions judiciaires nationales et internationales[681].

5) Bien qu'il ne soit pas expressément mentionné dans le commentaire de la Commission relatif à l'article 53 de la Convention de Vienne, le caractère impératif de certaines autres normes semble recueillir l'adhésion générale. C'est le cas de l'interdiction de la torture, telle que définie à l'article premier de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984[682]. Le caractère impératif de cette interdiction a été confirmé par les décisions d'organes tant internationaux que nationaux[683]. Au vu de ce que la Cour internationale de Justice a dit des règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés qui ont un caractère «intransgressible», il semblerait aussi justifié de les considérer comme impératives[684]. Enfin, l'obligation de respecter le droit à l'autodétermination mérite d'être mentionnée. Comme la Cour internationale de Justice l'a noté dans l'affaire du *Timor oriental*, «le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes … est

---

[681] Voir, par exemple, la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1993,* p. 439 et 440; *demande reconventionnelle, C.I.J. Recueil 1997,* p. 243; le Tribunal de district de Jérusalem dans l'affaire *Procureur général du Gouvernement d'Israël* c. *Eichmann* (1961), *I.L.R.*, vol. 36, p. 5.

[682] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465 p. 123.

[683] Cf. *the U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit, in Siderman de Blake v. Argentina* (1992), *I.L.R.*, vol. 103, p. 471; the United Kingdom Court of Appeal *in Al Adsani v. Government of Kuwait* (1996), *I.L.R.*, vol. 107, p. 540 et 541; the United Kingdom House of Lords *in R. v. Bow Street Metropolitan Magistrate, ex. Parte Pinochet Ugarte (n° 3)* [1999] 2 W.L.R. 827, p. 841, 881. Cf. *the U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit, in Filartiga v. Pena-Irala* (1980) 630 F.2d 876, *I.L.R.*, vol. 77, p. 177 à 179.

[684] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996*, p. 257, par. 79.

l'un des principes essentiels du droit international contemporain», qui donne naissance à une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, qui est tenue d'en autoriser et d'en respecter l'exercice[685].

6) Il convient de souligner que la liste d'exemples susmentionnée n'est peut-être pas exhaustive. De plus, l'article 64 de la Convention de Vienne prévoit la survenance de nouvelles normes impératives du droit international général, pour autant qu'il s'agisse de normes acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble, comme en dispose l'article 53. Les exemples donnés sont donc sans préjudice des règles existantes ou en formation du droit international qui satisfont aux critères prévus à l'article 53.

7) Outre qu'il a une portée limitée en raison du nombre relativement restreint de normes impératives, l'article 40 prévoit une autre restriction aux fins du chapitre, à savoir que la violation doit avoir été «grave». Les violations «graves» sont définies au paragraphe 2 comme dénotant «de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation». Le mot «grave» signifie qu'un certain ordre de grandeur est requis, mais il ne doit pas être interprété comme signifiant que certaines violations ne sont pas graves ou qu'elles sont en quelque sorte excusables. Il reste que l'on peut envisager des violations de normes impératives relativement moins graves et qu'il est nécessaire de limiter la portée du chapitre aux violations les plus graves ou systématiques. La pratique des États étaie dans une certaine mesure une telle restriction. Ainsi, lorsqu'ils réagissent contre des violations du droit international, les États soulignent souvent leur caractère systématique, flagrant ou répété. De même, les procédures de plaintes internationales, par exemple dans le domaine des droits de l'homme, attachent des conséquences différentes aux violations systématiques, notamment en ce qui concerne la non-applicabilité de la règle de l'épuisement des recours internes[686].

---

[685] *Timor oriental (Portugal* c. *Australie), C.I.J. Recueil 1995,* p. 102, par. 29. Voir la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale du 24 octobre 1970, cinquième principe.

[686] Voir *Irlande* c. *Royaume-Uni, C.E.D.H., Série A, n° 25* (1978), par. 159; cf., par exemple, la procédure établie par la résolution 1503 (XLVIII) du Conseil économique et social, laquelle prévoit un «ensemble de violations flagrantes et systématiques des droits de l'homme».

8) Pour être considérée comme systématique, une violation doit avoir été commise de façon organisée et délibérée. En revanche, le terme «flagrante» renvoie à l'intensité de la violation ou de ses effets; il dénote des violations manifestes qui représentent une attaque directe contre les valeurs protégées par la règle. Les termes ne sont pas mutuellement exclusifs; les violations graves sont généralement à la fois systématiques et flagrantes. Au nombre des facteurs pouvant déterminer la gravité d'une violation, on citera l'intention de violer la norme; l'étendue et le nombre des violations en cause et la gravité de leurs conséquences pour les victimes. De plus, certaines des normes impératives en question, en particulier les interdictions d'agression et de génocide, requièrent, de par leur nature même, une violation intentionnelle commise à large échelle[687].

9) L'article 40 ne prévoit pas de procédure visant à déterminer si une violation grave a été ou non commise. Les articles n'ont pas pour objet d'établir de nouvelles procédures institutionnelles applicables à des cas particuliers, que ceux-ci relèvent ou non du chapitre III de la deuxième partie. De plus, les violations graves dont il est question dans le présent chapitre seront probablement traitées par les organisations internationales compétentes, dont le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale. En cas d'agression, le Conseil de sécurité est investi d'un rôle spécifique, qui lui est conféré par la Charte.

---

[687] En 1976, la Commission a proposé les exemples suivants de ce que l'on a appelé «crimes internationaux»:

«a) Une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, comme celle interdisant l'agression;

b) Une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, comme celle interdisant l'établissement ou le maintien par la force d'une domination coloniale;

c) Une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celle interdisant l'esclavage, le génocide ou l'apartheid;

d) Une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain, comme celle interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers.»

(*Annuaire ... 1976*, vol. II, deuxième partie, p. 89).

Article 41

Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation en vertu du présent chapitre

1. Les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40.

2. Aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation.

3. Le présent article est sans préjudice des autres conséquences prévues dans la présente partie et de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner, d'après le droit international, une violation à laquelle s'applique le présent chapitre.

Commentaire

1) L'article 41 traite des conséquences particulières des violations qui ont la nature et la gravité visées à l'article 40. Il se compose de trois paragraphes. Les deux premiers énoncent les obligations juridiques spéciales qu'ont les États face à des «violations graves» au sens de l'article 40, le troisième prend la forme d'une clause de sauvegarde.

2) Aux termes du paragraphe 1 de l'article 41, les États ont le devoir de coopérer pour mettre fin à toute violation grave au sens de l'article 40. Étant donné la diversité des circonstances qui pourraient éventuellement intervenir, la disposition ne spécifie pas la forme que cette coopération devrait prendre. Celle-ci pourrait être organisée dans le cadre d'une organisation internationale compétente, notamment l'Organisation des Nations Unies. Cependant, le paragraphe 1 n'exclut pas la possibilité d'une coopération hors institution.

3) Le paragraphe 1 n'explicite pas non plus quelles mesures les États devraient prendre pour mettre fin à toute violation au sens de l'article 40. Une telle coopération doit s'exercer par des moyens licites, dont le choix dépend des circonstances de l'espèce. Il est dit clairement, cependant, que l'obligation de coopérer s'applique à tous les États, qu'ils aient été ou non directement touchés par la violation grave. Face à des violations graves, un effort concerté et coordonné de tous les États s'impose pour en contrecarrer les effets. On peut se demander si le droit international général, dans son état actuel, impose un devoir positif de coopération et, à cet égard, le paragraphe 1 relève peut-être du développement progressif du droit international. En réalité, une telle coopération s'instaure d'ores et déjà, notamment dans le cadre des organisations

internationales, pour répondre aux violations les plus graves du droit international, et c'est d'ailleurs souvent le seul moyen d'y remédier efficacement. Le paragraphe 1 vise à renforcer les mécanismes de coopération existants, en ce sens qu'il appelle tous les États à réagir de façon appropriée aux violations graves visées à l'article 40.

4) Selon le paragraphe 2 de l'article 41, les États ont un devoir d'abstention, qui se compose de deux obligations distinctes: premièrement, l'obligation de ne pas reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40 et, deuxièmement, celle de ne prêter ni aide ni assistance au maintien de cette situation.

5) La première de ces deux obligations impose à la communauté internationale dans son ensemble la non-reconnaissance collective de la licéité de situations créées par une violation grave au sens de l'article 40[688]. Cette obligation s'applique dans le cas des «situations» créées par ces violations, telles que, par exemple, la tentative d'acquisition de la souveraineté sur un territoire par le biais du déni du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Elle vise non seulement la reconnaissance officielle de ces situations mais aussi l'interdiction de tous actes qui impliqueraient une telle reconnaissance.

6) L'existence d'une obligation de non-reconnaissance face à des violations graves d'obligations découlant de normes impératives est étayée par la pratique internationale et la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Le principe selon lequel toute acquisition territoriale obtenue par la force n'est pas valide et ne doit pas être reconnue a été exprimé clairement lors de la crise de Mandchourie en 1931-1932; le Secrétaire d'État des États-Unis de l'époque, Henry Stimson, a déclaré à cette occasion que les États-Unis d'Amérique, auxquels se joignaient une large majorité des membres de la Société des Nations, ne sauraient …

> «admettre la licéité de toute situation *de facto* ni … reconnaître tout traité ou accord conclu entre ces gouvernements ou leurs agents, qui serait susceptible de porter atteinte … à la souveraineté, à l'indépendance ou … à l'intégrité territoriale et administrative de la République de Chine; … ni reconnaître toute situation, traité ou accord obtenu par

[688] Ce qui a été décrit comme «une arme de choix dans la lutte contre les violations graves des règles fondamentales du droit international»: C. Tomuschat, «International Crimes by States: An Endangered Species?», *in* K. Wellens (dir. publ.), *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy* (La Haye, Nijhoff, 1998), p. 259.

> des moyens contraires aux engagements et obligations contenus dans le Pacte de Paris du 27 août 1928[689]».

Ce principe est affirmé dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, dans laquelle il est indiqué explicitement que les États s'abstiennent de reconnaître comme légale toute acquisition territoriale obtenue par l'emploi de la force[690]. Ainsi que la Cour internationale de Justice l'a conclu dans l'affaire des *Affaires militaires et paramilitaires*, le consentement unanime des États à cette déclaration «peut s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes[691]».

7) Un exemple de la pratique de non-reconnaissance d'actes commis en violation de normes impératives est fourni par la réaction du Conseil de sécurité à l'invasion du Koweït par l'Iraq en 1990. Après que l'Iraq eut proclamé sa «fusion totale et irréversible» avec le Koweït, le Conseil de sécurité a déclaré, dans sa résolution 662 (1990) que l'annexion «n'a aucun fondement juridique et est nulle et non avenue», et demandé à tous les États, organisations internationales et institutions spécialisées de ne pas reconnaître cette annexion et de s'abstenir de toute mesure et tout contact qui pourrait être interprété comme une reconnaissance implicite de l'annexion. Aucun État n'a d'ailleurs reconnu la licéité de l'annexion, dont les effets ont été par la suite annulés.

8) En ce qui concerne le déni du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, la Cour internationale de Justice a demandé tout aussi clairement, dans son avis consultatif sur l'affaire

---

689 Note du Secrétaire d'État aux Gouvernements chinois et japonais, in Hackworth, *Digest*, vol. I, p. 334; entérinée par les résolutions de l'Assemblée du 11 mars 1932, *Journal officiel de la Société des Nations*, mars 1932, Supplément spécial n° 101, p. 87. Pour un aperçu de la pratique antérieure en matière de non-reconnaissance collective, voir J. Dugard, *Recognition and the United Nations* (Cambridge, Grotius, 1987), p. 24 à 27.

690 Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, premier principe, par. 10.

691 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986,* p. 100, par. 188.

de la *Namibie (Sud-Ouest africain)*, la non-reconnaissance de la situation[692]. Les mêmes obligations sont affirmées dans les résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale concernant la situation en Rhodésie[693] et dans les bantoustans en Afrique du Sud[694]. Ces exemples reposent sur le principe selon lequel, lorsqu'une violation grave au sens de l'article 40 s'est traduite par une situation qui, dans d'autres circonstances, appellerait une reconnaissance, celle-ci ne doit pas être accordée. La non-reconnaissance collective semble être une condition préalable de toute action concertée de la communauté internationale contre de telles violations et correspond à la réaction minimum requise de la part des États aux violations graves visées à l'article 40.

9) Aux termes du paragraphe 2 de l'article 41, aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave. Cette obligation s'applique à tous les États, y compris l'État responsable. Il est arrivé que l'État responsable cherche à conforter la situation qu'il a créée en la reconnaissant lui-même. L'État responsable est évidemment tenu de ne pas reconnaître ou maintenir la situation illicite découlant de la violation. Des considérations analogues s'appliquent même à l'État lésé: étant donné que par définition, la violation concerne la communauté internationale dans son ensemble, la renonciation ou la reconnaissance obtenue de l'État lésé par l'État responsable n'interdit pas à la communauté internationale de chercher à parvenir à un règlement juste et approprié. Ces conclusions sont conformes à l'article 30 sur la cessation et sont renforcées par le caractère impératif des normes en question[695].

---

[692] *Conséquences juridiques pour les États 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. 56, par. 126; la Cour a conclu que «la cessation du mandat et la déclaration de l'illégalité de la présence sud-africaine en Namibie étaient opposables à tous les États, en ce sens qu'elles rendent illégales *erga omnes* une situation qui se prolonge en violation du droit international».

[693] Cf. résolution 216 (1965) du Conseil de sécurité.

[694] Voir, par exemple, la résolution 31/6A de l'Assemblée générale (1976), entérinée par la résolution 402 (1976) du Conseil de sécurité; résolution 32/105N de l'Assemblée générale (1977); résolution 34/93G de l'Assemblée générale (1979); voir aussi les déclarations faites par les présidents en exercice du Conseil de sécurité suite à la «création» du Venda et du Ciskei: S/13549, 21 septembre 1979; S/14794, 15 décembre 1981.

[695] Voir aussi le commentaire de l'article 20, par. 7), et le commentaire de l'article 45, par. 4).

10) Les conséquences de l'obligation de non-reconnaissance n'en sont pas pour autant absolues. Dans son avis consultatif dans l'affaire de la *Namibie (Sud-Ouest africain)*, la Cour, tout en considérant que la situation était illégale *erga omnes* et ne pouvait être reconnue comme licite par aucun État, y compris ceux qui n'étaient pas membres de l'Organisation des Nations Unies, a indiqué:

> «La non-reconnaissance de l'administration sud-africaine dans le territoire ne devrait pas avoir pour conséquence de priver le peuple namibien des avantages qu'il peut tirer de la coopération internationale. En particulier, alors que les mesures prises officiellement par le Gouvernement sud-africain au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne après la cessation du mandat sont illégales ou nulles, cette nullité ne saurait s'étendre à des actes, comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du Territoire[696].»

Tant le principe de la non-reconnaissance et cette restriction sont appliqués, par exemple par la Cour européenne des droits de l'homme[697].

11) La seconde obligation visée au paragraphe 2 interdit aux États de prêter aide ou assistance au maintien de toute situation créée par une violation grave au sens de l'article 40.
Cette disposition va au-delà de celles qui sont consacrées à l'aide ou l'assistance en vue de la commission d'un fait internationalement illicite, qui font l'objet de l'article 16. Elle vise les comportements qui, *ex post facto*, aident l'État responsable à maintenir une situation et sont «opposables à tous les États en ce sens qu'elles rendent illégales *erga omnes* une situation qui se prolonge en violation du droit international[698]». Elle va au-delà de la commission de la violation grave pour s'intéresser au maintien de la situation créée par ladite violation, et s'applique que la violation commise soit ou non continue. Quant aux éléments de «l'aide ou l'assistance», l'article 41 doit être lu parallèlement à l'article 16. Ainsi, la notion d'aide ou d'assistance visée à

---

[696] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971,* p. 56, par. 125.

[697] *Loizidou* c. *Turquie, fond, C.E.D.H. Recueil 1996-VI*, p. 2216; *Chypre* c. *Turquie* (requête n° 25781/94), arrêt du 10 mai 2001, par. 89 à 98.

[698] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 56, par. 126.

l'article 16 présuppose que l'État avait «connaissance des circonstances du fait internationalement illicite». Il n'est nul besoin de mentionner cette exigence au paragraphe 2 de l'article 41, puisqu'il est difficile d'imaginer qu'un État puisse ne pas avoir remarqué une violation grave commise par un autre État.

12) À certains égards, l'interdiction contenue au paragraphe 2 peut être considérée comme la suite logique du devoir de non-reconnaissance. Cependant, son champ d'application est distinct en ce sens qu'elle vise aussi des actions qui n'impliqueraient pas la reconnaissance de la situation créée par la violation grave au sens de l'article 40. Cette existence distincte est confirmée, par exemple, par les résolutions du Conseil de sécurité qui interdisaient aux États de prêter aide ou assistance en vue du maintien du régime illégal d'apartheid en Afrique du Sud ou du régime colonial portugais[699]. Comme dans le cas du devoir de non-reconnaissance, ces résolutions sembleraient énoncer une idée générale applicable à toutes les situations créées par des violations graves au sens de l'article 40.

13) Selon le paragraphe 3, l'article 41 est sans préjudice des autres conséquences prévues dans la deuxième partie et de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner une violation grave au sens de l'article 40. Ce paragraphe sert un double objectif: premièrement, il énonce clairement que les violations graves au sens de l'article 40 entraînent les conséquences juridiques qui sont attachées à toutes les violations envisagées aux chapitres I et II de la deuxième partie. Ainsi, une violation grave au sens de l'article 40 fait naître l'obligation, pour l'État responsable, de mettre fin au fait illicite, de poursuivre l'exécution et, le cas échéant, de donner des garanties et des assurances de non-répétition. De même, il est tenu de fournir réparation conformément aux règles énoncées au chapitre II de la présente partie. Il ne fait aucun doute que les incidences de ces obligations dépendent de la gravité de la violation en question, ce qu'autorise d'ailleurs le libellé actuel des articles.

14) Deuxièmement, le paragraphe 3 évoque toute autre conséquence supplémentaire que pourrait entraîner une violation grave d'après le droit international. Il peut s'agir d'une règle primaire, comme c'est le cas de l'interdiction de l'agression. Le paragraphe 3 fait donc une place

---

[699] Cf., par exemple, résolution 218 (1965) du Conseil de sécurité sur les colonies portugaises et les résolutions 418 (1977) et 569 (1985) du Conseil de sécurité sur l'Afrique du Sud.

à toutes les conséquences juridiques supplémentaires que peut entraîner, au regard du droit international, la commission de violations graves au sens de l'article 40. Le fait que de telles conséquences ne sont pas mentionnées expressément au chapitre III est sans préjudice de leur reconnaissance par le droit international contemporain ou de leur développement ultérieur. De plus, le paragraphe 3 est sous-tendu par l'idée que le régime juridique applicable aux violations graves est lui-même en cours d'élaboration. En énonçant certaines conséquences juridiques fondamentales des violations graves au sens de l'article 40, l'article 41 tient compte de l'éventualité de l'élaboration d'un régime plus élaboré applicable aux conséquences des violations de ce type.

TROISIÈME PARTIE

MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT

La troisième partie traite de la mise en œuvre de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire de l'exécution des obligations de cessation et de réparation qui incombent, conformément aux dispositions de la deuxième partie, à un État qui a commis un fait internationalement illicite. Bien que la responsabilité de l'État soit engagée, en droit international, indépendamment de son invocation par un autre État, il est néanmoins nécessaire de préciser ce que peuvent faire les États confrontés à la violation d'une obligation internationale, quelles mesures ils peuvent prendre pour s'assurer que l'État responsable exécutera les obligations de cessation et de réparation. C'est sur cet aspect de la question, parfois appelée mise en œuvre de la responsabilité de l'État, que porte la troisième partie. Celle-ci se compose de deux chapitres: le premier analyse l'invocation de la responsabilité de l'État par d'autres États, ainsi que certaines questions connexes; le second traite des contre-mesures prises pour amener l'État responsable à mettre un terme à la conduite en question et à fournir une réparation.

Chapitre premier

Invocation de la responsabilité de l'État

1) La première partie du projet d'articles analyse le fait internationalement illicite de l'État généralement comme une violation de toute obligation internationale de cet État. La deuxième partie définit les conséquences des faits internationalement illicites en matière de responsabilité

comme des obligations de l'État responsable, et non comme des droits de tout autre État, personne ou entité. La troisième partie porte sur la mise en œuvre de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire le droit d'autres États d'invoquer la responsabilité internationale de l'État responsable, et sur certaines modalités de cette invocation. Les droits qui peuvent découler, pour d'autres personnes ou entités, d'une violation d'une obligation internationale sont préservés par l'article 33, paragraphe 2.

2) La notion d'État lésé est une notion centrale dans l'invocation de la responsabilité. Elle s'applique à l'État dont le droit a été nié ou compromis par le fait internationalement illicite, ou qui a été, d'une autre manière, particulièrement affecté par ce fait. Ce concept est introduit à l'article 42, et un certain nombre de conséquences qui en découlent sont énoncées dans d'autres articles du présent chapitre. Compte tenu du large éventail d'obligations internationales couvertes par le projet d'articles, il est nécessaire de reconnaître qu'un éventail encore plus large d'États peuvent avoir un intérêt juridique à invoquer la responsabilité et à faire respecter l'obligation en question. Dans certaines situations, en effet, tous les États peuvent avoir un tel intérêt, même si aucun d'entre eux n'est individuellement ou spécialement affecté par la violation[700]. Cette possibilité est envisagée à l'article 48. Les articles 42 et 48 traitent du droit des États d'invoquer la responsabilité d'un autre État. Ils s'efforcent d'éviter les problèmes susceptibles de découler de l'emploi de termes potentiellement ambigus tels que préjudice «direct» par opposition à préjudice «indirect», ou droits «objectifs» par opposition à droits «subjectifs».

3) Bien que l'article 42 soit rédigé au singulier («l'État lésé»), plus d'un État peut être lésé par un fait internationalement illicite, et être en droit d'invoquer la responsabilité en tant qu'État lésé. C'est ce qui ressort clairement de l'article 46. Par ailleurs, les articles 42 et 48 ne s'excluent pas mutuellement. Il peut fort bien se produire des situations dans lesquelles un État est «lésé» au sens de l'article 42, et d'autres États sont en droit d'invoquer la responsabilité en vertu de l'article 48.

---

[700] Cf. la déclaration de la Cour internationale de Justice selon laquelle «tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique» lorsqu'il s'agit de violations d'obligations *erga omnes*: affaire de la *Barcelona Traction*, *Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33, citée dans le commentaire concernant la deuxième partie, chap. III, par. 2).

4) Le chapitre premier traite également d'un certain nombre de questions connexes: l'obligation de notification si un État souhaite invoquer la responsabilité d'un autre État (art. 43), certains aspects de la recevabilité des demandes (art. 44), la renonciation au droit d'invoquer la responsabilité (art. 45), et les cas où la responsabilité de plus d'un État peut être invoquée pour le même fait internationalement illicite (art. 47).

5) Il convient également de mentionner l'article 55, qui montre bien le caractère résiduel du projet d'articles. Outre qu'elles créent des obligations internationales pour les États, des règles spéciales peuvent également déterminer quel autre État ou quels autres États sont en droit d'invoquer la responsabilité internationale découlant de leur violation, et quel recours ceux-ci peuvent intenter. Cela était vrai, par exemple, de l'article 396 du Traité de Versailles de 1919, sur lequel a porté la décision de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Vapeur «Wimbledon*[701]*»*. Cela était également vrai de l'article 33 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agira de déterminer dans chaque cas si ces dispositions s'excluent mutuellement, c'est-à-dire si elles s'appliquent en tant que *lex specialis*.

Article 42

Invocation de la responsabilité par l'État lésé

Un État est en droit en tant qu'État lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due:

a) À cet État individuellement; ou

b) À un groupe d'États dont il fait partie ou à la communauté internationale dans son ensemble, et si la violation de l'obligation:

i) Atteint spécialement cet État; ou

ii) Est de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres États auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation.

---

[701] *1923*, *C.P.J.I.*, *série A*, *n° 1*. Dans cette affaire, quatre États ont invoqué la responsabilité de l'Allemagne, dont un au moins, le Japon, n'avait aucun intérêt particulier dans le *Vapeur «Wimbledon»*.

Commentaire

1) L'article 42 dispose que la mise en œuvre de la responsabilité d'un État est, en premier lieu, un droit de l'«État lésé». Il définit ce terme de façon relativement étroite, en établissant une distinction entre le préjudice causé à un État individuellement ou bien à un petit nombre d'États, et les intérêts juridiques de plusieurs États, voire de tous les États, en ce qui concerne certaines obligations établies dans l'intérêt collectif. Ce dernier aspect est examiné à l'article 48.

2) Le présent chapitre concerne l'invocation par un État de la responsabilité d'un autre État. À cet égard, il faut entendre par invocation le fait de prendre des mesures d'un caractère relativement formel, par exemple le fait de déposer ou de présenter une réclamation contre un autre État, ou d'engager une procédure devant une cour ou un tribunal international. Un État n'invoque pas la responsabilité d'un autre État simplement parce qu'il le critique d'avoir violé une obligation et l'engage à la respecter, ou bien même parce qu'il réserve ses droits ou émet de simples protestations. Aux fins des présents articles, la protestation en tant que telle n'est pas une invocation de la responsabilité; elle peut prendre diverses formes et viser différents objectifs et ne se limite pas aux cas où la responsabilité de l'État est en jeu. Un État qui souhaite protester contre la violation du droit international par un autre État, ou rappeler à celui-ci ses responsabilités internationales découlant d'un traité ou une autre obligation par laquelle ils sont liés, n'est généralement pas tenu d'établir un titre ou intérêt particulier pour le faire. De tels contacts diplomatiques informels n'équivalent pas à invoquer la responsabilité, à moins et pour autant qu'ils ne donnent lieu à des réclamations spécifiques de la part de l'État concerné, telles qu'une demande d'indemnisation pour une violation qui l'affecte, ou à une action particulière, telle que l'introduction d'une instance auprès d'un tribunal international compétent[702], voire la prise de contre-mesures. Pour prendre de telles mesures, c'est-à-dire pour invoquer la responsabilité au sens du projet d'articles, il faut un droit plus spécifique. En particulier, pour qu'un État invoque la responsabilité pour son propre compte, il doit avoir un droit particulier

[702] L'article 27, par. 2, de la Convention de Washington de 1965 (Convention relative au règlement des différends en matière d'investissement entre États et nationaux d'autres États, Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 575, p. 159), établit une distinction analogue entre la présentation d'une réclamation internationale en matière de protection diplomatique et de «simples démarches diplomatiques tendant uniquement à faciliter le règlement du différend».

l'y autorisant, par exemple un droit d'action spécifiquement établi par un traité[703], ou bien il doit être considéré comme un État lésé. L'objet de l'article 42 est de définir cette dernière catégorie.

3) Un État qui est lésé au sens de l'article 42 est habilité à engager tous les recours énoncés dans le projet d'articles. Il peut invoquer la responsabilité appropriée, conformément à la deuxième partie. Il peut également - comme il ressort du début de l'article 49 - prendre des contre-mesures conformément aux règles énoncées au chapitre II de la présente partie. L situation d'un État lésé doit être distinguée de celle qui confère à tout autre État le droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, par exemple au titre de l'article 48 qui traite du droit d'invoquer la responsabilité en vertu d'un intérêt général commun. Cette distinction est précisée par le début de l'article 42: «Un État est en droit en tant qu'État lésé d'invoquer la responsabilité…».

4) La définition de l'article 42 est calquée sur l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[704], bien que la portée et l'objet des deux articles soient différents. L'article 42 porte sur toute violation d'une obligation internationale quel qu'en soit le caractère, tandis que l'article 60 concerne la violation des traités. En outre, l'article 60 vise exclusivement le droit d'un État partie à un traité d'invoquer une violation substantielle de celui-ci par une autre partie comme motif pour en suspendre l'application ou y mettre fin. Il ne traite pas de la question de la responsabilité en cas de violation du traité[705]. C'est la raison pour laquelle l'article 60 est limité aux violations «substantielles» des traités. Seule une violation substantielle justifie l'extinction d'un traité ou la suspension de son application, alors que, dans le cadre de la responsabilité des États, toute violation d'un traité engage la responsabilité de l'auteur quelle qu'en soit la gravité. Malgré ces différences, l'analogie avec l'article 60 est justifiée. L'article 60 vise à déterminer les États parties à un traité qui sont en droit de répondre individuellement, et pour leur propre compte, à une violation substantielle en mettant fin au traité ou en en suspendant son application. Dans le cas d'un traité bilatéral, le droit ne peut être que celui de l'autre État partie, alors que

---

703 Eu égard à l'article 42, un tel droit conventionnel pourrait être considéré comme une *lex specialis*; voir l'article 55 et le commentaire y relatif.

704 Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

705 Cf. Convention de Vienne, ibid., art. 73.

dans le cas d'un traité multilatéral, l'article 60, paragraphe 2, n'autorise pas tout autre État à y mettre fin ou à en suspendre l'application à raison d'une violation substantielle. L'autre État doit être spécialement atteint par la violation, ou du moins individuellement atteint en ce que la violation compromet ou détruit nécessairement la base qui fonde la poursuite de sa propre exécution du traité.

5) Parallèlement aux cas envisagés à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'article 42 prévoit trois cas. Premièrement pour invoquer en tant qu'État lésé la responsabilité d'un autre État, un État doit avoir un droit individuel à l'exécution d'une obligation, de la même manière qu'un État partie à un traité bilatéral a un tel droit vis-à-vis de l'autre État partie (al. *a*). Deuxièmement, un État peut être spécialement atteint par la violation d'une obligation à laquelle il est partie, même si on ne peut pas dire que l'obligation lui est due individuellement (al. *b*, sous-alinéa i). Troisièmement, il se peut que l'exécution de l'obligation par l'État responsable soit une condition nécessaire de son exécution par tous les autres États (al. *b*, sous-alinéa ii); c'est ce qu'on appelle l'obligation «intégrale» ou «interdépendante[706]». Dans chacun de ces cas, la suspension ou l'extinction éventuelle de l'obligation ou de son exécution par l'État lésé peut ne présenter pour celui-ci qu'une utilité limitée si son intérêt essentiel réside dans la restauration du lien juridique par la cessation et la réparation.

6) Conformément à l'alinéa *a* de l'article 42, un État est «lésé» si l'obligation violée lui était due individuellement. Le terme «individuellement» indique qu'en la circonstance, l'exécution de l'obligation était due à cet État. Cela sera nécessairement vrai d'une obligation découlant d'un traité bilatéral entre les deux États parties, mais il en sera de même dans d'autres cas, par exemple dans le cadre d'un engagement unilatéral pris par un État vis-à-vis d'un autre. Cela peut être le cas en vertu d'une règle du droit international général, par exemple, les règles relatives à l'utilisation à des fins autres que la navigation d'un cours d'eau international, qui peuvent créer des obligations individuelles entre un État riverain et un autre. Ou bien, cela peut être vrai en

---

[706] La notion d'obligations «intégrales» a été développée par Fitzmaurice en sa qualité de Rapporteur spécial sur le droit des traités: Voir *Annuaire ... 1957,* vol. II, p. 61. Le terme a parfois donné lieu à des confusions, car il était utilisé pour faire référence à des obligations relatives aux droits de l'homme ou au droit de l'environnement, lesquelles ne sont pas dues sur la base du «tout ou rien». L'expression «obligations interdépendantes» peut paraître plus appropriée.

vertu d'un traité multilatéral dans le cadre duquel une obligation particulière doit être exécutée entre un État partie et un autre. Par exemple, en vertu de l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques[707], l'État accréditaire a l'obligation de protéger les locaux de la mission de l'État accréditant. De tels cas doivent être distingués des situations dans lesquelles l'exécution de l'obligation est généralement due aux parties au traité en même temps, et n'est pas différenciée ou individualisée. C'est dans le cadre de l'interprétation et de l'application de la règle primaire qu'il faudra déterminer à quelle catégorie appartient une obligation. L'analyse qui suit n'a qu'un caractère d'illustration.

7) Un exemple évident de cas relevant de l'alinéa *a* est celui d'une relation conventionnelle bilatérale. Si un État viole une obligation dont l'exécution est due spécialement à un autre État, ce dernier est un «État lésé» au sens de l'article 42. On peut citer d'autres exemples, notamment les actes unilatéraux contraignants par lesquels un État assume une obligation vis-à-vis d'un autre État, ou bien un traité établissant des obligations dues à un État tiers non partie au traité[708]. S'il est établi que les bénéficiaires de la promesse ou de la stipulation en faveur d'un État tiers avaient vocation à acquérir des droits effectifs liés à l'exécution de l'obligation en question, ils seront lésés par sa violation. Un autre exemple a trait au jugement obligatoire d'une cour ou d'un tribunal international imposant des obligations à un État partie au litige au profit de l'autre partie[709].

8) En outre, l'alinéa *a* est destiné à s'appliquer aux cas où l'exécution d'une obligation en vertu d'un traité multilatéral ou du droit international coutumier est due à un État en particulier. À cet égard, l'alinéa *a* a une portée différente de celle de l'article 60, paragraphe 1, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui se fonde sur le critère formel des traités bilatéraux par opposition aux traités multilatéraux. Cependant, bien qu'un traité multilatéral établisse en règle générale un ensemble de normes applicables à tous les États parties, dans certains cas leur exécution, dans une situation donnée, suppose une relation à caractère bilatéral

---

[707] Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.

[708] Cf. la Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 36.

[709] Voir, par exemple, l'article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice.

entre deux parties. On a souvent indiqué que les traités multilatéraux de ce type créent des «groupes de relations bilatérales[710]».

9) Le fait qu'un État donné ait été lésé par la violation d'une obligation au titre de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques n'exclut pas que tous les États parties puissent avoir un intérêt général au respect du droit international et au maintien des institutions et des arrangements internationaux qui ont été établis au cours des années. Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire*, après avoir évoqué le «caractère fondamentalement illicite» du comportement de l'Iran du fait de sa participation à la détention du personnel diplomatique et consulaire, la Cour a attiré

> «l'attention de la communauté internationale tout entière, y compris l'Iran, qui en est membre depuis des temps immémoriaux, sur le danger peut-être irréparable d'événements comme ceux qui ont été soumis à la Cour. Ces événements ne peuvent que saper à la base un édifice juridique patiemment construit par l'humanité au cours des siècles et dont la sauvegarde est essentielle pour la sécurité et le bien-être d'une communauté internationale aussi complexe que celle d'aujourd'hui, qui a plus que jamais besoin du respect constant et scrupuleux des règles présidant au développement ordonné des relations entre ses membres[711]».

10) Bien que le débat sur les obligations multilatérales ait généralement été axé sur les obligations créées en vertu des traités multilatéraux, des considérations du même ordre s'appliquent aux obligations découlant des règles du droit international coutumier. Par exemple, les normes du droit international général régissant les relations diplomatiques ou consulaires entre États établissent des relations bilatérales entre tel État accréditaire et tel État accréditant, et la violation de ces obligations par un État accréditaire donné lèse l'État accréditant auquel l'exécution était due dans ce cas particulier.

---

[710] Voir, par exemple, K. Sachariew, «State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the "Injured State" and its Legal Status», *Netherlands International Law Review*, vol. 35 (1988), p. 277 et 278; B. Simma, «Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility», *in* Y. Dinstein (dir. publ.), *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Londres, Nijhoff, 1989), p. 823; C. Annacker, «The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations», *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 46 (1993-94), p. 136; D. N. Hutchinson, «Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties», *B.Y.I.L.*, vol. 59 (1988), p. 154 et 155.

[711] *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980*, p. 42 et 43, par. 92.

11) L'alinéa *b* de l'article 42 traite du préjudice découlant de violations d'obligations collectives, c'est-à-dire d'obligations auxquelles plus de deux États sont parties et dont l'exécution, dans le cas d'espèce, n'est pas due à un État individuellement, mais à un groupe d'États, voire à la communauté internationale dans son ensemble. La violation de ces obligations ne lèse un État donné que si des conditions supplémentaires sont remplies. En utilisant l'expression «groupe d'États», l'alinéa *b* de l'article 42, n'implique pas que le groupe a une existence séparée, ou qu'il a une personnalité juridique distincte. Au contraire, l'expression fait référence à un groupe d'États composé de tous les États du monde ou d'une région donnée, ou d'un nombre considérable d'entre eux, qui se sont associés pour atteindre un certain objectif collectif, et qui peuvent être considérés de ce fait comme constituant une communauté d'États de caractère fonctionnel.

12) Le sous-alinéa i de l'alinéa *b* précise qu'un État est lésé s'il est «atteint spécialement» par la violation d'une obligation collective. L'expression «atteint spécialement» est reprise de l'article 60, paragraphe 2, alinéa *b*, de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Même dans les cas où les effets juridiques d'un fait internationalement illicite s'étendent, par implication, à l'ensemble du groupe d'États tenus par l'obligation, ou à la communauté internationale dans son ensemble, le fait illicite peut avoir des effets néfastes spécifiques sur un État ou sur un petit nombre d'États. Par exemple, la pollution de la haute mer en violation de l'article 194 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer peut avoir une incidence particulière sur un ou plusieurs États dont les plages peuvent être polluées par des résidus toxiques, ou dont les pêcheries côtières peuvent être fermées. Dans un tel cas, indépendamment de l'intérêt général des États parties à la Convention de 1982 à la préservation de l'environnement marin, les États parties côtiers concernés devraient être considérés comme lésés par la violation. Pas plus que l'article 60, paragraphe 2, alinéa *b*, de la Convention de Vienne, le sous-alinéa i de l'alinéa *b* ne définit la nature ou la portée du préjudice spécial que l'État doit avoir subi pour être considéré comme «lésé». Celles-ci seront évaluées au cas par cas, en tenant compte de l'objet et du but de l'obligation primaire violée, ainsi que des faits de chaque espèce. Pour qu'un État puisse être considéré comme lésé, il doit être atteint par la violation d'une manière qui le distingue des autres États auxquels l'obligation est due.

13) En revanche, le sous-alinéa ii de l'alinéa *b* traite d'une catégorie spéciale d'obligations, dont la violation doit être considérée comme affectant, en tant que telle, tous les autres États auxquels l'obligation est due. L'article 60, paragraphe 2, alinéa *c*, de la Convention de Vienne sur le droit des traités reconnaît une catégorie similaire de traités, à savoir ceux «d'une nature telle qu'une violation substantielle de leurs dispositions par une partie modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution ultérieure de ses obligations». On peut citer comme exemples, notamment, un traité de désarmement[712], un traité de dénucléarisation, ou tout autre traité dont l'exécution par chacune des parties dépend effectivement de son exécution par chacune des autres parties, et exige cette exécution. Conformément à l'article 60, paragraphe 2, alinéa *c*, tout État partie à un tel traité peut y mettre fin ou en suspendre l'application dans ses relations non seulement avec l'État responsable, mais aussi, en général, avec toutes les autres parties.

14) Des considérations du même ordre, pour l'essentiel, s'appliquent aux obligations de ce type en ce qui concerne la responsabilité des États. Les autres États parties peuvent ne pas avoir d'intérêt à l'extinction ou à la suspension de telles obligations, préférant la poursuite de leur exécution, et ils doivent être tous considérés comme individuellement en droit de réagir à une violation. Il en est ainsi, que l'un quelconque d'entre eux ait été particulièrement atteint ou pas, en effet, ils peuvent être tous également atteints, sans qu'aucun ait subi un préjudice quantifiable aux fins de l'article 36. Ils peuvent néanmoins avoir un réel intérêt à la cessation et à d'autres aspects de la réparation, en particulier la restitution. Par exemple, si un État partie au traité sur l'Antarctique émet une revendication de souveraineté sur une zone non revendiquée de l'Antarctique contrairement à l'article 4 de ce traité, les autres États parties devraient être considérés comme lésés de ce fait, et en droit de demander la cessation, la restitution (sous forme d'annulation de la revendication) et des assurances de non-répétition conformément à la deuxième partie.

15) Le projet d'articles traite des obligations découlant du droit international, quelle qu'en soit la source, et ne se limite pas aux obligations conventionnelles. Dans la pratique, des obligations interdépendantes couvertes par le sous-alinéa ii de l'alinéa *b* découleront habituellement de

---

712 Exemple donné dans le commentaire de la Commission relatif à ce qui est devenu l'article 60: *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 255, par. 8.

traités établissant des régimes particuliers. Même en vertu de tels traités, il se peut qu'une simple violation de l'obligation n'ait pas nécessairement pour effet de compromettre l'exécution du traité par tous les autres États concernés et il est souhaitable que la portée de ce sous-alinéa soit limitée. Par conséquent, un État n'est considéré comme lésé, en vertu du sous-alinéa ii de l'alinéa *b*, que si la violation est d'une nature telle qu'elle affecte de façon radicale la jouissance des droits ou l'exécution des obligations de tous les autres États auxquels l'obligation est due.

Article 43

Notification par l'État lésé

1. L'État lésé qui invoque la responsabilité d'un autre État notifie sa demande à cet État.

2. L'État lésé peut préciser notamment:

a) Le comportement que devrait adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite si ce fait continue;

b) La forme que devrait prendre la réparation, conformément aux dispositions de la deuxième partie.

Commentaire

1) L'article 43 précise la procédure qu'un État lésé doit suivre pour invoquer la responsabilité d'un autre État. Il s'applique à l'État lésé tel qu'il est défini à l'article 42, et aussi aux États en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État visés à l'article 48[713].

2) Même si la responsabilité d'un État est engagée de plein droit à raison de la commission par lui d'un fait internationalement illicite, il est nécessaire, dans la pratique, que l'État lésé et/ou l'autre ou les autres États intéressés réagissent s'ils souhaitent obtenir la cessation du fait en question ou réparation. Les réactions peuvent revêtir diverses formes, allant du rappel officieux et confidentiel de la nécessité d'exécuter l'obligation à la protestation formelle, aux consultations, etc. En outre, le fait qu'un État lésé à qui est notifiée une violation ne réagit pas peut entraîner des conséquences juridiques, voire éventuellement la perte du droit d'invoquer la responsabilité par renonciation ou acquiescement: cette question est traitée à l'article 45.

---

[713] Voir l'article 48, par. 3, et le commentaire relatif.

3) L'article 43 prévoit que l'État lésé qui souhaite invoquer la responsabilité d'un autre État notifie sa demande à cet État. Il est analogue à l'article 65 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[714]. La notification visée à l'article 43 n'a pas besoin d'être faite par écrit; de même, elle n'est pas une condition de la mise en mouvement de l'obligation de réparer. De plus, l'obligation de notifier la demande ne signifie pas que la conséquence normale de la non-exécution d'une obligation internationale est l'introduction d'une demande en réclamation. Néanmoins, un État lésé ou intéressé est en droit de réagir à la violation, et sa première réaction devrait être d'appeler l'attention de l'État responsable sur la situation et de lui demander de prendre les mesures voulues pour mettre fin à la violation et réparer.

4) Les présents articles n'ont pas vocation à détailler la forme que l'invocation de la responsabilité doit revêtir. Dans la pratique, les réclamations en responsabilité sont formulées à différents niveaux gouvernementaux, selon la gravité du cas et l'état des relations générales entre les États concernés. Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, l'Australie soutenait que la demande de Nauru était irrecevable car elle n'avait «pas été présentée dans des délais raisonnables[715]». La Cour s'est référée au fait que la question de la revendication avait été soulevée, et non résolue, avant l'indépendance de Nauru en 1968, ainsi qu'à des articles de presse selon lesquels la revendication avait été évoquée par le nouveau Président de Nauru dans son discours d'indépendance et, implicitement, dans des correspondances et entretiens ultérieurs avec des ministres australiens. Cependant, la Cour releva également que: …

> «Ce n'est que le 6 octobre 1983 que le Président de Nauru écrivit au Premier Ministre d'Australie en lui demandant de "réexaminer favorablement la position de Nauru"[716].»

La Cour résuma comme suit les communications entre les parties:

> «Nauru a été officiellement informée, au plus tard par lettre du 4 février 1969, de la position de l'Australie au sujet de la remise en état des terres à phosphates exploitées avant le 1er juillet 1967. Nauru n'a contesté cette position par écrit que le 6 octobre 1983. Dans l'intervalle cependant, la question avait, selon les dires de Nauru, non contredits par

---

[714] Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

[715] *Certaines terres à phosphates à Nauru* (*Nauru* c. *Australie*), *exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992*, p. 253, par. 31.

[716] Ibid., p. 254, par. 35.

> l'Australie, été soulevée à deux reprises par le Président de Nauru auprès des autorités australiennes compétentes. La Cour estime que, eu égard tant à la nature des relations existant entre l'Australie et Nauru qu'aux démarches ainsi accomplies, l'écoulement du temps n'a pas rendu la requête de Nauru irrecevable[717].»

Dans ces circonstances, il suffisait que l'État défendeur ait connaissance de la revendication à travers les communiqués du demandeur, même si la preuve de ces derniers revêtait la forme d'articles de presse rendant compte de discours ou de réunions au lieu d'une correspondance diplomatique officielle.

5) En notifiant une demande, un État lésé ou intéressé doit normalement préciser le comportement qu'à son avis l'État responsable doit adopter pour mettre fin à tout fait illicite qui continue, ainsi que la forme que devrait revêtir la réparation demandée. C'est ainsi que l'alinéa *a* du paragraphe 2 prévoit que l'État lésé peut indiquer à l'État responsable ce qui devrait être fait pour mettre fin au fait illicite si celui-ci continue. Ces indications ne lient pas en tant que telles l'État responsable. L'État lésé ne peut qu'exiger de l'État responsable qu'il honore ses obligations: l'État lésé n'est pas tenu de stipuler ni de définir les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite. Il serait cependant utile que l'État responsable sache comment il pourrait donner satisfaction à l'État lésé: cela pourrait faciliter le règlement du différend.

6) L'alinéa *b* du paragraphe 2 traite de la question du choix par l'État lésé de la forme de la réparation souhaitée. En général, l'État lésé est en droit d'opérer un choix entre les formes de réparation disponibles. Il peut ainsi préférer l'indemnisation à la possibilité de la restitution, comme l'Allemagne l'a fait dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*[718], ou comme la Finlande a fini par le faire à l'occasion du règlement de l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*[719]. L'État lésé peut aussi se contenter d'une déclaration réparatoire, à titre général ou

---

[717] Ibid., p. 254 et 255, par. 36.

[718] Comme la Cour permanente de Justice internationale l'a souligné dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów, compétence, 1927, C.P.J.I., série A, n° 9*, p. 17, à ce stade, l'Allemagne ne cherchait plus à obtenir au nom des sociétés allemandes concernées la restitution de l'usine en question ou de son contenu.

[719] Dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande* c. *Danemark), demande en indication de mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1991,* p. 12, la Cour internationale de Justice n'a pas accepté l'argument du Danemark selon lequel la restitution serait impossible si, lors de l'examen au fond de l'affaire, il était conclu que la construction du pont sur le Grand-Belt entraînerait une

sur un point précis de sa réclamation. D'un autre côté, il y a des cas où un État ne peut pas, pour ainsi dire, «empocher» la somme versée à titre d'indemnisation et se désintéresser du règlement de la situation, par exemple lorsqu'il s'agit de la vie ou de la liberté d'individus ou du droit d'un peuple à disposer de son territoire ou à disposer de lui-même. En particulier, dans le cas d'obligations de caractère continu dont l'exécution ne fait pas intervenir simplement les deux États concernés, il se peut que ces derniers ne puissent trouver un règlement, de la même manière qu'un État lésé ne peut de son propre chef libérer l'État responsable des obligations continues qui lui incombent envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale dans son ensemble.

7) Étant donné ces limites qui pèsent sur la capacité de l'État lésé de choisir la forme de réparation qu'il préfère, l'article 43 n'énonce pas le droit de l'État lésé de choisir la forme de réparation en des termes absolus. Il ne fait que donner quelques indications à l'État lésé quant aux précisions qu'il pourrait fournir dans sa demande ou dans des communications ultérieures.

Article 44

Recevabilité de la demande

La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si:

a) La demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations;

b) Toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

Commentaire

1) Les présents articles ne traitent pas des problèmes de compétence des cours et tribunaux internationaux, ni en général des conditions de recevabilité des instances introduites devant eux. Ils portent plutôt sur la définition des conditions régissant l'établissement de la responsabilité internationale d'un État et l'invocation de cette responsabilité par un autre État ou d'autres États. Ils n'ont donc pas pour fonction de traiter de questions comme le critère de l'épuisement d'autres

---

violation des obligations internationales du Danemark. Pour les clauses du règlement finalement convenu, voir M. Koskenniemi, «L'affaire du passage par le Grand-Belt», *A.F.D.I.*, vol. XXXVIII (1992), p. 940.

moyens de règlement pacifique avant l'introduction d'une instance, ni de doctrines comme celle de la litispendance ou du choix de la juridiction, qui peuvent affecter la compétence d'un tribunal international par rapport à un autre[720]. À l'inverse, certaines questions qui entreraient dans la catégorie des questions de recevabilité lorsqu'elles sont invoquées devant un tribunal international présentent un caractère plus fondamental. Il s'agit avant tout des conditions régissant l'invocation de la responsabilité d'un État. Deux de ces questions sont traitées à l'article 44: le critère de la nationalité des réclamations et celui de l'épuisement des recours internes.

2) L'alinéa *a* prévoit que la responsabilité d'un État ne peut être invoquée que conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations. Ainsi que la Cour permanente de Justice internationale l'a déclaré dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*:

> «C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires[721].»

L'alinéa *a* ne tend pas à développer la règle de la nationalité des réclamations, ni les exceptions à cette règle. Il vise plutôt à préciser que non seulement la règle de la nationalité des réclamations joue en ce qui concerne la compétence et la recevabilité des réclamations devant les organes judiciaires, mais encore qu'elle est une condition générale de l'invocation de la responsabilité dans les cas où elle est applicable[722].

3) L'alinéa *b* prévoit que lorsque la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, elle est irrecevable si toutes les voies de recours internes disponibles et

---

[720] Pour une analyse des diverses considérations ayant des répercussions sur la compétence et la recevabilité des réclamations internationales présentées devant les tribunaux, voir G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale* (Paris, Pédone, 1967); G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (Cambridge, Grotius, 1986), vol. II, p. 427 à 575; S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996* (3e éd.) (La Haye, Nijhoff, 1997), vol. II, «Jurisdiction».

[721] *1924, C.P.J.I., série A, n° 2,* p. 12.

[722] Les questions relatives à la nationalité des réclamations seront traitées dans le détail dans le cadre des travaux de la Commission du droit international sur la protection diplomatique. Voir premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet «Protection diplomatique» (A/CN.4/506).

efficaces n'ont pas été épuisées. Il est rédigé en des termes généraux, afin de pouvoir s'appliquer à tout cas dans lequel s'applique la règle de l'épuisement des recours internes, en vertu d'un traité ou du droit international général, et dans des domaines qui ne sont pas nécessairement limités à la protection diplomatique.

4) Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour a dit de la règle de l'épuisement des recours internes qu'elle est «un principe important du droit international coutumier[723]». Dans le cadre d'une demande faite au nom d'une société de l'État demandeur, la Chambre a défini brièvement la règle comme suit:

> «pour qu'une demande internationale [présentée au nom de particuliers qui sont des ressortissants ou de sociétés] soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès[724]».

La Chambre a ainsi considéré que la question de l'épuisement des recours internes est distincte, en principe, de celle du «fond[725]».

5) Seules les voies de recours internes qui sont «disponibles et efficaces» doivent être épuisées avant que d'invoquer la responsabilité d'un État. Le simple fait que le droit interne d'un État prévoit sur le papier des recours n'oblige pas à utiliser ces recours dans chaque cas. En particulier, il n'existe aucune obligation de faire valoir un recours qui n'offre aucune possibilité

---

[723] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), C.I.J. Recueil 1989*, p. 42, par. 50. Voir aussi l'affaire *Interhandel, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1959*, p. 27. Sur la règle de l'épuisement des recours internes en général, voir par exemple C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (Cambridge, Grotius, 1990); J. Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes* (Paris, Pédone, 1972); K. Doehring, «Local Remedies, Exhaustion of», *in Encyclopedia of Public International Law* (R. Bernhard, dir. publ.) (Amsterdam, North Holland, 1995), vol. 3, p. 238 à 242; G. Perrin, «La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la CDI», *Festschrift für R. Bindschedler* (Berne, Stämpfli, 1980), p. 271. À propos de la règle de l'épuisement des recours internes au regard des violations des obligations en matière de droits de l'homme, voir par exemple A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*: *Its Rationale in the International Protection of Individual Rights* (Cambridge, Cambridge University Press, 1983); E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées* (Paris, Pédone, 1995), p. 65 à 89.

[724] *Elettronica Sicula, C.I.J. Recueil 1989*, p. 46, par. 59.

[725] Ibid., p. 48, par. 63.

de remédier à la situation, dans les cas par exemple où il est clair dès le départ que le droit que la juridiction locale devrait appliquer ne pourrait qu'aboutir à son rejet. Cela dit, l'alinéa *b* de l'article 44 ne tend pas à définir de façon exhaustive la portée et le contenu de la règle de l'épuisement des voies de recours internes: cela relève des règles du droit international applicables[726].

Article 45

Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité

La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si:

a) L'État lésé a valablement renoncé à la demande; ou

b) L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande.

Commentaire

1) L'article 45 s'inspire de l'article 45 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui porte sur la perte du droit d'invoquer une cause de nullité d'un traité ou un motif d'y mettre fin. Il traite de deux cas dans lesquels un État lésé ou d'autres États concernés peuvent perdre le droit d'invoquer la responsabilité de l'État auteur du fait internationalement illicite: renonciation à la demande et acquiescement à l'abandon de la demande. Dans ce sens, il y a lieu de distinguer la situation d'un État lésé au sens de l'article 42 et celle des autres États affectés par une violation. Une renonciation valable ou un règlement du différend en matière de responsabilité intervenu entre l'État responsable et l'État lésé ou, s'il y en a plus d'un, tous les États lésés peut exclure toute demande en réparation. Tel ne sera pas le cas de la position que les États visés à l'article 48 pris individuellement adopteraient.

2) L'alinéa *a* traite du cas où l'État lésé a renoncé à la demande en ce qui concerne soit la violation elle-même soit ses conséquences sur le plan de la responsabilité. C'est là l'expression du principe général du consentement s'agissant des droits ou obligations appartenant à un État donné.

---

[726] Cette question sera traitée dans le détail dans le cadre des travaux de la Commission du droit international sur la protection diplomatique. Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet «Protection diplomatique» (A/CN.4/514).

3) Dans certains cas, la renonciation ne peut concerner qu'un aspect des relations juridiques entre l'État lésé et l'État responsable. Par exemple, dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, l'ambassade russe avait à de nombreuses reprises réclamé à la Turquie une somme correspondant au capital d'un prêt, sans jamais faire référence au paiement d'intérêts ou de dommages-intérêts pour le délai de remboursement. La Turquie ayant payé la somme demandée, le tribunal a conclu que le comportement de la Russie équivalait à l'abandon de toute autre réclamation liée au prêt[727].

4) Une renonciation n'est effective que si elle est valablement donnée. Comme dans le cas d'autres expressions du consentement de l'État, la question de la validité d'une renonciation peut se poser, par exemple eu égard à une contrainte éventuelle exercée sur l'État ou un de ses représentants, ou encore à une erreur matérielle quant aux faits de la cause, consécutive peut-être à une présentation erronée des faits par l'État responsable. Il faudra se reporter au droit général pour déterminer ce qui, dans les circonstances de l'espèce, équivaut à une renonciation valablement donnée[728]. Une question présente un intérêt particulier à cet égard: celle du consentement donné par un État lésé à la suite d'une violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général, en particulier une violation à laquelle s'applique l'article 40. Étant donné qu'une telle violation touche l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble, même le consentement ou l'acquiescement de l'État lésé n'empêche pas celle-ci d'exprimer cet intérêt afin de parvenir à un règlement conformément au droit international.

5) S'il est possible d'inférer une renonciation du comportement des États concernés ou d'une déclaration unilatérale, ce comportement ou cette déclaration doivent être sans équivoque. Dans l'affaire de C*ertaines terres à phosphates à Nauru,* il a été prétendu que les autorités nauruanes avaient, avant l'indépendance, renoncé à la revendication concernant la remise en état des terres à phosphates en concluant un accord relatif à l'avenir de l'industrie des phosphates et à travers des déclarations faites au moment de l'accession à l'indépendance. En ce qui concerne l'accord, il apparaissait des comptes rendus des négociations que la question de la renonciation à la

---

[727] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (1912), p. 446.

[728] Cf. la situation en ce qui concerne le consentement valide, à l'article 20: voir le commentaire de l'article 20, par. 4) à 8).

demande de remise en état des terres avait été soulevée mais écartée, et l'accord lui-même était muet sur ce point. Pour ce qui est des déclarations pertinentes, elles étaient peu claires et équivoques. La Cour a conclu qu'il n'y avait pas eu renonciation parce que par leur comportement, les autorités en question «n'ont jamais renoncé à leur prétention de manière claire et non équivoque[729]». En particulier, les déclarations invoquées «en dépit d'une formulation quelque peu ambiguë … n'impliquai[en]t aucune renonciation au point de vue exprimé de manière claire et répétée par les représentants du peuple nauruan devant divers organes de l'Organisation des Nations Unies[730]».

6) De même qu'un État lésé peut renoncer explicitement au droit d'invoquer à la responsabilité, de même il peut acquiescer à la perte de ce droit. L'alinéa *b* concerne le cas où l'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande. Selon l'article, le *comportement* de l'État – il peut s'agir, le cas échéant, d'un délai déraisonnable – est le critère qui détermine l'abandon de la demande. Le simple écoulement du temps sans que la demande soit réglée ne suffit pas, en soi, à valoir acquiescement, en particulier lorsque l'État lésé fait tout ce qui est raisonnablement possible pour faire valoir sa demande.

7) Dans le passage suivant de l'arrêt rendu dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, la Cour internationale de Justice a fait sien le principe selon lequel un État peut, par acquiescement, perdre son droit d'invoquer la responsabilité:

> «La Cour reconnaît que, même en l'absence de disposition conventionnelle applicable, le retard d'un État demandeur peut rendre une requête irrecevable. Elle note cependant que le droit international n'impose pas à cet égard une limite de temps déterminée. La Cour doit par suite demander à la lumière des circonstances de chaque espèce si l'écoulement du temps rend une requête irrecevable[731].»

---

[729] *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru* c. *Australie), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992*, p. 247, par. 13.

[730] Ibid., p. 250, par. 20.

[731] Ibid., p. 253 et 254, par. 32. La Cour a ensuite déclaré que dans les circonstances de l'affaire et eu égard à l'historique du problème, la requête de Nauru n'était pas irrecevable pour ce motif: ibid., par. 36. Elle a renvoyé au stade de l'examen du fond toute question du préjudice causé à l'État défendeur du fait du retard. Voir le commentaire de l'article 13, par. 8).

Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a considéré que la requête allemande était recevable, bien que l'Allemagne ait intenté une action en justice quelques années après avoir eu connaissance de la violation[732].

8) Les règles en matière de délai tendent notamment à répondre aux difficultés supplémentaires que l'écoulement du temps peut occasionner à l'État défendeur, en ce qui concerne par exemple le rassemblement et la présentation des éléments de preuve. C'est ainsi que dans l'affaire *Stevenson* et dans l'affaire *Gentini*, des considérations d'équité procédurale vis-à-vis de l'État défendeur ont été mises en avant[733]. En revanche, l'exception du délai a été rejetée lorsque, dans les circonstances de l'espèce, l'État défendeur n'a pas pu démontrer avoir subi un quelconque préjudice de ce fait, par exemple lorsqu'il a toujours eu connaissance de la réclamation et qu'il était en mesure de réunir et de conserver des éléments de preuve y afférents[734].

9) De plus, contrairement à ce que peut laisser entendre le mot «délai», les juridictions internationales n'ont pas entrepris de mesurer le temps écoulé et d'appliquer des limites bien tranchées. Aucune limite de temps généralement acceptée, exprimée en années, n'a été établie[735]. En 1970, le Département fédéral suisse a suggéré une période de 20 à 30 ans à compter de la

---

[732] Voir *LaGrand (Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique), demande en indication de mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999*, p. 9; et *LaGrand* (*Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique*), *fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 53 à 57.

[733] Voir *Stevenson,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 385 (1903); *Gentini,* ibid*.,* vol. X, p. 557 (1903).

[734] Voir par exemple *Tagliaferro,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. X (1903), p. 593; également la décision prise effectivement dans l'affaire *Stevenson*, ibid., vol. IX (1903), p. 386 et 387.

[735] Dans certains cas, des délais sont fixés pour des catégories de demandes précises découlant de traités spécifiques (par exemple le délai de six mois fixé par le paragraphe 1 de l'article 35 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qui concerne les requêtes des particuliers) notamment en droit privé (par exemple, en matière de transactions commerciales et de transports internationaux). Voir la Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, New York, 14 juin 1974, telle qu'amendée par le Protocole du 11 avril 1980: Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 1511, p. 99. En revanche, il est tout à fait exceptionnel que des dispositions conventionnelles portant sur des réclamations interétatiques soient soumises à des prescriptions expresses.

naissance de la réclamation[736]. Il a par ailleurs été affirmé que les exigences étaient plus élevées dans le cas des réclamations contractuelles que dans celui des réclamations extracontractuelles[737]. Aucune des tentatives faites pour fixer des délais précis pour des réclamations internationales en général n'a été acceptée[738]. Il serait extrêmement difficile de fixer un délai unique, étant donné la diversité des situations, des obligations et des comportements en jeu.

10) Normalement, on ne considérera pas que le délai écoulé entre le moment où la demande a été notifiée à l'État défendeur et celui où elle est examinée (par exemple par un tribunal international) rend la demande irrecevable[739]. C'est ainsi que dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru,* la Cour internationale de Justice a jugé suffisant le fait que Nauru ait fait mention de ses revendications dans le cadre des négociations bilatérales que cet État avait eues avec l'Australie antérieurement au dépôt de la requête introductive d'instance en 1989[740]. De même, dans l'affaire *Tagliaferro* , le surarbitre Ralston a conclu que bien que 31 ans se fussent écoulés depuis la survenance des dommages, la réclamation était recevable car elle avait été notifiée immédiatement après la survenance du préjudice[741].

---

[736] Communiqué du 29 décembre 1970, in *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht,* vol. 32 (1976), p. 153.

[737] C. Fleischhauer, «Prescription», *in Encyclopedia of Public International Law* (R. Bernhardt, dir. publ.) (Amsterdam, North Holland, 1995), vol. 3, p. 1107.

[738] Un grand nombre de décisions internationales mettent l'accent sur l'absence de règles générales, et en particulier sur l'absence de délais spécifiques exprimés en années. Le principe du délai est plutôt affaire d'appréciation compte tenu des faits de la cause. Outre l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, voir par exemple *Gentini*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. X (1903), p. 561; l'arbitrage *Ambatielos* (1956), *I.L.R.*, vol. 23, p. 314 à 317.

[739] Pour une analyse de la distinction entre la notification d'une réclamation et l'introduction de l'instance, voir par exemple R. Jennings et A. D. Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law* (9e éd.) (Londres, Longmans, 1992), vol. I, p. 527; C. Rousseau, *Droit international public* (Paris, Sirey, 1983), vol. V, p. 182.

[740] *C.I.J. Recueil 1992,* p. 250, par. 20.

[741] *Tagliaferro,* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. X (1903), p. 593.

11) En résumé, une demande ne sera pas irrecevable à raison du délai à moins que les circonstances soient telles qu'il faille considérer que l'État lésé a acquiescé à l'abandon de la demande ou que l'État défendeur a été sérieusement désavantagé. Généralement, les juridictions internationales font preuve de souplesse en pesant les circonstances de l'espèce, compte tenu par exemple du comportement de l'État défendeur et de l'importance des droits en jeu. L'élément décisif consiste à déterminer si l'État défendeur a subi un quelconque préjudice en raison du délai, en ce sens qu'il pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le demandeur ne persévère pas dans sa revendication. Même si un préjudice a été causé, il peut être pris en considération lors de la détermination de la forme ou de l'ampleur de la réparation[742].

Article 46

Pluralité d'États lésés

Lorsque plusieurs États sont lésés par le même fait internationalement illicite, chaque État lésé peut invoquer séparément la responsabilité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

Commentaire

1) L'article 46 envisage la situation où il y a plusieurs États lésés, au sens défini à l'article 42. Il énonce le principe selon lequel, en pareil cas, chacun des États lésés peut invoquer séparément pour son propre compte la responsabilité de l'auteur du fait internationalement illicite.

2) Il peut arriver que plusieurs États remplissent les conditions requises par l'article 42 pour avoir la qualité d'État «lésé». Par exemple, dans le cas visé à l'alinéa *b* ii de l'article 42 où il s'agit d'une obligation interdépendante, tous les États auxquels elle est due sont lésés par sa violation. Lorsqu'il y a plusieurs États lésés, chacun peut demander la cessation du fait illicite si celui-ci continue, et réparation du préjudice qu'il a lui-même subi. Cette conclusion n'a jamais été mise en doute et découle implicitement des termes mêmes de l'article 42.

3) Il n'est pas du tout rare que plusieurs États présentent des réclamations en responsabilité pour le même fait internationalement illicite. Ainsi, dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, quatre États introduisirent une instance devant la Cour internationale de Justice en vertu de

---

[742] Voir l'article 39 et le commentaire y relatif.

l'article 386, paragraphe 1, du Traité de Versailles qui autorisait «toute Puissance intéressée» à faire appel en cas de violation des dispositions du Traité relatives au passage par le canal de Kiel. La Cour a observé que «chacune des Puissances demanderesses avait un intérêt évident à l'exécution des stipulations qui concernent le canal de Kiel, puisqu'elles ont toutes des flottes et des navires marchands battant leur pavillon». Elle a estimé que chacune d'elles, «sans qu'il soit besoin pour elle de justifier d'un intérêt pécuniaire lésé», rentrait dans les prévisions de l'article 386 1)[743]. En fait, seule la France, qui représentait l'exploitant du navire, a réclamé et obtenu une indemnisation. Dans les affaires concernant l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*, une instance a été introduite par les États–Unis, le Royaume Uni et Israël contre la Bulgarie au sujet de la destruction d'un avion civil israélien et des pertes humaines qui en sont résultés[744]. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, l'Australie et la Nouvelle-Zélande affirmaient chacune être lésée de diverses façons par les essais atmosphériques nucléaires auxquels la France procédait sur l'atoll de Mururoa[745].

4) Lorsque les États concernés ne demandent pas une indemnisation pour leur propre compte plutôt qu'une déclaration de la situation juridique, il n'apparaît peut-être pas clairement s'ils présentent une réclamation en qualité d'États lésés ou d'États invoquant la responsabilité dans l'intérêt commun ou général en vertu de l'article 48. En réalité, en pareil cas, il peut ne pas être nécessaire de déterminer dans quelle catégorie ils entrent pour autant qu'il soit clair qu'ils appartiennent à l'une ou l'autre. Lorsqu'il y a plus d'un État lésé à réclamer une indemnisation pour son propre compte ou pour le compte de ses ressortissants, celle-ci sera naturellement limitée pour chacun d'eux au dommage effectivement subi. Il pourrait aussi arriver dans

---

[743] *1923*, *C.P.J.I.*, *série A, n^o 1,* p. 20.

[744] La Cour a estimé qu'elle était incompétente pour statuer sur la requête du Gouvernement israélien: *C.I.J .Recueil 1959*, p. 127, après quoi les réclamations des États–Unis et du Royaume–Uni ont été retirées. Dans son mémoire, Israël a fait observer que les divers gouvernements demandeurs avaient activement coordonné leurs réclamations, ajoutant: «L'une des principales raisons de l'établissement d'une coordination de ce type au tout premier stade était de faire en sorte, autant que possible, que le Gouvernement bulgare ne se trouve pas face à une double réclamation qui pourrait entraîner une double indemnisation». *Incident aérien du 27 juillet 1955, Mémoires, Plaidoiries et Documents,* p. 106.

[745] Voir *Essais nucléaires (Australie* c. *France), C.I.J. Recueil 1974,* p. 256; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande* c. *France), C.I.J. Recueil 1974,* p. 460.

certaines circonstances que plusieurs États lésés par le même fait présentent des réclamations incompatibles. Par exemple, un État pourrait demander la restitution alors qu'un autre préfèrera l'indemnisation. Si la restitution est indivisible dans un tel cas et si le choix du second État est valable, l'indemnisation pourrait être appropriée dans les deux cas[746]. En tout état de cause, deux États lésés demandant chacun réparation des conséquences du même fait illicite devraient coordonner leurs réclamations pour éviter d'être doublement indemnisés. Comme la Cour internationale de Justice l'a fait observer dans son avis consultatif concernant les *Réparations*, «les tribunaux internationaux connaissent bien le problème que pose une réclamation à laquelle sont intéressés deux ou plusieurs États nationaux, et ils savent comment protéger, en pareil cas, l'État défendeur[747]».

Article 47

Pluralité d'États responsables

1. Lorsque plusieurs États sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État peut être invoquée par rapport à ce fait.

2. Le paragraphe 1:

a) Ne permet à aucun État lésé de recevoir une indemnisation supérieure au dommage qu'il a subi;

b) Est sans préjudice de tout droit de recours à l'égard des autres États responsables.

Commentaire

1) L'article 47 concerne la situation où il y a plusieurs États responsables du même fait internationalement illicite. Il énonce le principe général selon lequel, en pareil cas, chaque État est séparément responsable du comportement qui lui est attribuable, cette responsabilité n'étant pas diminuée ou réduite par le fait qu'un ou plusieurs autres États en portent également la responsabilité.

---

[746] Cf. affaire des *Forêts du Rhodope central* dans laquelle l'arbitre a refusé d'accorder la restitution entre autres au motif que les personnes ou entités intéressées par la restitution ne l'avaient pas toutes demandée: Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. 3 (1933), p. 1432.

[747] *C.I.J. Recueil 1949*, p. 186.

2) Les circonstances dans lesquelles plusieurs États peuvent être responsables du même fait internationalement illicite sont diverses. Par exemple, deux États ou davantage peuvent s'unir pour commettre ensemble un fait internationalement illicite dans des circonstances où l'on pourra considérer qu'ils ont agi conjointement pour ce qui est de l'opération tout entière. Dans ce cas, l'État lésé pourra tenir chacun des deux États responsable de l'ensemble du comportement illicite. Ou bien deux États peuvent agir par l'intermédiaire d'un organe commun, par exemple une administration mixte chargée de la gestion d'un fleuve frontière, et c'est le comportement de cet organe qui sera en cause. Ou encore un État peut commettre le même fait internationalement illicite en agissant sous les directives et sous le contrôle d'un autre État, de telle sorte que l'un et l'autre seront responsables de ce fait[748].

3) Il importe de ne pas partir du principe que les notions et règles du droit interne en la matière sont directement transposables dans le droit international. Des expressions comme responsabilité «conjointe» ou «solidaire» ou «*joint and several responsability*» sont issues de traditions juridiques différentes[749] et toute analogie doit être maniée avec prudence. En droit international, le principe général, en cas de pluralité d'États responsables, est que chaque État est séparément responsable du comportement qui peut lui être attribué au sens de l'article 2. Ce principe d'autonomie de la responsabilité reflète la position du droit international général, en l'absence de convention contraire entre les États concernés[750]. S'agissant de l'application de ce principe, il peut arriver cependant qu'un comportement donné soit attribuable à la fois à plusieurs États et soit internationalement illicite de la part de chacun d'eux. Ce sont ces cas qui sont visés par l'article 47.

---

[748] Voir l'article 17 et le commentaire y relatif.

[749] Pour une étude comparée des droits internes sur la responsabilité solidaire ou conjointe, voir J. A. Weir «Complex Liabilities», *in* A. Tunc (dir. publ.), *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, Mohr, 1983), vol. XI, Torts, en particulier, p. 43 et 44, par. 79 à 81.

[750] Voir le commentaire introductif du chapitre IV de la première partie, par. 1) à 5).

4) Dans l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru*[751], l'Australie, seul défendeur en l'affaire, avait administré le territoire sous tutelle de Nauru au nom des trois États parties à l'accord de tutelle. L'Australie avança l'argument qu'elle ne pouvait être poursuivie seule par Nauru, mais seulement conjointement avec les deux autres États concernés, faisant valoir que ces deux États étaient nécessairement parties à l'affaire et que, conformément au principe formulé dans l'affaire de l'*Or monétaire*[752], la réclamation contre la seule Australie était irrecevable. Elle soutient également que la responsabilité des trois États qui constituaient l'autorité administrante était «solidaire» et qu'une réclamation ne pouvait être présentée contre l'un d'entre eux seulement. La Cour rejeta les deux arguments. Sur la question de la responsabilité «solidaire», elle déclara ce qui suit:

> «…l'Australie a soulevé la question de savoir si la responsabilité des trois États serait "solidaire" («*joint and several*»), en ce sens que l'un quelconque des trois serait tenu de réparer en totalité le préjudice résultant de toute méconnaissance des obligations de l'autorité administrante et non pas seulement d'assurer cette réparation pour un tiers ou dans toute autre proportion. Il s'agit là d'une question… indépendante de celle de savoir si l'Australie peut être assignée seule. La Cour n'estime pas qu'il ait été démontré qu'une demande formée contre l'un des trois États seulement doive être déclarée irrecevable *in limine litis* au seul motif qu'elle soulève des questions relatives à l'administration du Territoire à laquelle participaient deux autres États. En effet, il est indéniable que l'Australie était tenue d'obligations en vertu de l'accord de tutelle, dans la mesure où elle était l'un des trois États qui constituaient l'autorité administrante, et rien dans la nature de cet accord n'interdit à la Cour de connaître d'une demande relative à la méconnaissance desdites obligations par l'Australie[753].»

La Cour prit soin d'ajouter que sa décision sur la compétence «ne tranch[ait] pas la question de savoir si l'Australie, dans le cas où elle serait déclarée responsable, devrait réparer, en totalité ou seulement pour partie, les dommages que Nauru prétend[ait] avoir subis, compte tenu des

---

[751] *Certaines terres à phosphates à Nauru* (*Nauru* c. *Australie*), exceptions préliminaires, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 240.

[752] *Or monétaire pris à Rome en 1943, C.I.J. Recueil 1954,* p. 19. Voir en outre le commentaire de l'article 16, par. 11).

[753] *Certaines terres à phosphates à Nauru, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992,* p. 258 et 259, par. 48.

caractéristiques des régimes de mandat et de tutelle … et notamment du rôle particulier joué par l'Australie dans l'administration du Territoire[754]».

5) La question de l'étendue de la responsabilité à raison d'un comportement qui est le fait de plusieurs États est occasionnellement abordée dans les traités[755]. Un exemple bien connu est celui de la Convention du 29 mars 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux[756]. Le paragraphe 1 de l'article IV prévoit expressément qu'il y a «responsabilité solidaire» (*joint and several liability)* lorsqu'un dommage est subi par un État tiers à la suite d'une collision entre objets spatiaux lancés par deux États. Dans certains cas, il s'agit d'une responsabilité objective; dans d'autres, la responsabilité est fondée sur la faute. Le paragraphe 2 de l'article IV dispose:

> «Dans tous les cas de responsabilité solidaire prévue au paragraphe 1 du présent article, la charge de la réparation pour le dommage est répartie entre les deux premiers États selon la mesure dans laquelle ils étaient en faute; s'il est impossible d'établir dans quelle mesure chacun de ces États était en faute, la charge de la réparation est répartie entre eux de manière égale. Cette réparation ne peut porter atteinte au droit de l'État tiers de chercher à obtenir de l'un quelconque des États de lancement ou de tous les États de lancement qui sont solidairement responsables la pleine et entière réparation due en vertu de la présente Convention[757].»

---

[754] Ibid., p. 262, par. 56. L'affaire fut par la suite radiée du rôle par accord, l'Australie acceptant de payer par tranches une somme correspondant à la totalité de celle que réclamait Nauru. Ultérieurement, les deux autres gouvernements acceptèrent de contribuer aux paiements effectués dans le cadre de ce règlement. Voir *C.I.J. Recueil 1993,* p. 322, et, pour l'accord de règlement du 10 août 1993, voir Nations Unies*, Recueil des Traités,* vol. 1770, p. 383.

[755] Un cas particulier est celui de la responsabilité de l'Union européenne et des États membres de l'Union dans le cas d'«accords mixtes», où l'Union et ses membres, ou certains d'entre eux, sont parties en leur nom propre. Voir par exemple l'annexe IX de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982, Nations Unies*, Recueil des Traités,* vol. 1834, p. 4. Plus généralement, sur les accords mixtes, voir par exemple A. Rosas, «Mixed Union – Mixed Agreements», *in* M. Koskenniemi (dir. publ.), *International Law Aspects of the European Union* (La Haye, Kluwer, 1998), p. 125.

[756] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 187.

[757] Voir aussi le paragraphe 2 de l'article V, qui prévoit une indemnisation entre États solidairement responsables.

Il s'agit là clairement d'une *lex specialis,* concernant la responsabilité à raison d'un comportement licite, plutôt que la responsabilité au sens des présents articles[758]. On y trouve cependant, une indication de ce qu'un régime de responsabilité conjointe et solidaire pourrait impliquer à l'égard d'un État lésé.

6) Aux termes du paragraphe 1 de l'article 47, lorsque plusieurs États sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État peut être invoquée par rapport à ce fait. La règle générale, en droit international, est qu'un État porte séparément la responsabilité de ses propres faits illicites, et c'est cette règle générale qui est reflétée au paragraphe 1. Ce paragraphe n'établit pas une règle générale de responsabilité conjointe et solidaire mais il n'exclut pas non plus que deux États ou davantage puissent être responsables du même fait internationalement illicite. Cela dépendra des circonstances et des obligations internationales de chacun des États concernés.

7) Selon le paragraphe 1 de l'article 47, lorsque plusieurs États sont chacun responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chacun peut être invoquée séparément par un État lésé au sens de l'article 42. Les conséquences découlant du fait illicite, en ce qui concerne la réparation, par exemple, seront celles qui découlent des dispositions de la deuxième partie relativement à cet État.

8) L'article 47 n'envisage que la situation où il y a pluralité d'États responsables à raison d'un même fait internationalement illicite. L'identification d'un tel fait dépendra de l'obligation primaire en cause et ne peut être réglée dans l'abstrait. Il peut aussi y avoir des cas, bien entendu, où plusieurs États auront contribué séparément, par un comportement internationalement illicite, à causer un même dommage. Ainsi, plusieurs États pourraient contribuer à polluer un cours d'eau en y déversant séparément des produits polluants. Dans l'incident *du détroit de Corfou*, il apparaît que la pose proprement dite des mines a été le fait de la Yougoslavie, qui aurait été responsable du dommage qu'elles ont causé. La Cour internationale de Justice a jugé que l'Albanie était responsable du même dommage envers le Royaume-Uni au motif qu'elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la présence des mines et de la tentative que

---

[758] Voir le commentaire introductif, par. 4), pour la distinction entre la responsabilité internationale pour faits illicites et la responsabilité internationale à raison d'un comportement licite.

faisaient les navires britanniques d'exercer leur droit de passage, et qu'elle n'a pas averti ces derniers[759]. Cependant, la Cour n'a pas donné à entendre que la responsabilité de l'Albanie à raison de ce défaut d'avertissement se trouvait réduite – encore moins exclue – par l'effet de la responsabilité concurrente d'un État tiers. Dans les situations de ce genre, la responsabilité de chaque État participant est établie séparément, sur la base de son propre comportement et au regard de ses propres obligations internationales.

9) Le principe général énoncé au paragraphe 1 de l'article 47 est soumis aux deux restrictions qu'énonce le paragraphe 2. L'alinéa *a* a pour objet d'éviter la double indemnisation de l'État lésé. Il établit que l'État lésé ne peut recevoir une indemnisation supérieure au dommage qu'il a subi[760]. Cette disposition est destinée à protéger les États responsables, en limitant leur obligation d'indemniser à l'étendue du dommage subi. Le principe répond seulement au souci de faire en sorte que le montant de l'indemnisation effective ne soit pas supérieur à celui du dommage. Il n'exclurait pas une décision condamnant simultanément plusieurs États responsables à indemniser l'État lésé, mais la décision serait considérée comme ayant été exécutée de façon satisfaisante, à l'égard de ce dernier, dès lors que l'un quelconque des États ainsi condamnés aurait versé l'intégralité de l'indemnisation accordée.

10) Par la seconde restriction, à l'alinéa *b*, il est reconnu que, lorsqu'il y a plusieurs États responsables à raison d'un même préjudice, il peut se poser entre eux des questions relatives à la contribution de chacun. Le cas est prévu expressément, par exemple, au paragraphe 2 de l'article IV et au paragraphe 2 de l'article V de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux[761]. Il peut y avoir des cas, en revanche, où il ne devrait pas être permis à un État responsable de se retourner contre un autre. L'alinéa *b* ne règle pas la question de la répartition de la charge de la réparation entre plusieurs États

---

[759] *Détroit de Corfou*, *fond, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22 et 23.

[760] Ce principe a été affirmé, par exemple, par la Cour permanente dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, où la Cour a déclaré que la réparation demandée par l'Allemagne ne pouvait être accordée, «sous peine de donner deux fois la même indemnité». *Usine de Chorzów, fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17*, p. 59; voir aussi ibid., p. 45 et 49.

[761] Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 204.

responsables du même fait illicite; il établit simplement que le principe général énoncé au paragraphe 1 est sans préjudice de tout droit de recours que pourrait avoir un État responsable contre un autre État responsable.

Article 48

Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé

1. Conformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si:

a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou

b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.

2. Tout État en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable:

a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30; et

b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

3. Les conditions posées par les articles 43, 44 et 45 à l'invocation de la responsabilité par un État lésé s'appliquent à l'invocation de la responsabilité par un État en droit de le faire en vertu du paragraphe 1.

Commentaire

1) L'article 48 complète la règle de l'article 42. Il a trait à l'invocation de la responsabilité par des États autres que l'État lésé qui agissent pour défendre un intérêt collectif. Un État qui est en droit d'invoquer la responsabilité en vertu de l'article 48 agit non pas en sa qualité individuelle en raison d'un préjudice qu'il aurait subi mais en sa qualité de membre d'un groupe d'États auquel l'obligation est due, ou même de membre de la communauté internationale dans son ensemble. Cette distinction est mise en évidence par les mots «tout État autre qu'un État lésé» figurant au paragraphe 1 de l'article 48.

2) L'article 48 repose sur l'idée que, dans le cas de violations d'obligations expresses protégeant les intérêts collectifs d'un groupe d'États ou les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble, la responsabilité peut être invoquée par des États qui ne sont

pas eux-mêmes lésés au sens de l'article 42. D'ailleurs, s'agissant d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, la Cour internationale de Justice s'est explicitement prononcée en ce sens dans son arrêt en l'affaire de la *Barcelona Traction*[762]. Bien que la Cour ait dit que «tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique» à ce que les droits en cause soient respectés, l'article 48 s'abstient de qualifier la position des États qu'il vise, et de parler, par exemple, des «États intéressés». Faire référence à un «intérêt juridique» ne permettrait pas d'établir une distinction entre les articles 42 et 48: en effet, les États lésés au sens de l'article 42 ont eux aussi un intérêt juridique.

3) La structure de l'article 48 est la suivante: le paragraphe 1 définit les catégories d'obligations qui donnent naissance au droit élargi d'invoquer la responsabilité; le paragraphe 2 indique les formes de réparation que peuvent demander les États autres que des États lésés; le paragraphe 3 prévoit l'application des conditions d'invocation stipulées par les articles 43, 44 et 45 aux cas où la responsabilité est invoquée en vertu du paragraphe 1.

4) Le paragraphe 1 vise «tout État autre qu'un État lésé». Par la nature des choses, tous les États ou beaucoup d'États seront en droit d'invoquer la responsabilité au titre de l'article 48: la formulation «tout État» évite de laisser entendre que ces États doivent agir ensemble ou de concert. Par ailleurs, leur droit d'agir coïncidera avec celui de tout État lésé par le même fait internationalement illicite dans les cas où la violation d'une obligation visée par l'article 48 causerait à un État un préjudice individuel.

5) Le paragraphe 1 définit les catégories d'obligations dont la violation peut autoriser des États autres que l'État lésé à invoquer la responsabilité d'un État. Une distinction est faite entre, d'une part, les obligations envers un groupe d'États établies en vue de protéger un intérêt collectif du groupe (alinéa *a*) et, de l'autre, les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (alinéa *b*)[763].

---

[762] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970,* p. 32, par. 33.

[763] Pour l'étendue de la responsabilité à raison de violations graves des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, voir la deuxième partie, chap. III et le commentaire y relatif.

6) Aux termes de l'alinéa *a* du paragraphe 1, les États autres que l'État lésé peuvent invoquer la responsabilité à une double condition: premièrement, l'obligation dont la violation a fait naître la responsabilité devait être une obligation envers un groupe dont fait partie l'État qui invoque la responsabilité; deuxièmement, il devait s'agir d'une obligation établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif. Il n'est pas fait de distinction entre les différentes sources du droit international; les obligations protégeant un intérêt collectif du groupe peuvent découler de traités multilatéraux ou du droit international coutumier. De telles obligations sont parfois dénommées «obligations *erga omnes partes*».

7) Pour relever de l'alinéa *a*, les obligations en cause doivent être des «obligations collectives», c'est-à-dire s'appliquer au sein d'un groupe d'États et avoir été établies dans un intérêt collectif[764]. Ainsi, elles pourraient concerner l'environnement ou la sécurité d'une région (cas d'un traité régional établissant une zone dénucléarisée ou d'un système régional de protection des droits de l'homme, par exemple). Elles ne se limitent pas aux arrangements pris uniquement dans l'intérêt des États membres mais s'étendraient aux accords conclus par un groupe d'États pour la protection d'un intérêt commun plus large[765]. Mais il doit s'agir en tout cas d'un arrangement transcendant la sphère des relations bilatérales des États parties. Pour ce qui est de la condition selon laquelle l'obligation en cause doit protéger un intérêt collectif, les articles n'ont pas à donner d'énumération de tels intérêts. Entrent dans le champ de l'alinéa *a* les obligations qui ont pour but principal de défendre un intérêt commun, dépassant les intérêts individuels des États concernés. Cela inclurait les situations où des États, désireux d'établir des normes de protection générales en faveur d'un groupe ou d'un peuple, auraient assumé des obligations protégeant des entités non étatiques[766].

---

[764] Voir aussi le commentaire de l'article 42, par. 11).

[765] Dans l'*Affaire du vapeur «Wimbledon»*, la Cour a relevé «[l]a volonté des auteurs du Traité de Versailles de faciliter, par une stipulation d'ordre international, l'accès de la Baltique, et par suite de laisser en tout temps le canal ouvert aux navires et bateaux étrangers de toute catégorie»: *1928, C.P.J.I., série A, n^{o} 1,* p. 23.

[766] L'article 22 du Pacte de la Société des Nations, instituant le régime du mandat, était en ce sens une disposition d'intérêt général, comme l'ont été chacun des accords de mandat conclus en application de cet article. Cf. cependant l'arrêt très critiqué rendu par la Cour internationale de Justice dans les *Affaires du Sud-Ouest africain, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1966,* p. 6, dont l'article 48 s'écarte délibérément.

8) Aux termes de l'alinéa *b* du paragraphe 1, des États autres que l'État lésé peuvent invoquer la responsabilité si l'obligation en cause était une obligation envers «la communauté internationale dans son ensemble[767]». Cette disposition vise à donner effet à ce qu'a énoncé la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, lors de laquelle elle a établi «une distinction essentielle» entre les obligations vis-à-vis d'États particuliers et les obligations «envers la communauté internationale dans son ensemble[768]». À propos des secondes, la Cour a déclaré que «[v]u l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*».

9) Tout en reprenant la substance de cette déclaration, les articles évitent d'employer l'expression «obligations *erga omnes*», qui est moins éclairante que la référence faite par la Cour à la communauté internationale dans son ensemble et dont on a parfois cru, à la suite d'une confusion, qu'elle désignait les obligations envers toutes les parties à un traité. Les articles n'ont pas non plus à fournir la liste des obligations qui, selon le droit international en vigueur, sont des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Cela irait bien au-delà de la tâche qui consiste à codifier les règles secondaires de la responsabilité des États et, de toute façon, une telle liste n'aurait qu'une valeur limitée, car il s'agit d'une notion dont la portée évoluera nécessairement avec le temps. La Cour elle-même a donné à cet égard d'utiles indications: dans son arrêt de 1970, elle a cité à titre d'exemple «la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide», ainsi que «[les] principes et [les] règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale[769]». Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Timor oriental*, la Cour a ajouté à cette liste le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes[770].

---

[767] Au sujet de la formule «communauté internationale dans son ensemble», voir le commentaire de l'article 25, par. 18).

[768] *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970,* p. 32, par. 33; voir aussi le commentaire du chapitre III de la deuxième partie, par. 2) à 6).

[769] Ibid., p. 32, par. 34.

[770] *C.I.J. Recueil 1995,* p. 102, par. 29.

10) Chaque État est en droit, en sa qualité de membre de la communauté internationale dans son ensemble, d'invoquer la responsabilité d'un autre État à raison de la violation de telles obligations. Alors que la catégorie d'obligations collectives visée à l'alinéa *a* du paragraphe 1 a dû être précisée par l'adjonction de critères supplémentaires, aucune précision de ce genre n'est nécessaire dans le cas de l'alinéa *b*. Tous les États sont par définition membres de la communauté internationale dans son ensemble, et les obligations en cause sont par définition des obligations collectives protégeant des intérêts de la communauté internationale en tant que telle. Ces obligations peuvent naturellement protéger en même temps les intérêts individuels des États: ainsi, l'interdiction des actes d'agression protège la survie de chaque État et la sécurité de sa population. De la même manière, la violation d'une telle obligation peut atteindre spécialement des États individuels: par exemple, un État côtier sera spécialement atteint par une pollution liée à la violation d'une obligation qui vise à protéger le milieu marin dans l'intérêt collectif.

11) Le paragraphe 2 indique les catégories de demandes que les États peuvent faire lorsqu'ils invoquent la responsabilité en vertu de l'article 48. L'énumération qui figure dans ce paragraphe est exhaustive, la gamme des droits liés à l'invocation de la responsabilité en vertu de l'article 48 étant plus limitée que celle des droits auxquels peuvent prétendre les États lésés au sens de l'article 42. En particulier, l'action intentée par un État en application de l'article 48 – cet État n'étant pas lésé de son propre chef et ne demandant donc pas réparation pour son propre compte sous la forme d'une indemnisation, par exemple – sera vraisemblablement centrée sur la question même de savoir s'il y a eu violation de la part d'un autre État et sur la cessation de la violation s'il s'agit d'une violation continue. Par exemple, dans l'*Affaire du vapeur «Wimbledon»*, le Japon, qui n'avait pas d'intérêt économique dans la traversée en cause, n'a demandé qu'une déclaration, tandis que la France, dont le national avait supporté le préjudice, a demandé et obtenu des dommages-intérêts[771]. Dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, l'Éthiopie et le Libéria n'ont demandé que des déclarations de la position en droit[772]. En l'espèce, comme

[771] *1923, C.P.J.I., série A, n° 1,* p. 30.

[772] *Affaires du Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1962,* p. 319; *Affaires du Sud-Ouest africain, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1966,* p. 6.

la Cour elle-même l'a fait observer en 1971, il était «port[é] préjudice» à un peuple, à savoir le peuple du Sud-Ouest africain[773].

12) Selon l'alinéa *a* du paragraphe 2, tout État visé à l'article 48 est en droit de demander la cessation du fait illicite et, si les circonstances l'exigent, des assurances et garanties de non-répétition conformément à l'article 30. En outre, l'alinéa *b* du paragraphe 2 permet à un tel État de demander à l'État responsable réparation conformément aux dispositions du chapitre II de la deuxième partie. Dans les cas de violation d'obligations visées à l'article 48, il peut très bien se faire qu'aucun État ne soit lésé individuellement par la violation, mais il est pourtant hautement souhaitable qu'un État ou des États soient en mesure de demander une réparation, en particulier la restitution. L'alinéa *b* prévoit que cette demande doit être faite dans l'intérêt de l'État lésé, s'il y en a un, ou des bénéficiaires de l'obligation violée. Cet aspect du paragraphe 2 de l'article 48 comporte un élément de développement progressif, qui se justifie dans la mesure où il offre un moyen de protéger l'intérêt de la communauté ou l'intérêt collectif en jeu. À cet égard, il est à noter que certaines dispositions, figurant par exemple dans des traités relatifs aux droits de l'homme, permettent à n'importe quel État partie d'invoquer la responsabilité. Dans les cas où cette faculté a été utilisée, une nette distinction a été faite entre la qualité pour agir de l'État demandeur et les intérêts des bénéficiaires de l'obligation en cause[774]. Ainsi, un État invoquant la responsabilité au titre de l'article 48 et réclamant davantage qu'une mesure déclaratoire et la cessation peut être appelé à établir qu'il agit dans l'intérêt de la partie lésée. Lorsque la partie lésée est un État, son gouvernement, aura autorité pour représenter cet intérêt. D'autre cas pourront poser des difficultés plus grandes, que les présents articles ne sont pas à même de résoudre[775]. L'alinéa *b* du paragraphe 2 ne peut qu'énoncer le principe général.

13) L'alinéa *b* du paragraphe 2 prévoit que l'État exige «l'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents». Cela fait ressortir clairement que les États

---

[773] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971,* p. 56, par. 127.

[774] Voir par exemple les observations de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Danemark* c. *Turquie, règlement amiable,* arrêt du 5 avril 2000, par. 20 et 23.

[775] Voir aussi le commentaire de l'article 33, par. 3) et 4).

visés à l'article 48 ne peuvent demander réparation dans des situations où un État lésé ne pourrait pas le faire. Par exemple, une demande de cessation présuppose la continuation du fait illicite; et une demande de restitution est exclue si la restitution elle-même est devenue impossible.

14) Le paragraphe 3 assujettit l'invocation de la responsabilité d'un État par des États autres que l'État lésé aux conditions qui régissent l'invocation par l'État lésé, notamment celles des articles 43 (notification de la demande), 44 (recevabilité de la demande) et 45 (renonciation au droit d'invoquer la responsabilité). Ces articles doivent être lus comme s'appliquant également, *mutatis mutandis*, à un État qui invoque la responsabilité en vertu de l'article 48.

CHAPITRE II

Contre-mesures

1) Le présent chapitre traite des conditions et limites applicables au recours à des contre-mesures par un État lésé. En d'autres termes, il traite de mesures qui seraient contraires aux obligations internationales de l'État lésé vis-à-vis de l'État responsable, si elles n'étaient prises par le premier en réaction à un fait internationalement illicite commis par le second, aux fins d'obtenir la cessation et la réparation. Les contre-mesures caractérisent un système décentralisé permettant aux États lésés de s'efforcer de faire valoir leurs droits et de rétablir la relation juridique avec l'État responsable qui a été rompue par le fait internationalement illicite.

2) Il est reconnu, tant par les gouvernements que par les décisions de tribunaux internationaux, que des contre-mesures sont, dans certaines circonstances, justifiées[776]. C'est ce qu'exprime l'article 23, qui traite des contre-mesures prises en réaction à un fait internationalement illicite dans le cadre des circonstances excluant l'illicéité. À l'instar d'autres formes d'auto-assistance, les contre-mesures sont susceptibles d'abus, et cette éventualité est renforcée par les inégalités de fait entre États. Le chapitre II vise à instituer un système

---

[776] Pour la doctrine abondante, voir les bibliographies *in* E. Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures* (Dobbs Ferry, N.Y., Transnational Publishers, 1984), p. 179 à 189; O. Y. Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1988), p. 37 à 41; L. A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite* (Paris, L.G.D.J., 1990), p. 501 à 525; P. Alland, *Justice privée et ordre juridique international: Étude théorique des contre-mesures au droit international public* (Paris, Pédone, 1994).

opérationnel tenant compte du caractère exceptionnel des contre-mesures prises en réaction à un comportement internationalement illicite tout en s'efforçant, en assortissant les contre-mesures de conditions et restrictions appropriées, de les contenir dans des limites généralement acceptables.

3) S'agissant de la terminologie, le terme «représailles» a été traditionnellement employé pour désigner des mesures par ailleurs illicites, y compris des mesures faisant appel à la force, prises unilatéralement en riposte à une violation[777]. Plus récemment, le terme «représailles» a été circonscrit à des mesures prises en période de conflit armé international, pour qualifier les représailles entre belligérants. Le terme «contre-mesures» désigne la partie du sujet des représailles qui n'est pas associée à un conflit armé et c'est dans ce sens, conformément à la pratique et à la jurisprudence modernes, que le terme est employé dans le présent chapitre[778] . Il faut distinguer les contre-mesures des mesures de rétorsion, c'est-à-dire d'un comportement «inamical», qui n'est pas incompatible avec une éventuelle obligation internationale de l'État qui y recourt, même s'il entend riposter à un fait internationalement illicite. Des mesures de rétorsion peuvent notamment consister dans l'interdiction ou la restriction des relations diplomatiques normales ou d'autres contacts, des mesures d'embargo de différentes sortes, ou la suppression de programmes de secours volontaires. Quelle que soit leur motivation, dès lors que ces mesures ne sont pas incompatibles avec les obligations internationales des États qui les prennent à l'égard de l'État qui en est la cible, elles ne constituent pas des contre-mesures et n'entrent pas dans le champ d'application des présents articles. Le terme «sanction» est lui aussi souvent employé pour qualifier des mesures prises contre un État par un groupe d'États ou décidées par une organisation internationale. Mais le terme est imprécis: le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ne vise que des «mesures», bien que celles-ci englobent un très large éventail de

---

777 Voir, par exemple, E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758, repr. Washington, Carnegie Institution, 1916), Bk. II, ch. XVIII, par. 342.

778 Voir les affaires suivantes: l'*Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XVIII, p. 454 (1979), p. 482, par. 80; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980*, p. 27, par. 53; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique*), *fond, C.I.J. Recueil 1986*, p. 106, par. 201; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997,* p. 55, par. 82.

possibilités, y compris le recours à la force armée[779]. Les questions relatives à l'emploi de la force dans les relations internationales et à la licéité de représailles entre belligérants sont régies par les règles primaires pertinentes. En revanche, les articles traitent des contre-mesures, visées à l'article 23, que peut prendre un État lésé pour amener l'État responsable à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie. Elles ont un caractère instrumental et sont dûment traitées dans la troisième partie comme un des aspects de la mise en œuvre de la responsabilité de l'État.

4) Il faut clairement distinguer les contre-mesures de l'extinction ou de la suspension de relations contractuelles en raison de la violation substantielle du traité par un État, comme le prévoit l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'extinction d'un traité ou la suspension de son application conformément aux dispositions de l'article 60 a des répercussions sur les obligations juridiques de fond des États parties, mais cela n'a rien à voir avec la question de la responsabilité que peut déjà avoir fait naître la violation[780].
Les contre-mesures impliquent un comportement dérogatoire à une obligation conventionnelle subsistante, qui est cependant justifié en tant que riposte nécessaire et proportionnée à un fait internationalement illicite de l'État à l'encontre duquel elles sont prises. Ce sont des mesures essentiellement temporaires, visant à une fin spécifique, dont la justification disparaît dès qu'elles ont atteint cette fin.

5) Le présent chapitre ne distingue pas des autres mesures celles qui sont parfois qualifiées de «contre-mesures réciproques». Ce terme désigne des contre-mesures qui supposent la suspension de l'exécution d'obligations envers l'État responsable «si lesdites obligations correspondent ou sont directement liées à l'obligation qui a été violée[781]». Il n'est pas prévu de restreindre les contre-mesures prises par les États à la suspension de l'exécution de la même

---

[779] Charte des Nations Unies, Art. 39, 41 et 42.

[780] Cf. Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies*, Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 70 et 73 et, sur la portée respective du droit codifié des traités et du droit de la responsabilité des États, voir le commentaire introductif de la première partie, chap. V, par. 3) à 7).

[781] Voir *Annuaire ... 1985*, vol. II, première partie, p. 11.

obligation ou d'une obligation étroitement connexe[782]. Plusieurs considérations justifient cette conclusion. Tout d'abord, pour certaines obligations, par exemple celles relatives à la protection des droits de l'homme, des contre-mesures réciproques sont difficilement concevables. Les obligations en question ont un caractère non réciproque et ne sont pas seulement dues à d'autres États mais aux individus eux-mêmes[783]. Ensuite, une restriction de la riposte à des contre-mesures réciproques suppose que l'État lésé sera à même d'imposer les mêmes mesures que l'État responsable ou des mesures connexes, ce qui n'est peut-être pas le cas. Il se peut que l'obligation ait un caractère unilatéral ou que l'État lésé ait déjà exécuté sa part du contrat. Surtout, maintes mesures de nature réciproque sont interdites par des considérations d'ordre public et d'humanité. Cette conclusion ne clôt cependant pas le débat. Des contre-mesures auront plus de chances de satisfaire aux conditions de nécessité et de proportionnalité si elles visent la même obligation ou une obligation étroitement connexe, comme dans l'affaire, soumise à l'arbitrage, des *Services aériens*[784].

6) Cette conclusion renforce la nécessité de veiller à ce que les contre-mesures soient strictement limitées aux besoins de la situation et de prévoir des garanties suffisantes contre tout abus. C'est ce à quoi tend le chapitre II, par plusieurs moyens. Tout d'abord, comme il a déjà été dit, ne sont visées que les contre-mesures n'impliquant pas le recours à la force [art. 50, par. 1 *a*]. Deuxièmement, les contre-mesures ne doivent être dirigées que contre l'État responsable et non contre des tiers (art. 49, par. 1 et 2). Troisièmement, puisque les contre-mesures doivent avoir un rôle instrumental - en d'autres termes, puisque leur objectif est la cessation du fait internationalement illicite et la réparation à ce titre, et non la répression - elles ont un caractère temporaire et leurs effets doivent autant que possible être réversibles pour permettre la reprise des relations juridiques entre les deux États (art. 49, par. 2 et 3, et 53). Quatrièmement, les contre-mesures doivent être proportionnées (art. 51). Cinquièmement, elles ne doivent pas porter atteinte à certaines obligations fondamentales (art. 50, par. 1), en particulier celles résultant de normes impératives du droit international général.

---

[782] Contrairement à l'exception d'inexécution prévue dans le droit des traités, qui est soumise à une telle restriction: voir le commentaire introductif de la première partie, chap. V, par. 9).

[783] Cf. *Irlande* c. *Royaume-Uni, C.E.D.H., Série A, n° 25* (1978).

[784] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 416 (1979).

7) Le présent chapitre traite aussi dans une certaine mesure des conditions de la mise en œuvre de contre-mesures. En particulier, les contre-mesures ne peuvent porter atteinte à une procédure de règlement des différends en vigueur entre les deux États et applicable au différend (art. 50, par. 2 *a*) ni à l'inviolabilité des agents, locaux, archives, et documents diplomatiques ou consulaires (art. 50, par. 2 *b*). Les contre-mesures doivent être précédées d'une demande adressée par l'État lésé à l'État responsable pour l'inviter à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie, elles doivent être assorties d'une offre de négocier, et elles doivent être suspendues si le fait internationalement illicite a cessé et si le différend est soumis de bonne foi à une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties (art. 52, par. 3).

8) Le chapitre est axé sur les contre-mesures prises par un État lésé tel qu'il est défini à l'article 42. Dans la pratique, il est arrivé que des contre-mesures soient prises par d'autres États, en particulier ceux définis à l'article 48, en l'absence d'un État lésé ou pour le compte ou à la demande d'un État lésé. De tels cas donnent lieu à controverse et la pratique est embryonnaire. Le présent chapitre n'a pas pour objet de réglementer le recours à des contre-mesures par des États autres que l'État lésé. Il est toutefois sans préjudice du droit de tout État défini à l'article 48, paragraphe 1, de prendre des mesures licites à l'encontre d'un État responsable afin d'obtenir la cessation de la violation et la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée (art. 54).

9) À l'instar d'autres chapitres des présents articles, les dispositions relatives aux contre-mesures ont un caractère supplétif et peuvent être écartées ou modifiées par une règle spécifique contraire (voir art. 55). Ainsi, une disposition conventionnelle interdisant, en toutes circonstances, la suspension de l'exécution d'une obligation exclura toute contre-mesure touchant à l'exécution de l'obligation. Tel sera aussi l'effet d'un régime de règlement des différends auquel les États doivent recourir en cas de litige, en particulier (comme c'est le cas du système de règlement des différends de l'OMC) s'il prévoit l'obligation d'obtenir une autorisation pour prendre des mesures équivalant à des contre-mesures en réaction à une violation avérée[785].

---

[785] Voir OMC, Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, art. 1, 3 (par. 7), et 22.

Article 49

Objet et limites des contre-mesures

1. L'État lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre de l'État responsable du fait internationalement illicite que pour amener cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie.

2. Les contre-mesures sont limitées à l'inexécution temporaire d'obligations internationales de l'État prenant les mesures envers l'État responsable.

3. Les contre-mesures doivent, autant que possible, être prises d'une manière qui permette la reprise de l'exécution des obligations en question.

Commentaire

1) L'article 49 définit l'objet licite de contre-mesures prises par un État lésé à l'encontre de l'État responsable et limite à certains égards leur portée. Un État lésé ne peut prendre de contre-mesures que pour amener l'État responsable à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie, à savoir mettre fin au fait internationalement illicite si ce fait continue et accorder une réparation à l'État lésé[786]. Les contre-mesures ne sont pas envisagées comme une forme de répression d'un comportement illicite mais comme un moyen d'amener l'État responsable à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie. L'objet limité et le caractère exceptionnel des contre-mesures résultent de l'emploi de la formule «ne … que» au paragraphe 1 de l'article 49.

2) Une condition préalable fondamentale de la licéité d'une contre-mesure est l'existence d'un fait internationalement illicite causant un préjudice à l'État qui prend la contre-mesure. Ce point a été clairement affirmé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, dans le passage suivant de son arrêt:

> «Pour pouvoir être justifiée, une contre-mesure doit satisfaire à certaines conditions… En premier lieu, elle doit être prise pour riposter à un fait internationalement illicite d'un autre État et doit être dirigée contre ledit État[787].»

---

[786] Pour ces obligations, voir les articles 30 et 31 et les commentaires y relatifs.

[787] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J Recueil 1997,* p. 55, par. 83. Voir aussi «*Naulilaa*» (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*,

3) Le paragraphe 1 de l'article 49 pose une norme objective pour qu'un État puisse prendre des contre-mesures, en exigeant en particulier que les contre-mesures soient prises contre un État qui est responsable d'un fait internationalement illicite pour amener cet État à s'acquitter des obligations de cessation et de réparation qui lui incombent. Un État qui prend des contre-mesures le fait à ses propres risques, si sa perception de la question de l'illicéité se révèle mal fondée. Un État qui recourt à des contre-mesures en fonction d'une appréciation unilatérale de la situation le fait à ses propres risques et peut encourir une responsabilité à raison de son propre comportement illicite dans l'hypothèse d'une appréciation inexacte[788]. À cet égard, il n'y a aucune différence entre les contre-mesures et les autres circonstances excluant l'illicéité[789].

4) Un deuxième élément essentiel d'une contre-mesure est qu'elle «doit être dirigée contre»[790] un État qui a commis un fait internationalement illicite, et qui ne s'est pas acquitté des obligations, cessation ou de réparation qui lui incombent en vertu de la deuxième partie des présents articles[791]. Les mots «ne ... que» au paragraphe 1 s'appliquent aussi bien à la cible des

---

vol. II, (1928), p. 1027; «*Cysne*» *(Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre)*, ibid., vol. II, (1930), p. 1057. Lors de la Conférence de codification du droit international de La Haye, tous les États qui ont répondu sur ce point ont été d'avis qu'un fait illicite préexistant était une condition préalable indispensable pour justifier l'exercice de représailles; voir Société des Nations, Conférence de codification du droit international, *Bases de discussion pour la Conférence élaborées par le Comité préparatoire*, t. III; *Responsabilité des États pour les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers* (doc. C.75.M.69.1929.V., p. 128.

[788] L'observation du Tribunal dans l'affaire relative aux *Services aériens* selon laquelle «chaque État apprécie pour lui-même sa situation juridique au regard des autres États» (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 416 (1979), p. 483, par. 81) ne doit pas être interprétée comme signifiant que les États-Unis auraient été fondés à prendre des contre-mesures, que la France ait ou non violé l'Accord. En l'espèce, le Tribunal a ensuite déclaré que les États-Unis avaient effectivement riposté à une violation de l'Accord par la France, et que leur riposte remplissait les conditions du recours à des contre-mesures en droit international, en particulier sous l'angle de l'objet et de la proportionnalité. Le Tribunal n'a pas dit qu'une croyance injustifiée des États-Unis en l'existence d'une violation aurait suffi.

[789] Voir le commentaire introductif de la première partie, chap. V, par. 8).

[790] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997*, p. 55 et 56, par. 83.

[791] Ibid. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros,* la Cour a estimé que cette condition était remplie, la violation, par la Hongrie, de ses obligations en vertu d'un traité

contre-mesures qu'à leur objet et ils visent à exprimer l'idée que les contre-mesures ne peuvent être adoptées que contre un État qui est l'auteur du fait internationalement illicite.
Les contre-mesures ne peuvent être dirigées contre des États autres que l'État responsable. Dans le cas où un État tiers est le bénéficiaire d'une obligation internationale incombant à l'État qui prend des contre-mesures et que cette obligation est violée par les contre-mesures, l'illicéité de la mesure n'est pas exclue à l'égard de l'État tiers. En ce sens, l'exclusion de l'illicéité des contre-mesures a un effet relatif, et ne concerne que les relations juridiques entre l'État lésé et l'État responsable[792].

5) Cela ne signifie pas que les contre-mesures ne peuvent pas avoir, incidemment, des effets sur la situation d'États tiers ou même d'autres tierces parties. Par exemple, si l'État lésé suspend les droits de passage en transit à l'égard de l'État responsable conformément au présent chapitre, d'autres parties, y compris des États tiers, peuvent subir les effets de cette suspension. S'ils n'ont aucun droit individuel à cet égard, ils ne peuvent protester. Il en va de même si par suite de la suspension de l'application d'un accord commercial, le commerce avec l'État responsable est affecté, entraînant un manque à gagner, voire la faillite, pour une ou plusieurs sociétés. De tels effets indirects ou collatéraux ne peuvent être totalement évités.

6) Lorsqu'il prend des contre-mesures, l'État lésé suspend effectivement, temporairement, l'exécution d'une ou plusieurs obligations internationales lui incombant à l'égard de l'État responsable, et c'est ce qu'exprime le paragraphe 2 de l'article 49. Bien que les contre-mesures prennent normalement la forme de l'inexécution d'une seule obligation, il se peut qu'une mesure particulière affecte simultanément l'exécution de plusieurs obligations. C'est pour cette raison qu'il est question, au paragraphe 2, «d'obligations». Par exemple, le gel des avoirs d'un État risque d'impliquer ce qui constituerait par ailleurs la violation de plusieurs obligations envers cet État en vertu de différents accords ou arrangements. Le même fait risque d'affecter différentes obligations concomitantes. Le critère est toujours celui de la proportionnalité, et un État qui a

---

bilatéral se poursuivant, et la riposte de la Tchécoslovaquie étant dirigée contre la Hongrie pour ce motif.

[792] Sur la question spécifique des obligations en matière de droits de l'homme, voir l'article 50, paragraphe 1 *b,* et le commentaire y relatif.

commis un fait internationalement illicite ne s'expose pas du même coup à toute forme ou conjugaison possible de contre-mesures, quelles qu'en soient la gravité ou les conséquences[793].

7) Le terme «temporaire» au paragraphe 2 précise le caractère temporaire des contre-mesures. L'objectif est de rétablir une situation de licéité entre l'État lésé et l'État responsable, et non de créer de nouvelles situations qui ne seront pas réversibles quelle que soit la réaction de ce dernier État aux demandes présentées contre lui[794]. Les contre-mesures sont prises comme un moyen d'incitation, non de répression: si elles sont efficaces en ce qu'elles amènent l'État responsable à s'acquitter des obligations de cessation et de réparation qui lui incombent, il doit y être mis fin pour permettre la reprise de l'exécution de l'obligation.

8) Le paragraphe 1 de l'article 49 vise les obligations qui incombent à l'État responsable «en vertu de la deuxième partie». C'est à l'exécution de ces obligations que tendent les contre-mesures. Dans de nombreux cas, l'objectif essentiel des contre-mesures sera la cessation d'un fait illicite continu, mais leur but peut être aussi la réparation, sous réserve que les autres conditions énoncées au chapitre II soient remplies. Dans le cas contraire, un État responsable d'un fait internationalement illicite serait à l'abri de toute contre-mesure si le fait a cessé, sans considération de la gravité de la violation ou de ses conséquences, ou du refus de l'État d'accorder une réparation à ce titre. À cet égard, on peut se demander si les contre-mesures doivent être autorisées lorsque la satisfaction demandée par l'État lésé n'est pas accordée, vu le rôle subsidiaire de ce mode de réparation[795]. Normalement, la satisfaction aura un caractère symbolique ou complémentaire et il serait très improbable qu'un État qui a mis fin au fait illicite et offert une indemnisation à l'État lésé puisse être la cible de contre-mesures pour n'avoir pas

---

[793] Voir l'article 51 et le commentaire y relatif. De plus, en aucun cas l'exécution de certaines obligations ne peut être refusée à titre de contre-mesures: voir l'article 50 et le commentaire y relatif.

[794] Ce concept est réaffirmé au paragraphe 3 et à l'article 53 (Cessation des contre-mesures).

[795] Voir le commentaire de l'article 37, par. 1).

aussi donné satisfaction. Ce problème peut être dûment réglé par l'application du principe de proportionnalité énoncé à l'article 51[796].

9) Le paragraphe 3 de l'article 49 est inspiré de l'article 72, paragraphe 2, de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui prévoit que lorsqu'un État suspend l'application d'un traité, il doit s'abstenir, pendant la période de suspension, de tous actes tendant à faire obstacle à la reprise de l'application du traité. Par analogie, les États devraient autant que possible opter pour des contre-mesures qui soient réversibles. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a reconnu l'existence de cette condition, tout en estimant qu'elle n'avait pas à statuer à cet égard. Après avoir conclu que «le détournement du Danube effectué par la Tchécoslovaquie n'était pas une contre-mesure licite, faute d'être proportionnée», la Cour a affirmé:

> «Elle n'a dès lors pas à statuer sur une autre condition dont dépend la licéité d'une contre-mesure, à savoir que celle-ci doit avoir pour but d'inciter l'État auteur du fait illicite à exécuter les obligations qui lui incombent en droit international, et que la mesure doit partant être réversible[797].»

Toutefois, l'obligation de choisir des mesures réversibles n'est pas absolue. Il n'est peut-être pas possible, dans tous les cas, de supprimer tous les effets des contre-mesures lorsque l'occasion qui les a suscitées a pris fin. Par exemple, l'exigence de notification d'une activité est sans valeur après que l'activité a été entreprise. Par contre, le fait d'infliger à l'État responsable des dommages irréparables pourrait constituer une mesure répressive ou une sanction pour inexécution et non une contre-mesure au sens des articles. La formule «autant que possible» au paragraphe 3 indique que si l'État lésé peut choisir entre plusieurs contre-mesures licites et efficaces, il doit retenir celle qui permet la reprise des obligations suspendues par suite des contre-mesures.

---

[796] Des considérations du même ordre s'appliquent aux assurances et garanties de non–répétition. Voir l'article 30 *b* et le commentaire y relatif.

[797] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997*, p. 57, par. 87.

Article 50

Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures

1. Les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte:

a) À l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est énoncée dans la Charte des Nations Unies;

b) Aux obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme;

c) Aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles;

d) Aux autres obligations découlant de normes impératives du droit international général.

2. L'État qui prend des contre-mesures n'est pas dégagé des obligations qui lui incombent:

a) En vertu de toute procédure de règlement des différends applicable entre lui et l'État responsable;

b) De respecter l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires.

Commentaire

1) L'article 50 énumère certaines obligations à l'exécution desquelles les contre-mesures ne peuvent porter atteinte. Un État lésé est tenu de continuer à respecter ses obligations dans ses relations avec l'État responsable, et il ne peut compter qu'une violation par l'État responsable de ses obligations en vertu de la deuxième partie exclura l'illicéité de la non-exécution des obligations visées dans l'article. Du point de vue du droit des contre-mesures, celles-ci sont sacro-saintes.

2) Les obligations visées à l'article 50 entrent dans deux grandes catégories. Le paragraphe 1 concerne certaines obligations qui, de par leur nature, ne doivent en aucun cas faire l'objet de contre-mesures. Le paragraphe 2 vise certaines obligations concernant en particulier le maintien des voies de communication entre les deux États concernés, y compris les mécanismes de règlement de leurs différends.

3) Le paragraphe 1 de l'article 50 distingue quatre catégories d'obligations fondamentales qui ne peuvent être affectées par des contre-mesures: a) l'obligation de s'abstenir de la menace

ou de l'emploi de la force énoncée dans la Charte des Nations Unie, b) les obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme, c) les obligations de caractère humanitaire excluant les représailles et d) d'autres obligations découlant de normes impératives du droit international général.

4) L'alinéa *a* du paragraphe 1 a trait à l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force énoncée dans la Charte des Nations Unies, y compris la prohibition expresse de l'emploi de la force figurant à l'Article 2, paragraphe 4. Il exclut les mesures coercitives des contre-mesures autorisées en vertu du chapitre II.

5) L'interdiction des contre-mesures coercitives est énoncée dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, dans laquelle l'Assemblée générale des Nations Unies a proclamé que «Les États ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force[798]». Cette prohibition est aussi étayée par la doctrine ainsi que par diverses déclarations d'organes judiciaires[799] et autres organes[800] internationaux.

6) L'alinéa *b* du paragraphe 1 dispose que les contre-mesures ne doivent porter aucune atteinte aux obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme. Dans l'affaire de *Naulilaa*, le tribunal arbitral a déclaré qu'une contre-mesure licite doit être «limitée par les expériences de l'humanité et les règles de la bonne foi, applicables dans les rapports

---

[798] Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970, sixième alinéa du premier principe. On trouve aussi dans l'Acte final d'Helsinki (1er août 1975) une condamnation expresse des mesures comportant la menace ou l'emploi de la force. Dans l'énoncé du Principe II de la Déclaration de principes, qui fait partie de la première «corbeille» de l'Acte final, on peut lire ce qui suit: «De même, [les États participants] s'abstiennent aussi dans leurs relations mutuelles de tout acte de représailles par la force.»

[799] Voir en particulier *Détroit de Corfou*, *fond*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 35; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 127, par. 249.

[800] Voir par exemple les résolutions 111 (1956), 171 (1962), 188 (1964), 316 (1972), 332 (1973), 573 (1985) et 1322 (2000) du Conseil de sécurité. Voir également la résolution 41/38 de l'Assemblée générale, du 20 novembre 1986.

d'État à État[801]». L'Association de droit international a, dans une résolution de 1934, déclaré qu'un État qui prend des contre-mesures doit «s'abstenir de toute mesure de rigueur qui serait contraire aux lois de l'humanité et aux exigences de la conscience publique[802]». Cette règle a été renforcée du fait de l'apparition depuis 1945 des droits de l'homme internationalement reconnus. En particulier, les traités relatifs aux droits de l'homme recensent certains droits qui ne peuvent faire l'objet de dérogation même en temps de guerre ou d'état d'urgence[803].

7) Dans son Observation générale n° 8 (1997), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a examiné la question de l'effet des sanctions économiques sur les populations civiles et spécialement les enfants. Il s'est penché à la fois sur l'effet des mesures prises par des organisations internationales, sujet qui ne relève pas des présents articles[804] et sur les mesures imposées par des États ou groupes d'États. Il a souligné que «ces sanctions devraient toujours tenir pleinement compte, en toutes circonstances, des dispositions du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[805]», et, poursuivant, a dit:

> «… il est essentiel de faire une distinction entre leur objectif premier, qui est d'exercer une pression politique et économique sur l'élite dirigeante du pays visé pour l'amener à se conformer au droit international, et leurs effets indirects, à savoir les souffrances infligées aux groupes les plus vulnérables de ce pays[806]».

On peut tirer des analogies d'autres éléments du droit international général. Par exemple, le paragraphe 1 de l'article 54 du Protocole additionnel I de 1977 stipule inconditionnellement:

---

[801] *«Naulilaa» (Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1928), p. 1026.

[802] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 38 (1934), p. 710.

[803] Voir Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 4, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 15, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 27, Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 1144, p. 183.

[804] Voir l'article 59 et le commentaire y relatif.

[805] E/C.12/1997/8, 5 décembre 1997, par. 1.

[806] Ibid., par. 4.

«Il est interdit d'utiliser contre les civils la famine comme méthode de guerre.[807]». De même, la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article premier des deux Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme est ainsi libellée: «En aucun cas, un peuple ne pourrait être privé de ses propres moyens de subsistance[808].»

8) L'alinéa *c* du paragraphe 1, qui concerne les obligations de droit humanitaire excluant les représailles, est calqué sur l'article 60, paragraphe 5, de la Convention de Vienne sur le droit des traités[809]. Cet alinéa exprime le principe fondamental de l'interdiction des représailles contre les individus, qui relève du droit international humanitaire. En particulier, les Conventions de La Haye de 1929 et de Genève de 1949 et le Protocole additionnel I de 1977 interdisent les représailles contre des catégories définies de personnes protégées, et ces interdictions sont très largement acceptées[810].

9) L'alinéa *d* du paragraphe 1 interdit les contre-mesures portant atteinte aux obligations découlant de normes impératives du droit international général. À l'évidence, les normes

---

[807] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 3. Voir également les articles 54, par. 2 («objets indispensables à la survie de la population civile»), et 75. Voir également le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 609, art. 4.

[808] Art. premier, par. 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, p. 33, art. premier, par. 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171.

[809] Le paragraphe 5 de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités interdit à un État d'invoquer une violation substantielle d'un traité pour suspendre ou mettre fin à des dispositions conventionnelles «relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment [des] dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités». Ce paragraphe a été ajouté lors de la Conférence de Vienne par 88 voix contre zéro avec 7 abstentions.

[810] Voir K. J. Partsch, «Reprisals», *in* R. Bernhard (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North Holland, 1986), vol. 4, p. 203 et 204; S. Oeter, «Methods and Means of Combat», *in* D. Fleck (dir. publ.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 1995), p. 204 à 207, par. 476 à 479, avec renvois aux dispositions pertinentes.

impératives, auxquelles les États ne peuvent déroger même par traité, ne peuvent faire l'objet d'une dérogation unilatérale sous la forme de contre-mesures. L'alinéa *d* reprend, aux fins du présent chapitre, le principe énoncé à l'article 26 selon lequel les circonstances excluant l'illicéité définies dans le chapitre V de la première partie n'affectent pas l'illicéité de tout acte d'un État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général. Le mot «autres» qui figure avant le mot «obligations» indique que l'alinéa *d* ne limite pas la portée des alinéas qui précèdent, dont certains visent aussi des normes de caractère impératif. Les alinéas *b* et *c*, en particulier, ont une valeur intrinsèque. L'alinéa *d* reconnaît l'existence d'autres normes impératives créant des obligations auxquelles les contre-mesures prises par un État lésé ne peuvent porter atteinte[811].

10) Les États peuvent convenir que d'autres règles du droit international ne peuvent faire l'objet de contre-mesures, qu'elles soient ou non considérées comme des normes impératives du droit international général. Cette possibilité, qui relève de la *lex specialis*, est envisagée à l'article 55 et non à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 50. En particulier, des parties à un traité bilatéral ou multilatéral peuvent dans ce traité renoncer à la possibilité de prendre des contre-mesures si le traité est violé ou en ce qui concerne la matière qu'il régit. C'est par exemple le cas des traités sur l'Union européenne, qui ont leur propre système de mise en œuvre[812]. Dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, un Membre doit obtenir une autorisation préalable de l'Organe de règlement des différends (ORD) pour suspendre des concessions ou autres obligations découlant des accords de l'OMC en réaction au non-respect, par un autre Membre, des recommandations et décisions d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel de l'OMC[813]. Aux termes de l'article 23 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC, les Membres qui souhaitent «obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages "résultant des accords de

---

[811] Voir le commentaire de l'article 40, par. 4) à 6).

[812] Sur l'exclusion des contre-mesures unilatérales en droit européen voir, par exemple, les affaires 90 et 91/63, *Commission* c. *Luxembourg & Belgique* [1964] R.C.E., p. 631; affaire 52/75, *Commission* c. *Italie* [1976] R.C.E., p. 284; affaire 232/78, *Commission* c. *France* [1979] R.C.E., p. 2729; affaire C-5/94, *R.* c. *MAAF*, *ex parte Hedley Lomas (Ireland) Limited* [1996] R.C.E., I-2553.

[813] Voir articles 3, 7 et 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC.

l'OMC" auront recours et se conformeront aux règles et procédures» du Mémorandum d'accord. Ceci a été interprété comme une «clause exclusive de règlement des différends» et une clause «empêchant les membres de l'OMC de régler unilatéralement leurs différends concernant des droits et obligations relevant de l'OMC[814]». Dans la mesure où les clauses dérogatoires et les autres dispositions conventionnelles (par exemple celles qui interdisent les réserves) sont interprétées convenablement comme indiquant que les dispositions du traité sont «intransgressibles[815]», elles peuvent impliquer une exclusion des contre-mesures.

11) Outre les limitations de fond au recours à des contre-mesures prévues au paragraphe 1 de l'article 50, le paragraphe 2 dispose que les contre-mesures ne peuvent porter atteinte à deux catégories d'obligations, à savoir les obligations au titre d'une procédure de règlement des différends applicable entre l'État qui prend les contre–mesures et l'État responsable, et les obligations concernant l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires. Dans chaque cas, la justification ne tient pas tellement au caractère substantiel de l'obligation en cause mais à sa fonction dans le cadre du règlement du différend entre les parties qui est à l'origine de la menace ou de l'emploi des contre-mesures.

12) La première exception, prévue à l'alinéa *a* du paragraphe 2, concerne «toute procédure de règlement des différends applicable» entre l'État lésé et l'État responsable. Cette expression vise uniquement les procédures de règlement des différends qui ont un lien avec le différend en cause et non les autres problèmes, sans rapport avec ce différend, pouvant exister entre les États concernés. À cette fin, le différend doit être réputé comprendre tant le différend initial sur le fait internationalement illicite que la question de la légitimité des contre-mesures prises en réaction à celui-ci.

13) Un principe bien établi veut que des dispositions relatives au règlement des différends demeurent valides bien qu'elles figurent dans le traité qui est au cœur du différend et dont il est

---

814 Voir *États–Unis, art. 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur,* Rapport du Groupe spécial, 22 décembre 1999, document de l'OMC WT/DS152/R, par. 7.35 à 7.46.

815 Pour utiliser le synonyme adopté par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996,* p. 257, par. 79.

contesté qu'il demeure valide ou effectif. Comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*:

> «Il n'est pas possible, en tout cas, qu'une suspension purement unilatérale suffise à rendre inopérantes des clauses juridictionnelles dont l'un des objectifs pourrait être précisément de permettre de déterminer la validité de la suspension[816].»

Un raisonnement comparable est à l'origine du principe selon lequel les dispositions relatives au règlement des différends entre l'État lésé et l'État responsable et applicables à leur différend ne peuvent être suspendues à titre de contre-mesures. S'il n'en était pas ainsi, une action unilatérale remplacerait une disposition arrêtée d'un commun accord pour résoudre le différend ayant donné lieu aux contre-mesures. C'est ce qu'a confirmé la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire*:

> «Aucune violation du traité commise par l'une ou l'autre des parties ne saurait avoir pour effet d'empêcher cette partie d'invoquer les dispositions du traité relatives au règlement pacifique des différends[817].»

14) La seconde exception, prévue à l'alinéa *b* du paragraphe 2, limite la mesure dans laquelle un État lésé peut adopter, à titre de contre-mesure, un comportement incompatible avec ses obligations dans le domaine des relations diplomatiques ou consulaires. Un État lésé peut envisager de réagir à plusieurs niveaux. Déclarer un diplomate *persona non grata,* rompre ou suspendre des relations diplomatiques, rappeler des ambassadeurs dans les situations prévues dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques – de tels actes ne constituent pas des contre-mesures au sens du présent chapitre. À un second niveau, des mesures peuvent être prises qui affectent des droits ou privilèges diplomatiques ou consulaires mais ne portent pas atteinte à l'inviolabilité du personnel et des locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires. De telles mesures peuvent constituer des contre-mesures licites si les conditions énoncées dans le présent chapitre sont remplies. D'autre part, l'étendue des contre-mesures interdites à l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 50 est limitée aux obligations qui visent à garantir la sécurité physique et l'inviolabilité, y compris l'immunité juridictionnelle, des agents,

---

[816] *C.I.J. Recueil 1972*, p. 53. Voir également S. M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems* (Cambridge, Grotius, 1987), p. 13 à 59.

[817] *Personnel diplomatique et consulaire des États–Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980*, p. 28, par. 53.

locaux, archives et documents diplomatiques en toute circonstance, y compris lors d'un conflit armé[818].

15) Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire,* la Cour internationale de Justice a souligné que «le droit diplomatique lui-même fournit les moyens de défense nécessaires ainsi que des sanctions contre les activités illicites de membres de missions diplomatiques ou consulaires[819]», et elle a conclu que les violations des immunités diplomatiques et consulaires n'étaient pas justifiables, même à titre de contre-mesures prises en réaction à un fait internationalement illicite de l'État accréditant ou d'envoi. Comme l'a déclaré la Cour:

> «Bref, les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire les membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus[820].»

Si le personnel diplomatique ou consulaire pouvait être pris pour cible dans le cadre de contre-mesures, il deviendrait en fait des otages résidents en cas de faits perçus comme illicites de l'État d'envoi, ce qui saperait l'institution des relations diplomatiques et consulaires. L'exclusion de toutes les contre-mesures portant atteinte à l'inviolabilité diplomatique et consulaire est donc justifiée par des motifs fonctionnels. Elle n'affecte pas les divers recours dont dispose l'État accréditaire ou de résidence aux termes des Conventions de Vienne de 1961 à 1963[821]. D'autre part, l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 50 ne mentionne pas la diplomatie multilatérale. Les représentants des États auprès d'organisations internationales sont couverts par la référence aux agents diplomatiques. Quant aux fonctionnaires des organisations

---

[818] Voir par exemple la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Nations Unies*, Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95, art. 22, 24, 29, 44 et 45.

[819] *C.I.J. Recueil 1980*, p. 38, par. 83.

[820] Ibid., p. 40, par. 86. Voir Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 45 *a*; Convention de Vienne sur les relations consulaires, Nations Unies*, Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261, art. 27, par. 1 *a* (les locaux, biens et archives doivent être protégés «même en cas de conflit armé»).

[821] Voir Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 9, 11, 26, 36, par. 2, 43 *b*, 47, par. 2 *a*; Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 10, par. 2, art. 12, art. 23, art. 25 *b* et *c*, et art. 35, par. 3.

internationales elles-mêmes, aucune mesure de rétorsion prise par l'État hôte à leur détriment ne pourrait être considérée comme une contre-mesure puisqu'elle impliquerait le non-respect d'une obligation due non à l'État responsable mais à une tierce partie, à savoir l'organisation internationale concernée.

Article 51

Proportionnalité

Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause.

Commentaire

1) L'article 51 pose une limite essentielle au recours à des contre-mesures par un État lésé en toute circonstance pour des raisons de proportionnalité. Celle-ci joue lorsque l'on détermine quelles contre-mesures peuvent être prises et leur degré d'intensité. La proportionnalité constitue en quelque sorte une assurance dans la mesure où des contre-mesures disproportionnées pourraient engager la responsabilité de l'État qui les prend.

2) La proportionnalité est une condition bien établie du recours à des contre-mesures, et est largement reconnue dans la pratique des États, la doctrine et la jurisprudence. Aux termes de la sentence dans l'affaire de *Naulilaa*…

> «[m]ême si l'on admettait que le droit des gens n'exige pas que la représaille se mesure approximativement à l'offense, on devrait certainement considérer comme excessives et partant illicites, des représailles hors de toute proportion avec l'acte qui les a motivées[822]».

3) Lors de l'arbitrage rendu dans l'affaire des *Services aériens*[823], la question de la proportionnalité a été examinée assez en détail. Dans cette affaire, il n'y avait pas d'équivalence exacte entre le refus de la France d'autoriser une rupture de charge à Londres sur les vols en provenance de la côte ouest des États-Unis et la contre-mesure prise par les États-Unis, à savoir

---

[822] *Naulilaa* (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1928), p. 1028.

[823] *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis et la France,* ibid., vol. XVIII (1978), p. 454.

la suspension totale des vols d'Air France à destination de Los Angeles. Le tribunal a néanmoins considéré que les mesures prises par les États-Unis étaient conformes au principe de la proportionnalité parce qu'elles ne semblaient pas être «clairement disproportionnées à celles prises par la France[824]». La majorité a en particulier déclaré:

> «Mais il est généralement admis que les contre-mesures doivent tout d'abord correspondre à une certaine équivalence à la violation alléguée; il s'agit là d'une règle bien connue ... D'une manière générale, on a fait observer que l'appréciation de la "proportionnalité" concrète des contre-mesures n'était pas simple et ne pouvait être réalisée que d'une manière approximative. Selon le Tribunal, l'un des problèmes essentiels est de tenir compte - dans un litige entre États - non seulement des dommages subis par les compagnies intéressées, mais de l'importance des questions de principe incluses dans la violation alléguée. Dans la présente affaire, il ne suffit pas, de l'avis du Tribunal, de comparer les dommages subis par la Pan Am du fait de la suspension des services projetés et les dommages subis par les compagnies françaises visées par les contre-mesures en cause; il faut également tenir compte de l'importance des positions de principe prises à l'occasion du refus des autorités françaises, à savoir de l'interdiction de principe des ruptures de charge. Si l'on prend en considération l'importance de ce principe dans le cadre général de la politique des transports aériens décidée par le Gouvernement des États-Unis et poursuivie par la conclusion de nombreux accords internationaux avec d'autres pays que la France, on ne saurait considérer que les mesures qui ont été l'objet de l'action des États-Unis aient été clairement disproportionnées à celles prises par la France. Aucune des deux Parties n'a soumis au Tribunal des éléments pour fonder ou détruire cette proportionnalité, et le Tribunal doit donc se contenter d'un jugement très approximatif[825].»

Dans cette affaire, les contre-mesures prises étaient dans le même domaine que les mesures initiales et concernaient les mêmes liaisons, même si elles étaient plutôt plus sévères, de par leur impact économique sur les transporteurs français, que la mesure initialement prise par la France.

4) La question de la proportionnalité a de nouveau été au centre du débat lorsqu'il s'est agi d'apprécier la licéité des contre-mesures que pouvait prendre la Tchécoslovaquie dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[826]. La Cour internationale de Justice, ayant admis

---

[824] Ibid., p. 483, par. 83.

[825] Ibid. Dans une opinion dissidente, M. Reuter a accepté l'analyse juridique de la proportionnalité faite par le Tribunal mais déclaré qu'on pouvait conserver «des doutes sérieux sur la proportionnalité des contre-mesures des États-Unis qui n'a pu être en fait appréciée par le Tribunal sur des bases certaines». Ibid., p. 488.

[826] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997*, p. 7.

qu'en refusant d'achever le projet la Hongrie avait violé sans justification l'Accord de 1977, a poursuivi comme suit:

> «De l'avis de la Cour, une condition importante est que les effets d'une contre-mesure doivent être proportionnés aux dommages subis compte tenu des droits en cause. En 1929, la Cour permanente de justice internationale, à propos de la navigation sur l'Oder, a déclaré ce qui suit:
>
> > "[la] communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres".
>
> Le développement moderne du droit international a renforcé ce principe également pour les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation...
>
> La Cour considère que la Tchécoslovaquie, en prenant unilatéralement le contrôle d'une ressource partagée, et en privant ainsi la Hongrie de son droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelles du Danube – avec les effets continus que le détournement de ses eaux déploie sur l'écologie de la région riveraine du Szigetköz – n'a pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international ... La Cour estime donc que le détournement du Danube effectué par la Tchécoslovaquie n'était pas une contre-mesure licite, faute d'être proportionnée[827].»

Ainsi, la Cour a considéré la qualité ou la nature des droits en cause comme une question de principe et (comme le Tribunal dans l'affaire des *Services aériens*) n'a pas apprécié la proportionnalité uniquement en termes quantitatifs.

5) Dans d'autres domaines du droit dans lesquels la proportionnalité est pertinente (par exemple la légitime défense), il est normal d'exprimer cette condition en termes positifs, même si, dans ces domaines aussi, ce qui est proportionnel n'est pas quelque chose qui peut être déterminé avec précision[828]. C'est la formulation positive de la condition de proportionnalité qui a été adoptée à l'article 51. Une formulation négative risquerait de donner trop de latitude aux États, dans un domaine – celui des contre-mesures – où des abus sont possibles.

---

[827] Ibid., p. 56, par. 85 et 87, citant *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, 1929, C.P.J.I., série A, n° 23*, p. 27.

[828] E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internatzionale* (Milan, Giuffré, 2000).

6) Comme il faut garantir que l'adoption de contre-mesures n'aboutisse pas à des résultats inéquitables, la proportionnalité doit être évaluée compte tenu non seulement de l'élément purement «quantitatif» du préjudice subi mais aussi compte tenu de facteurs «qualitatifs» comme l'importance de l'intérêt protégé par la règle violée et la gravité de la violation. L'article 51 lie la proportionnalité en premier lieu au préjudice subi mais «compte tenu» de deux autres critères: la gravité du fait internationalement illicite et les droits en cause. L'expression «les droits en cause» a un sens large, et vise non seulement les effets d'un fait illicite sur l'État lésé mais aussi les droits de l'État responsable. En outre, la situation d'autres États susceptibles d'être affectés peut aussi être prise en considération.

7) La proportionnalité concerne la relation entre le fait internationalement illicite et la contre-mesure. À certains égards, la proportionnalité est liée au critère du but énoncé à l'article 49: on peut très bien juger qu'une mesure nettement disproportionnée n'était pas nécessaire pour amener l'État responsable à exécuter ses obligations mais avait un but punitif et ne correspond pas à l'objet des contre-mesures énoncé à l'article 49. Toutefois, la proportionnalité constitue une limite même s'agissant des mesures qui peuvent être justifiées en vertu de l'article 49. Dans chaque cas, une contre-mesure doit être proportionnelle au préjudice subi, y compris à l'importance de la question de principe en jeu, et cet impératif a une fonction partiellement indépendante de la question de savoir si la contre-mesure était nécessaire pour amener l'exécution des obligations.

Article 52

Conditions du recours à des contre-mesures

1. Avant de prendre des contre-mesures, l'État lésé doit:

a) Demander à l'État responsable, conformément à l'article 43, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie;

b) Notifier à l'État responsable toute décision de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cet État.

2. Nonobstant le paragraphe 1 *b*, l'État lésé peut prendre les contre-mesures urgentes qui sont nécessaires pour préserver ses droits.

3. Des contre-mesures ne peuvent être prises et, si elles sont déjà prises, doivent être suspendues sans retard indu si:

a) Le fait internationalement illicite a cessé, et

b) Le différend est en instance devant une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties.

4. Le paragraphe 3 ne s'applique pas si l'État responsable ne met pas en œuvre de bonne foi les procédures de règlement des différends.

Commentaire

1) L'article 52 pose certaines conditions procédurales à la prise de contre-mesures par l'État lésé. Avant de prendre des contre-mesures, un État lésé doit demander à l'État responsable, conformément à l'article 43, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie. L'État lésé doit aussi notifier à l'État responsable son intention de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cet État. Nonobstant cette deuxième condition, l'État lésé peut prendre certaines contre-mesures urgentes pour préserver ses droits. Si l'État responsable a mis fin au fait internationalement illicite et que le différend est en instance devant une cour ou un tribunal compétent, des contre-mesures ne peuvent être prises et, si elles sont déjà prises, elles doivent être suspendues. Toutefois, cette condition ne s'applique pas si l'État responsable ne met pas en œuvre de bonne foi les procédures de règlement des différends. En pareil cas, les contre-mesures n'ont pas à être suspendues et peuvent être reprises.

2) Dans l'ensemble, l'article 52 cherche à établir des conditions procédurales raisonnables à la prise de contre-mesures dans le cas où une procédure obligatoire de règlement des différends par tierce partie n'est pas immédiatement disponible ou n'est pas du tout prévue[829]. Il doit tenir compte en même temps de la possibilité qu'il existe une cour ou un tribunal international habilité à prendre des décisions obligatoires pour les parties au différend. Les contre-mesures sont une forme d'auto-assistance, qui correspond à la position de l'État lésé au sein d'un système international dans lequel le règlement impartial des différends par la voie d'une procédure régulière n'est pas encore garanti. Lorsqu'une procédure de règlement par tierce partie existe et a été invoquée par l'une ou l'autre partie au différend, les mesures ordonnées dans le cadre de cette procédure, par exemple des mesures conservatoires, doivent se substituer autant que possible aux contre-mesures. D'un autre côté, lorsqu'une juridiction internationale est compétente pour connaître d'un différend et est habilitée à ordonner des mesures conservatoires, il peut arriver

[829] Voir plus haut l'introduction au présent chapitre, par. 7.

que l'État responsable ne coopère pas à ce processus. Dans ce cas, la possibilité de recourir à des contre-mesures est nécessairement rétablie.

3) Le système établi par l'article 52 s'inspire des observations faites par le Tribunal arbitral dans *l'affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens*[830]. La première condition, énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 1, est que l'État lésé doit demander à l'État responsable de s'acquitter de ses obligations de cessation et de réparation avant de recourir à des contre-mesures. Cette condition (parfois désignée sous le nom de «sommation») a été soulignée tant par le Tribunal arbitral dans l'affaire des *Services aériens*[831] que par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčikovo-Nagymaros*[832]. Il semble aussi qu'elle corresponde à une pratique générale[833].

4) Le principe qui sous-tend l'obligation de notification est que, compte tenu du caractère exceptionnel et des conséquences potentiellement graves des contre-mesures, un État ne devrait pas y recourir avant d'avoir notifié à l'autre État sa demande et de lui avoir donné la possibilité d'y répondre. Dans la pratique toutefois, un différend fait généralement l'objet de négociations assez longues et détaillées avant que des contre-mesures soient envisagées. Dans de tels cas, l'État lésé aura déjà notifié à l'État responsable sa demande conformément à l'article 43, et il n'aura pas à le faire à nouveau pour se conformer aux dispositions de l'alinéa *a* du paragraphe 1.

5) Aux termes de l'alinéa *b* du paragraphe 1, l'État lésé qui décide de prendre des contre-mesures doit notifier à l'État responsable sa décision de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cet État. Les contre-mesures peuvent avoir de graves conséquences pour l'État qui en est la cible et qui devrait donc avoir la possibilité de reconsidérer sa position face aux contre-mesures envisagées. La relation temporelle entre l'application de l'alinéa *a* et

---

[830] *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 (États-Unis* c. *France),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (1978), p. 484 à 486, par. 91 et 94 à 96.

[831] Ibid., p. 484, par. 85 à 87.

[832] *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997*, p. 56, par. 84.

[833] A. Gianelli, *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali* (Milan, Giuffré, 2000).

l'application de l'alinéa *b* du paragraphe 1 n'est pas stricte. Les notifications pourraient être faites à intervalles rapprochés, voire en même temps.

6) Selon le paragraphe 2 toutefois, l'État lésé peut prendre «les contre-mesures urgentes qui sont nécessaires pour préserver ses droits» même avant d'avoir notifié à l'autre État son intention de le faire. Grâce au système moderne de communications, un État qui est responsable d'un fait internationalement illicite et refuse d'y mettre fin ou d'en réparer les conséquences peut aussi chercher à se protéger contre des contre-mesures, par exemple en retirant ses avoirs des banques de l'État lésé. Il peut agir dans de très brefs délais, de sorte que la notification exigée par l'alinéa *b* du paragraphe 1 risque de perdre toute raison d'être. C'est pourquoi le paragraphe 2 autorise l'État lésé à prendre les contre-mesures urgentes qui sont nécessaires pour préserver ses droits: il s'agit à la fois de ses droits violés, sur lesquels porte le différend, et de son droit de prendre des contre-mesures. L'indication de mesures conservatoires, le gel temporaire des avoirs et d'autres mesures analogues pourraient entrer dans le cadre des dispositions du paragraphe 2, selon les circonstances.

7) Le paragraphe 3 traite du cas où le fait illicite a cessé et le différend est soumis à une juridiction habilitée à prendre une décision obligatoire pour les parties. Dans un tel cas, et pour autant que la procédure de règlement du différend soit mise en œuvre de bonne foi, une action unilatérale par le biais de contre-mesures n'est pas justifiée. Une fois les conditions énoncées au paragraphe 3 réunies, l'État lésé ne peut pas prendre de contre-mesures; si elles sont déjà prises, elles doivent être suspendues «sans retard indu». L'expression «sans retard indu» accorde une marge de manœuvre limitée pour prendre les dispositions requises afin de suspendre les mesures en question.

8) Un différend n'est pas «en instance devant une cour ou un tribunal» aux fins de l'alinéa *b* du paragraphe 3 à moins que cette cour ou ce tribunal existe et soit en mesure de statuer. À cette fin, un différend n'est pas en instance devant un tribunal spécial créé en vertu d'un traité tant que ce tribunal n'est pas effectivement constitué, processus qui peut prendre un certain temps même si les deux parties coopèrent pour en désigner les membres[834]. Le paragraphe 3 est fondé sur

[834] C'est pourquoi l'article 290, par. 5, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 115) dispose que le Tribunal

l'hypothèse selon laquelle la cour ou le tribunal auquel il fait référence est compétent pour connaître du différend et est également habilité à ordonner des mesures conservatoires à titre provisoire. Ce pouvoir est normalement prévu dans les règlements des tribunaux internationaux[835]. Le paragraphe 3 trouve sa raison d'être dans le fait que, une fois le différend des parties soumis à une cour ou un tribunal, l'État lésé peut demander à cette cour ou à ce tribunal d'ordonner des mesures conservatoires à titre provisoire pour protéger ses droits. Cette demande, pour autant que la cour ou le tribunal soit disponible pour l'examiner, jouera un rôle équivalant pour l'essentiel à celui des contre-mesures. À condition qu'elle soit exécutée, cette ordonnance en indication de mesures conservatoires rendra les contre-mesures inutiles en attendant la décision définitive du tribunal. La référence à une «cour ou un tribunal» s'entend de toute procédure de règlement des différends par tierce partie, quelle que soit son appellation. Cette expression ne vise pas toutefois des organes politiques tels que le Conseil de sécurité, ni un tribunal compétent pour connaître d'un différend entre une personne privée et l'État responsable, même si c'est ce différend qui est à l'origine de la controverse entre l'État lésé et l'État responsable. Dans de tels cas toutefois, le fait que le litige originel a été soumis à l'arbitrage devra entrer en ligne de compte aux fins des articles 49 et 51 et les contre-mesures ne seront justifiées que dans des cas exceptionnels[836].

---

international du droit de la mer peut examiner les demandes de mesures conservatoires «[e]n attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi du différend».

[835] Le caractère obligatoire des mesures conservatoires prévues dans la partie XI de la Convention de 1982 est assuré par l'article 290, par. 6. À propos du caractère obligatoire des mesures conservatoires prévues à l'article 41 du Statut de la Cour internationale de Justice, voir la décision de la Cour dans l'affaire *LaGrand (Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique)*, *fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 99 à 104.

[836] En vertu de la Convention de Washington de 1965, l'État de nationalité ne peut présenter de réclamation internationale au nom d'un particulier ou d'une société «au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend»: Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, p. 159, art. 27, par. 1; C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001), p. 397 à 414. Cela exclut toutes les formes d'invocation de la responsabilité par l'État de nationalité, y compris la prise de contre-mesures. Voir le commentaire de l'article 42, par. 2).

9) Le paragraphe 4 de l'article 52 prévoit une autre condition de suspension des contre-mesures en vertu du paragraphe 3. Il englobe diverses possibilités qui vont du refus initial de coopérer à la procédure, par exemple sous forme de défaut de comparution, au refus d'accepter la décision finale de la cour ou du tribunal en passant par la non-exécution de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires, qu'elle ait ou non un caractère expressément obligatoire. Ce paragraphe s'applique également aux situations dans lesquelles un État partie ne coopère pas à la création du tribunal compétent ou ne comparaît pas devant ce tribunal une fois celui-ci créé. Dans les circonstances envisagées au paragraphe 4, les limitations à la prise de contre-mesures prévues au paragraphe 3 ne s'appliquent pas.

Article 53

Cessation des contre-mesures

Il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'État responsable s'est acquitté des obligations qui lui incombent à raison du fait internationalement illicite conformément à la deuxième partie.

Commentaire

1) L'article 53 traite de la situation où l'État responsable s'est acquitté de ses obligations de cessation et de réparation en vertu de la deuxième partie en réponse aux contre-mesures prises par l'État lésé. Une fois que l'État responsable s'est acquitté de ses obligations en vertu de la deuxième partie, il n'y a plus de raison de maintenir les contre-mesures, auxquelles il doit donc être mis fin immédiatement.

2) L'idée qu'il faut mettre fin aux contre-mesures dès que les conditions qui justifiaient leur adoption ont cessé est implicite dans les autres articles du présent chapitre. Elle est formulée toutefois clairement dans l'article 53 compte tenu de son importance. Cet article met en lumière le caractère spécifique des contre-mesures en vertu de l'article 49.

Article 54

Mesures prises par des États autres qu'un État lésé

Le présent chapitre est sans préjudice du droit de tout État, habilité en vertu de l'article 48, paragraphe 1, à invoquer la responsabilité d'un autre État, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'obtenir la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

Commentaire

1) Le chapitre II traite du droit d'un État lésé de prendre des contre-mesures à l'encontre d'un État responsable d'un fait illicite pour inciter cet État à s'acquitter de ses obligations de cessation et de réparation. Toutefois, les États «lésés», tels qu'ils sont définis dans l'article 42, ne sont pas les seuls États en droit d'invoquer la responsabilité d'un État pour fait internationalement illicite en vertu du chapitre premier de la présente partie. Selon l'article 48, la responsabilité peut être invoquée par tout État, en cas de violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, ou par tout membre d'un groupe d'États, en cas de violation d'autres obligations établies aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe. En vertu de l'article 48, paragraphe 2, ces États peuvent aussi exiger la cessation et l'exécution de l'obligation de réparation dans l'intérêt des bénéficiaires de l'obligation violée. Ainsi, en ce qui concerne les obligations visées à l'article 48, ces États sont réputés avoir un intérêt juridique à leur exécution. La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure ces États peuvent légitimement faire valoir un droit de réagir à des violations auxquelles il n'a pas été remédié[837].

2) Il est capital à cette fin de distinguer, d'une part, les contre-mesures individuelles, que celles-ci soient prises par un État ou par un groupe d'États agissant chacun de son propre fait et par le biais de ses propres organes, et, d'autre part, les réactions institutionnelles adoptées dans le cadre d'organisations internationales. Ce dernier cas – lorsque, par exemple, une telle action est entreprise sous l'égide du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies – n'est pas couvert par les articles[838]. De manière plus générale, les articles ne couvrent pas les hypothèses où l'action

---

[837] Voir par exemple M. Akehurst, «Reprisals by Third States», *B.Y.I.L.*, vol. 44 (1970), p. 1; J. I. Charney, «Third State Remedies in International Law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 10 (1988), p. 57; D. N. Hutchinson, «Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties», *B.Y.I.L.*, vol. 59 (1988), p. 151; L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite* (Paris, L.G.D.J., 1990), p. 110 à 175; B. Simma, «From Bilateralism to Community Interest in International Law», *Recueil des cours*, vol. 250 (1994-VI), p. 217; J. A. Frowein, «Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law», *Recueil des cours*, vol. 248 (1994-IV), p. 345.

[838] Voir l'article 59 et le commentaire y relatif.

est menée par une organisation internationale, même si les États membres dirigent ou contrôlent son comportement[839].

3) La pratique dans ce domaine est limitée et encore à l'état embryonnaire. Dans un certain nombre de cas, des États ont réagi contre des violations alléguées des obligations visées à l'article 48 sans prétendre qu'ils étaient individuellement lésés. Ces réactions ont pris la forme de sanctions économiques ou d'autres mesures (comme la rupture des liaisons aériennes ou d'autres contacts). On peut citer entre autres les exemples suivants:

- *États-Unis - Ouganda (1978)*. En octobre 1978, le Congrès américain adopta une législation interdisant l'exportation de biens et de technologie et toutes les importations, en direction et en provenance de l'Ouganda[840]. La législation soulignait que «[l]e Gouvernement ougandais […] a commis un génocide contre les Ougandais» et que «les États-Unis devaient prendre des mesures pour se dissocier de tout gouvernement étranger qui commet le crime international de génocide[841]».

- *Certains États occidentaux - Pologne et Union soviétique (1981)*. Le 13 décembre 1981, le Gouvernement polonais imposa la loi martiale et, par la suite, réprima les manifestations et interna de nombreux dissidents[842]. Les États-Unis et d'autres pays occidentaux engagèrent une action contre la Pologne et l'Union soviétique. Les mesures adoptées comportaient la suspension, avec effet immédiat, des traités conférant des droits d'atterrissage à Aeroflot aux États-Unis et à LOT aux États-Unis, en Grande-Bretagne,

---

[839] Voir l'article 57 et le commentaire y relatif.

[840] Loi relative à l'embargo contre l'Ouganda (*Uganda Embargo Act*), *U.S.C.*, vol. 22, s. 2151 (1978).

[841] Ibid., par. 5 *c*, 5 *d.*

[842] *R.G.D.I.P.,* vol. 86 (1982), p. 603 et 604.

en France, aux Pays-Bas, en Suisse et en Autriche[843]. Les procédures de suspension prévues par les traités concernés ne furent pas respectées[844].

- *Mesures collectives contre l'Argentine (1982)*. En avril 1982, lorsque l'Argentine prit le contrôle d'une partie des îles Falkland (Malvinas), le Conseil de sécurité appela à un retrait immédiat[845]. À la suite d'une demande du Royaume-Uni, les membres de la Communauté européenne, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Canada adoptèrent des sanctions commerciales. Celles-ci incluaient l'interdiction temporaire de toutes les importations de produits argentins, interdiction qui était contraire à l'article XI 1 et peut-être aussi à l'article III du GATT. Le point litigieux était que ces mesures aient pu être justifiées par l'exception de sécurité nationale prévue par l'article XXI *b* iii) du GATT[846]. L'embargo adopté par les pays européens constituait également une suspension des droits dont l'Argentine jouissait en vertu de deux accords sectoriels sur le commerce des textiles et celui du mouton et de l'agneau[847], accords par rapport auxquels les exceptions de sécurité du GATT ne s'appliquaient pas.

- *États-Unis - Afrique du Sud (1986)*. Lorsqu'en 1985, le Gouvernement sud-africain déclara l'état d'urgence dans de larges parties du pays, le Conseil de sécurité de l'ONU recommanda l'adoption de boycotts économiques sectoriels et le gel des relations

---

[843] Ibid., p. 607.

[844] Voir par exemple l'article XV de l'Accord entre la Pologne et les États-Unis de 1972, *U.S.T.*, vol. 23, 4269; art. XVII de l'Accord entre les États-Unis et l'Union soviétique de 1967, *I.L.M.,* vol. 6 (1967), p. 82; *I.L.M.*, vol. 7 (1968), p. 571.

[845] Résolution du Conseil de sécurité 502 (1982), 3 avril 1982.

[846] La volonté des pays occidentaux de s'appuyer sur cette disposition fut contestée par d'autres membres du GATT, cf. le Communiqué des pays occidentaux, GATT, L. 5319/Rev.1, et les déclarations de l'Espagne et du Brésil, GATT, doc. C/M/157, p. 5 et 6. Voir l'analyse de H. Hahn, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie* (Berlin, Springer, 1996), p. 328 à 334.

[847] Ces traités sont reproduits *in J.O.C.E.*, 1979, L 298, p. 2, et *J.O.C.E.*, 1980, L 275, p. 14.

sportives et culturelles[848]. Par la suite, certains pays introduisirent des mesures qui dépassaient les recommandations du Conseil de sécurité. Ainsi, le Congrès des États-Unis adopta la loi générale contre l'apartheid (*Comprehensive Anti-Apartheid Act*) qui suspendait les droits d'atterrissage des compagnies aériennes sud-africaines sur le territoire américain[849]. Cette suspension immédiate était contraire aux termes de l'Accord aérien de 1947 entre les États-Unis et l'Afrique du Sud[850] et fut justifiée comme une mesure qui devait encourager le Gouvernement sud-africain à «adopter les mesures à même de conduire à l'établissement d'une démocratie non raciale[851]».

- *Mesures collectives contre l'Iraq (1990).* Le 2 août 1990, les troupes iraquiennes envahirent et occupèrent le Koweït. Le Conseil de sécurité de l'ONU condamna immédiatement l'invasion. Les États membres de la Communauté européenne et les États-Unis mirent en place des embargos commerciaux et décidèrent de geler les avoirs iraquiens[852]. Cette action fut entreprise en réponse directe à l'invasion iraquienne avec le consentement du Gouvernement koweïtien.

- *Mesures collectives contre la Yougoslavie (1998)*. En réponse à la crise humanitaire au Kosovo, les États membres de la Communauté européenne adoptèrent une législation permettant de geler les fonds de la République fédérale de Yougoslavie et d'interdire immédiatement ses vols[853]. Pour un certain nombre de pays, tels que l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni, cette dernière mesure impliquait la non-exécution

---

[848] Résolution 569 (1985) du Conseil de sécurité, 26 juillet 1985. Pour des références supplémentaires, voir L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite* (Paris, L.G.D.J., 1990), p. 165.

[849] Pour le texte de cette disposition, voir *I.L.M.*, vol. 26 (1987), p. 79 (s. 306).

[850] Nations Unies, *Recueils des Traités*, vol. 66, p. 233, art. VI.

[851] Pour l'ordonnance de mise en œuvre, voir *I.L.M.,* vol. 26 (1987), p. 105.

[852] Voir par exemple les *Executive Orders* du Président Bush, datés du 2 août 1990, reproduits *in A.J.I.L.,* vol. 84 (1990), p. 903.

[853] Positions communes du 7 mai et du 29 juin 1998, *J.O.C.E.*, 1998, L 143 (p. 1) et L 190 (p. 3); mises en œuvre par les Règlements de la Communauté, 1295/98 (L 178, p. 33) et 1901/98 (L 248, p. 1).

d'accords aériens bilatéraux [854]. En raison des doutes existant sur la légitimité de cette action, le Gouvernement britannique s'est initialement préparé à suivre la procédure de dénonciation d'un an prévue à l'article 17 de son accord avec la Yougoslavie. Cependant, il modifia ensuite sa position et refusa les vols avec effet immédiat. Pour justifier cette mesure, le Gouvernement britannique affirma que «l'action du Président Milosevic à l'encontre des droits de l'homme empire et signifie que, pour des raisons morales et politiques, il a perdu le droit de son gouvernement de se reposer sur la notification de 12 mois qui devrait normalement s'appliquer[855]». La République fédérale de Yougoslavie dénonça ces mesures comme étant illicites, unilatérales et exemplaires d'une politique de discrimination[856].

4) Dans d'autres cas, certains États ont de façon similaire suspendu des droits conventionnels dans le but d'exercer une pression sur des États violant des obligations collectives. Cependant, ils ne se sont pas appuyés sur le droit de prendre des contre-mesures, mais ont avancé plutôt le droit de suspendre un traité en raison d'un changement fondamental des circonstances. Deux exemples peuvent en être donnés:

- *Pays-Bas - Suriname (1982)*. En 1980, un gouvernement militaire pris le pouvoir au Suriname. En réponse à la répression des mouvements d'opposition par le nouveau gouvernement en décembre 1982, le Gouvernement néerlandais suspendit un traité bilatéral relatif à l'aide au développement, aux termes duquel le Suriname avait droit au versement d'une aide financière[857]. Alors que le traité lui-même ne contenait aucune clause suspensive ou permettant d'y mettre fin, le Gouvernement néerlandais déclara que les violations des droits de l'homme au Suriname constituaient

---

[854] Voir par exemple *U.K.T.S.,* 1960, n° 10; *R.T.A.F.,* 1967, n° 69.

[855] Voir *B.Y.I.L.,* vol. 69 (1998), p. 580 et 581; *B.Y.I.L.,* vol. 70 (1999), p. 555 et 556.

[856] Déclaration du Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie sur la suspension des vols des compagnies aériennes yougoslaves, 10 octobre 1999 (S/1999/216).

[857] *Tractatenblad* 1975, n° 140, voir H.-H. Lindemann, «Die Auswirkungen der Menschenrechtsverletzungen auf die Vertragsbeziehungen zwischen den Niederlanden und Surinam», *Z.a.ö.R.V.*, vol. 44 (1984), p. 68 et 69.

un changement fondamental des circonstances qui donnait lieu à un droit de suspension[858].

- *États membres de la Communauté européenne - Yougoslavie (1991)*. À l'automne 1991, en réponse à la reprise des combats en Yougoslavie, les États membres de la Communauté européenne suspendirent, puis dénoncèrent, l'accord de coopération de 1983 avec la Yougoslavie[859]. Cela conduisit à un retrait général des préférences commerciales sur les importations et outrepassa donc les limites d'un embargo sur les armes ordonné par le Conseil de sécurité dans sa résolution 713 du 25 septembre 1991. Cette réaction était incompatible avec les termes de l'accord de coopération, qui ne prévoyait pas de suspension immédiate, mais seulement la possibilité de dénoncer le traité après un préavis de six mois. Pour justifier la suspension, les États membres de la Communauté européenne mentionnèrent explicitement la menace à la paix et à la sécurité dans la région. Cependant, comme dans le cas du Suriname, ils s'appuyèrent sur un changement fondamental des circonstances, plutôt que de mettre en avant un droit de recourir à des contre-mesures[860].

5) Ces exemples témoignent d'une volonté apparente de la part de certains États de répondre à des violations d'obligations présentant un intérêt général, alors que ces États ne pouvaient pas être considérés comme des «États lésés» au sens de l'article 42. Il y a lieu de noter que dans les cas où il y avait un État identifié comme étant l'État essentiellement lésé par la violation en question, d'autres États ont agi à la demande et pour le compte de cet État[861].

---

[858] P. Siekmann, «Netherlands State Practice for the Parliamentary Year 1982-1983», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 15 (1984), p. 321.

[859] *J.O.C.E.*, 1983, L 41, p. 1. Voir *J.O.C.E.*, 1991, L 315, p. 1, pour la suspension, et L 325, p. 23, pour la dénonciation.

[860] Voir aussi la décision de la Cour européenne de justice: affaire C-162/96, *A. Racke GmbH & Co.* c. *Hauptzollamt Mainz* [1998] C.E.R. I-3655, p. 3706 à 3708, par. 53 à 59.

[861] Cf. l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* dans laquelle la Cour internationale a noté qu'aucune mesure mettant en jeu la légitime défense collective ne peut être prise par un État tiers sauf à la demande de l'État victime de l'agression armée: affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique*), *fond*, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 105, par. 199.

6) Comme on le voit, en l'état actuel du droit international, l'incertitude plane en ce qui concerne les contre-mesures prises dans l'intérêt général ou collectif. La pratique des États est peu abondante et seul un nombre limité d'États sont concernés. À l'heure actuelle, il semble que rien n'autorise clairement les États visés à l'article 48 à prendre des contre-mesures dans l'intérêt collectif. En conséquence, il n'est pas approprié d'inclure dans les présents articles une disposition sur la question de savoir si d'autres États, identifiés à l'article 48, peuvent prendre des contre-mesures pour inciter l'État responsable d'un fait internationalement illicite à s'acquitter de ses obligations. Le chapitre II comprend à la place une clause de sauvegarde qui réserve la position sur ce point et laisse le règlement de la question pour plus tard dans le cadre du développement ultérieur du droit international.

7) L'article 54 prévoit par conséquent que le chapitre sur les contre-mesures est sans préjudice du droit de tout État, habilité en vertu de l'article 48, paragraphe 1, à invoquer la responsabilité d'un autre État, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'obtenir la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée. Il est question de «mesures licites» plutôt que de «contre-mesures» de façon à ne pas préjuger de toute position concernant les mesures prises par des États autres que l'État lésé en réponse à des violations d'obligations essentielles pour la protection de l'intérêt collectif ou d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble.

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

La présente partie contient un certain nombre de dispositions générales applicables aux articles dans leur ensemble, qui en précisent la portée ou traitent de certaines questions non abordées ailleurs. Tout d'abord, l'article 55 indique, par référence au principe de la *lex specialis*, que les articles ont un caractère supplétif. Lorsqu'une question traitée dans les articles est régie par une règle spéciale de droit international, cette dernière prévaut dans la mesure où il y a incompatibilité entre les deux dispositions. Corrélativement, l'article 56 marque bien que les articles ne sont pas exhaustifs, et qu'ils n'ont aucune incidence sur d'autres règles de droit international applicables touchant des questions non traitées. Il en résulte trois clauses de sauvegarde. L'article 57 exclut de la portée des articles les questions concernant la responsabilité

des organisations internationales et des États pour les actes d'organisations internationales. Les articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État, et cela est précisé par l'article 58. Enfin, l'article 59 réserve les effets de la Charte des Nations Unies.

Article 55

Lex specialis

> Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régies par des règles spéciales de droit international.

Commentaire

1) Lorsqu'ils définissent les obligations primaires qui s'appliquent entre eux, les États prévoient souvent des dispositions spéciales relatives aux conséquences juridiques des violations de ces obligations, et même à la détermination de l'existence d'une telle violation. La question qui se pose alors est de savoir si ces dispositions sont exclusives, c'est-à-dire si de telles dispositions excluent les conséquences qui résulteraient autrement du droit international général, ou les règles qui, autrement, auraient pu être appliquées pour déterminer l'existence d'une violation. Un traité peut expressément renvoyer à d'autres règles. Il est fréquent toutefois que ce ne soit pas le cas et la question se pose alors de savoir si la disposition spéciale doit coexister avec la règle générale qui, en l'absence de cette disposition, s'appliquerait, ou si elle doit l'exclure.

2) L'article 55 prévoit que les articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou ses conséquences juridiques sont déterminées par des règles spéciales de droit international. Il atteste la maxime *lex specialis derogat legi generali*. Bien qu'il puisse fournir une importante indication, il ne constitue que l'une des plusieurs approches possibles pour déterminer si, parmi plusieurs règles potentiellement applicables, une doit primer, ou si ces règles ne font que coexister. Une autre approche consiste à donner la priorité, en la matière entre les parties, à la règle la plus récente[862].

---

[862] Voir Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 30, par. 3.

Dans certains cas, les conséquences qui résultent d'une violation d'une règle à laquelle il ne saurait être dérogé peuvent elles-mêmes revêtir un caractère impératif. Par exemple, les États ne peuvent pas, même par accord entre eux, prévoir des conséquences juridiques d'une violation de leurs obligations mutuelles qui autoriseraient des actes contraires à des normes impératives du droit international général. Ainsi, l'hypothèse qui sous-tend l'article 55 est que les règles spéciales en question ont au moins la même valeur juridique que celles qui sont énoncées dans les articles. Dès lors, l'article 55 montre bien que les articles sont d'application supplétive.

3) C'est en fonction de la règle spéciale que l'on établira la mesure dans laquelle les règles générales sur la responsabilité des États énoncées dans les présents articles sont supplantées par cette règle. Dans certains cas, il découlera clairement du texte du traité ou d'un autre texte que seules les conséquences qui y sont spécifiées s'appliqueront. Dans ces cas, la conséquence sera «déterminée» par la règle spéciale et le principe consacré à l'article 55 s'appliquera. Dans d'autres cas, seul un aspect du droit international général se trouvera modifié, les autres aspects demeurant applicables. Un exemple de la première hypothèse réside dans le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, relatif à certaines voies de recours et de réparation[863]. L'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme[864] fournit un exemple du deuxième cas de figure. Ces deux exemples visent des problèmes traités dans la deuxième partie des articles, mais les mêmes considérations s'appliquent à la première partie. Ainsi, un traité donné pourrait imposer des obligations à un État, mais définir «l'État» à cette fin d'une façon qui produirait des conséquences différentes de celles découlant normalement des règles d'attribution prévues au chapitre II de la première

---

[863] Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994 (Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 1867, p. 3), Annexe 2, Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, notamment l'article 3, par. 7, qui ne prévoit l'octroi d'une compensation que «si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et qu'à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé». Aux fins de l'OMC, la «compensation» porte sur le comportement futur, et non passé (voir ibid., art. 22) et comprend une forme de contre-mesure. Sur la distinction entre cessation et réparation dans le cadre de l'OMC, voir par exemple *Australie - Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, Rapport du Groupe spécial, 21 janvier 2000, WT/DS126/RW, par. 6.49.

[864] Voir le commentaire de l'article 32, par. 2).

partie[865]. Ou encore, un traité pourrait interdire à un État de s'appuyer sur la force majeure ou l'état de nécessité.

4) Pour que le principe de la *lex specialis* s'applique, il ne suffit pas que deux dispositions traitent du même sujet, il doit y avoir une véritable contradiction entre ces deux dispositions, ou l'on doit pouvoir à tout le moins discerner dans l'une de ces dispositions l'intention d'exclure l'autre. C'est donc essentiellement une affaire d'interprétation. Par exemple, dans l'affaire *Neumeister*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'obligation spécifique faite à l'article 5, paragraphe 5, de la Convention européenne des droits de l'homme de donner réparation à toute victime d'une arrestation ou d'une détention arbitraire ne primait pas la disposition générale de l'article 50 relative à la satisfaction. De l'avis de la Cour, appliquer à l'article 5, paragraphe 5, le principe de la *lex specialis* aurait entraîné «des conséquences inconciliables avec le but et l'objet de la Convention[866]». Il suffisait, en appliquant l'article 50, de prendre en considération la disposition spécifique[867].

---

865 Ainsi, l'article 1er de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 1465, p. 123, ne s'applique qu'à la torture commise «par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite». Ces critères sont probablement plus restreints que ceux qui déterminent l'attribution d'un comportement à l'État, énoncés au chapitre II de la première partie. Voir les clauses «fédérales», qui permettent à certaines unités constitutives d'un État d'être exclues du champ d'un traité ou qui limitent les obligations de l'État fédéral en ce qui concerne ces unités (par exemple la Convention de l'UNESCO pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 1037, p. 151, art. 34).

866 *C.E.D.H., Série A, n° 17* (1974), p. 13, par. 29; voir aussi ibid., p. 12 à 14, par. 28 à 31.

867 Voir aussi *Concessions Mavrommatis en Palestine, 1924, C.P.J.I., série A, n° 2,* p. 29 à 33; *Colleanu* c. *État allemand* (1929), *Recueil des tribunaux arbitraux mixtes,* vol. IX, p. 216; OMC, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements,* Rapport du Groupe spécial, 31 mai 1999, WT/DS34/R, par. 9.87 à 9.95; *Arbitrage du Canal de Beagle (Argentine* c. *Chili),* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XXI, p. 100 (1977), par. 39. Voir en outre C. W. Jenks, «The Conflict of Law-Making Treaties», *B.Y.I.L.*, vol. 30 (1953), p. 401; M. McDougal, H. Lasswell et J. Miller, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure* (New Haven, New Haven Press, 1994), p. 200 à 206; P. Reuter, *Introduction au droit des traités* (3e éd.) (Paris, Presses universitaires de France, 1995), par. 201.

5) L'article 55 a pour objet de traiter à la fois des formes «fortes» de la *lex specialis*, notamment de ce que l'on nomme souvent «régime se suffisant à lui-même», et de ses formes «faibles», telles que les dispositions spécifiques d'un instrument sur un point particulier, par exemple une disposition conventionnelle excluant expressément la restitution. La Cour permanente de justice internationale s'est référée à la notion de régime se suffisant à lui-même dans l'affaire du *Vapeur «Wimbledon»* en ce qui concerne les dispositions du Traité de Versailles régissant le passage par le canal de Kiel[868], de même que la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire* en ce qui concerne les moyens de remédier à l'abus des privilèges diplomatiques et consulaires[869].

6) Le principe énoncé à l'article 55 s'applique à l'ensemble des articles. Cela ressort clairement de son libellé («les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État»), qui est conforme à la teneur de la première comme de la deuxième et de la troisième partie.

Article 56

Questions concernant la responsabilité de l'État non régies par les présents articles

Les règles de droit international applicables continuent de régir les questions concernant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dans la mesure où ces questions ne sont pas régies par les présents articles.

Commentaire

1) Les présents articles énoncent par codification et développement progressif les règles secondaires générales de la responsabilité des États. À ce titre, l'article 56 remplit deux fonctions. Premièrement, il préserve l'application des règles du droit international coutumier de la responsabilité des États dans les matières dont les articles ne traitent pas. Deuxièmement, il préserve d'autres règles concernant les effets de la violation d'une obligation internationale qui ne découlent pas du régime de la responsabilité des États mais relèvent du droit des traités ou

---

[868] *1923, C.P.J.I., série A, n° 1, p. 23 et 24.*

[869] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980,* p. 40, par. 86. Voir le commentaire de l'article 50, par. 15); voir aussi B. Simma, «Self-Contained Regimes»*, Netherlands Yearbook of International Law,* vol. 16 (1985), p. 111.

d'autres domaines du droit international. Il complète le principe de la *lex specialis* énoncé à l'article 55. Comme l'article 55, il n'est pas limité aux conséquences juridiques de faits illicites mais s'applique à l'ensemble du régime de la responsabilité des États énoncé dans les articles.

2) En ce qui concerne la première de ces fonctions, les articles ne sont pas censés énumérer toutes les conséquences d'un fait internationalement illicite, même d'après le droit international positif, et n'ont nullement pour objet de faire obstacle à la poursuite du développement du droit de la responsabilité des États. Par exemple, le principe de droit exprimé dans la maxime *ex injuria jus non oritur* peut entraîner de nouvelles conséquences juridiques dans le domaine de la responsabilité[870]. À cet égard, l'article 56 fait pendant à l'alinéa du préambule de la Convention de Vienne sur le droit des traités affirmant que «les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions non réglées dans les dispositions de la […] Convention». Cependant, les questions relatives à la responsabilité des États ne sont pas seulement régies par le droit international coutumier mais également par certains traités; c'est pourquoi l'article 56 renvoie aux «règles de droit international applicables».

3) La deuxième fonction que remplit l'article 56 est de préciser que les présents articles ne concernent pas les conséquences juridiques de la violation d'une obligation internationale qui ne découlent pas du régime de la responsabilité des États, mais du droit des traités ou d'autres domaines juridiques. Parmi les exemples que l'on peut citer figure la nullité d'un traité dont la conclusion a été obtenue par un recours illicite à la force[871], l'interdiction d'exciper d'un changement fondamental de circonstances lorsque le changement en question résulte d'une

---

[870] On pourrait citer un autre exemple, relatif à la question de la détermination de l'existence ou non d'une violation d'une obligation internationale, à savoir ce que l'on appelle le principe d'«application par approximation», formulé par Sir Hersch Lauterpacht dans l'affaire de l'*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1956,* p. 46. Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros,* la Cour internationale de Justice a déclaré que «même si un tel principe existait, il ne pourrait par définition y être recouru que dans les limites du traité en cause»: *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997,* p. 53, par. 76. Voir en outre S. Rosenne, *Breach of Treaty* (Grotius, Cambridge, 1985), p. 96 à 101.

[871] Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 1155, p. 331, art. 52.

violation, par l'État qui l'invoque, d'une obligation à l'égard de tout autre État partie[872], ou encore l'extinction de l'obligation internationale violée dans le cas d'une violation substantielle d'un traité bilatéral[873].

Article 57

Responsabilité d'une organisation internationale

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale.

Commentaire

1) L'article 57 est une clause de sauvegarde qui écarte du champ des articles deux questions connexes. Il s'agit premièrement de toute question touchant la responsabilité d'organisations internationales et, deuxièmement, de toute question concernant la responsabilité de tout État pour le comportement d'une organisation internationale.

2) Conformément aux articles établis par la Commission sur d'autres sujets, l'expression «organisation internationale» s'entend d'une «organisation intergouvernementale[874]». Une telle organisation possède une personnalité juridique distincte en droit international[875], et est responsable de ses propres actes, c'est-à-dire des actes qu'elle accomplit par le biais de ses propres organes ou fonctionnaires[876]. En revanche, lorsqu'un certain nombre d'États agissent

---

[872] Ibid., art. 62, par. 2 *b*.

[873] Ibid., art. 60, par. 1.

[874] Voir la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, 21 mars 1986, art. 2, par. 1 *i*.

[875] La personnalité internationale de l'Organisation des Nations Unies est solidement établie par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1949*, p. 179.

[876] Ainsi que la Cour internationale de Justice l'a fait observer, «la question de l'immunité de juridiction est distincte de celle de la réparation de tout préjudice subi du fait d'actes accomplis par l'Organisation des Nations Unies ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions officielles. L'Organisation peut […] être amenée à supporter les conséquences dommageables de tels actes». *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, C.I.J. Recueil 1999*, p. 88 et 89, par. 66.

ensemble par le truchement de leurs propres organes, distincts de ceux d'une organisation internationale, le comportement en cause est celui des États concernés, conformément aux principes énoncés au chapitre II de la première partie. En pareil cas, comme le confirme l'article 47, chaque État demeure responsable de son propre comportement.

3) Un État peut détacher des fonctionnaires auprès d'un autre État, en les mettant à la disposition de ce dernier pour qu'ils agissent sous sa direction et son contrôle. Il peut en aller de même entre une organisation internationale et un État. La première situation fait l'objet de l'article 6. En ce qui concerne la seconde, si un État détache des fonctionnaires auprès d'une organisation internationale afin qu'ils y agissent en tant qu'organes ou fonctionnaires de cette organisation, leur comportement est attribuable à l'organisation – et non à l'État d'envoi – et sort du champ des articles. Pour ce qui est de la situation inverse, il ne semble pas y avoir dans la pratique d'exemples convaincants d'organes d'organisations internationales qui aient été «mis à la disposition» d'un État au sens de l'article 6[877], et point n'est besoin de prévoir expressément cette possibilité.

4) L'article 57 exclut également du champ des articles les questions relatives à la responsabilité de l'État pour les actes d'une organisation internationale, c'est-à-dire les cas dans lesquels l'organisation internationale est l'acteur et l'État est déclaré responsable du fait de son implication dans le comportement de l'organisation ou du fait de sa qualité de membre de celle-ci. Formellement, de telles questions pourraient entrer dans le champ des présents articles puisqu'elles concernent des problèmes de responsabilité des États semblables à ceux traités au chapitre IV de la première partie. Mais elles soulèvent des controverses de fond quant au

[877] Voir *Annuaire ... 1974*, vol. II, p. 297 à 302. Le Haut-Commissaire de la Société des Nations à la Ville libre de Dantzig a été nommé par le Conseil de la Société des Nations et relevait de celui-ci; voir *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, 1932, C.P.J.I., série A/B, n° 44*, p. 4. Bien que le Haut-Commissaire exerçât des pouvoirs relativement à Dantzig, il est douteux qu'il ait été mis à la disposition de Dantzig au sens de l'article 6. De même, les attributions du Haut Représentant nommé conformément à l'annexe 10 de l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine du 14 décembre 1995 ne sont pas claires. La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine a estimé que le Haut Représentant avait un double rôle, celui d'agent international et celui de fonctionnaire agissant dans certaines circonstances en Bosnie-Herzégovine et pour le compte de celle-ci; à ce dernier égard, les actes du Haut Représentant sont soumis à un contrôle constitutionnel. Voir *Affaire U 9/100 concernant la loi sur le Service frontalier de l'État*, arrêt du 3 novembre 2000.

fonctionnement des organisations internationales et aux relations entre leurs membres, questions qu'il est plus judicieux de traiter dans le cadre du droit des organisations internationales[878].

5) En revanche, l'article 57 n'exclut du champ des articles aucune question touchant la responsabilité d'un État au regard de son propre comportement, c'est-à-dire pour un comportement qui lui est attribuable en vertu du chapitre II de la première partie, et qui n'est pas le comportement d'un organe d'une organisation internationale. À cet égard, la portée de l'article 57 est restreinte. Il ne couvre que ce que l'on dénomme parfois «obligations dérivées» ou «secondaires» des États membres à l'égard des actes ou des dettes d'une organisation internationale[879].

Article 58

Responsabilité individuelle

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État.

Commentaire

1) L'article 58 précise que les articles dans leur ensemble ne traitent d'aucune question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne agissant

---

[878] Cette branche du droit international a pris de l'importance à la suite de controverses qui ont porté, entre autres, sur le Conseil international de l'étain: *J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry* [1990] 2 A.C. 418 (Angleterre, Chambre des Lords); affaire C-241/87 *Maclaine Watson & Co. Ltd.* c. *Conseil et Commission des Communautés européennes* [1990], C.E.R. I-1797 (Cour européenne de justice) et Arab Organization for Industrialization [*Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization* (1985), *I.L.R.*, vol. 80, p. 595 (décision arbitrale de la C.C.I.); *Arab Organization for Industrialization v. Westland Helicopters Ltd.* (1987)*, I.L.R.*, vol. 80, p. 622 (Suisse, Cour suprême fédérale); *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization* (1994)*, I.L.R.*, vol. 108, p. 564 (Angleterre, *High Court*)]. Voir aussi *Whaite et Kennedy* c. *Allemagne, C.E.D.H. Recueil 1999-I*, p. 393.

[879] Voir les travaux de l'Institut de droit international sous la direction de M^me^ R. Higgins: *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-I (1995), p. 251; vol. 66-II (1996), p. 444; P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1998). Voir aussi OMC, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, Rapport du Groupe spécial, 31 mai 1999, WT/DS34/R, par. 9.33 à 9.44.

au nom d'un État. Il éclaircit un point que l'on pouvait en tout état de cause déduire du fait que les articles ne traitent que de questions relatives à la responsabilité des États.

2) Le principe selon lequel les individus, y compris les agents de l'État, peuvent être responsables d'après le droit international a été établi au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Il figurait dans la Charte de Londres de 1945 qui a institué le Tribunal de Nuremberg[880] et a par la suite été entérinée par l'Assemblée générale[881]. Il apparaît en filigrane dans l'évolution récente du droit pénal international, notamment les statuts des deux tribunaux ad hoc et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale[882]. Jusqu'à présent, ce principe s'est appliqué dans le domaine de la responsabilité pénale, mais il n'est pas exclu que des faits nouveaux puissent se produire dans celui de la responsabilité civile individuelle[883]. En tant que clause de sauvegarde, l'article 58 n'a pas pour objet d'exclure cette possibilité; c'est pourquoi l'expression de caractère général «responsabilité individuelle» a été retenue.

3) Dans le cas de crimes de droit international commis par des agents de l'État, il arrivera souvent que ce soit l'État lui-même qui soit responsable pour avoir commis les faits en cause ou pour ne pas les avoir empêchés ou réprimés. Dans certains cas, notamment celui de l'agression, l'État sera par définition impliqué. Mais même dans ces cas, la question de la responsabilité individuelle est en principe à distinguer de celle de la responsabilité des États[884]. L'État n'est pas

---

[880] Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, établissant le Statut du Tribunal militaire international, Londres, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279.

[881] Résolution 95 (I) de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1946. Voir aussi les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal formulés par la Commission du droit international, *Annuaire ... 1950*, vol. II, p. 374.

[882] Voir le commentaire du chapitre III de la deuxième partie, par. 6).

[883] Voir, par exemple, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 123, art. 14, traitant de l'indemnisation des victimes de la torture.

[884] Voir, par exemple, *Streletz, Kessler & Krenz* c. *Allemagne* (Requêtes n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98), Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 22 mars 2001, par. 104; («La RDA, si elle existait toujours, serait responsable des actions en cause du point de vue

exonéré de sa propre responsabilité pour le comportement internationalement illicite par le fait qu'il a poursuivi et puni les agents publics qui en sont les auteurs[885]. Ces agents ne peuvent pas non plus se retrancher derrière l'État s'agissant de leur propre responsabilité pour leur comportement contraire aux règles de droit international qui leur sont applicables. Le premier principe figure, par exemple, à l'article 25, paragraphe 4, du Statut de Rome, qui dispose: «Aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international». Le second trouve son expression, par exemple, dans le principe bien établi selon lequel le fait pour un individu de jouir d'une qualité officielle ne le dégage pas de sa responsabilité pénale en droit international[886].

4) L'article 58 rend compte de cette situation, précisant que les articles ne traitent pas de la question de la responsabilité individuelle en droit international de toute personne agissant au nom d'un État. L'expression «responsabilité individuelle» est revêtue d'une signification convenue à la lumière du Statut de Rome et d'autres instruments; elle désigne la responsabilité de personnes individuelles, y compris des agents de l'État, d'après certaines règles de droit international s'appliquant à des comportements tels que la commission d'un génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

Article 59

Charte des Nations Unies

Les présents articles sont sans préjudice de la Charte des Nations Unies.

---

du droit international. Reste à établir qu'à côté de cette responsabilité de l'État, il existait, à l'époque considérée, une responsabilité individuelle des requérants sur le plan pénal.»).

[885] Le fait d'avoir poursuivi et puni les agents responsables peut être pertinent en matière de réparation, s'agissant notamment de satisfaction; voir le commentaire de l'article 36, par. 5).

[886] Voir, par exemple, les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal formulés par la Commission du droit international, principe III (*Annuaire ... 1950*, vol. II, p. 375); Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, A/CONF.183/9, art. 27.

Commentaire

1) Selon l'Article 103 de la Charte, «[e]n cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront». L'Article 103 est centré sur les obligations conventionnelles non compatibles avec les obligations découlant de la Charte. Mais de tels conflits peuvent avoir une incidence sur des questions régies par les articles, par exemple celles qui se sont posées dans les affaires *Lockerbie*[887]. Plus généralement, les organes compétents des Nations Unies ont souvent recommandé ou demandé qu'une indemnisation soit versée par suite du comportement d'un État décrit comme constituant une violation de ses obligations internationales, et l'Article 103 peut avoir un rôle à jouer en l'occurrence.

2) L'article 59 stipule en conséquence que les articles ne peuvent affecter la Charte des Nations Unies et sont sans préjudice de celle-ci. Les articles doivent à tous égards être interprétés conformément à la Charte des Nations Unies.

[887] *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne* c. *Royaume-Uni), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1992*, p. 3; *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne* c. *États-Unis d'Amérique*), *mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1992,* p. 114.