Chapitre IV

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

A. – Introduction

28. À sa première session, en 1949, la Commission avait inscrit la question de la responsabilité des États sur la liste des sujets se prêtant à codification. Comme suite à la résolution 799 (VIII) du 7 décembre 1953 dans laquelle l'Assemblée générale la priait de procéder, dès qu'elle le jugerait opportun, à la codification des principes du droit international régissant la responsabilité de l'État, la Commission, à sa septième session, en 1955, a décidé d'entreprendre l'étude de la question de la responsabilité des États et a nommé M. F. V. García Amador rapporteur spécial sur le sujet. Aux six sessions suivantes, de 1956 à 1961, le Rapporteur spécial a présenté six rapports successifs traitant, dans l'ensemble, de la question de la responsabilité à raison des dommages causés aux personnes ou aux biens des étrangers[4].

29. À sa quatorzième session, en 1962, la Commission a constitué une sous-commission qu'elle a chargée d'établir un rapport préliminaire contenant des suggestions quant à la portée de l'étude future et à la manière d'aborder le sujet[5].

30. À sa quinzième session, en 1963, la Commission, après avoir approuvé à l'unanimité le rapport de la Sous-Commission, a nommé M. Roberto Ago rapporteur spécial sur le sujet.

31. De sa vingt et unième session, en 1969, à sa trente et unième session, en 1979, la Commission a reçu huit rapports du Rapporteur spécial[6].

32. Le plan d'ensemble adopté par la Commission à sa vingt-septième session, en 1975, pour le projet d'articles sur le sujet de la responsabilité des États envisageait l'économie du projet comme suit : la première partie porterait sur l'origine de la responsabilité internationale, la deuxième sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale, et une éventuelle troisième partie, que la Commission pourrait décider d'ajouter, sur la question du règlement des différends et de la mise en œuvre de la responsabilité internationale[7].

33. À sa trente et unième session, la Commission a nommé M. Willem Riphagen rapporteur spécial en remplacement de M. Ago, élu juge à la CIJ.

34. À sa trente-deuxième session, en 1980, la Commission a adopté à titre provisoire en première lecture la première partie du projet d'articles, intitulée « Origine de la responsabilité internationale »[8]. De sa trente-deuxième session à sa trente-huitième session, en 1986, la Commission a reçu du Rapporteur spécial sept rapports[9], consacrés aux deuxième et troisième parties du projet d'articles[10].

35. À sa trente-neuvième session, en 1987, la Commission a nommé M. Gaetano Arangio-Ruiz rapporteur spécial pour succéder à M. Willem Riphagen, dont le mandat de membre de la Commission était expiré le 31 décembre 1986. De sa quarantième session, en 1988, à sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission a reçu huit rapports du Rapporteur spécial[11].

---

[4] Pour l'historique détaillé de la question jusqu'en 1969, voir *Annuaire... 1969*, vol. II, A/7610/Rev.1, p. 238 et suiv.

[5] Ibid.

[6] Les huit rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit : premier rapport : *Annuaire... 1969*, vol. II, A/CN.4/217 et Add.1, p. 129 et *Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), A/CN.4/217/Add.2, p. 203; deuxième rapport : *Annuaire... 1970*, vol. II, A/CN.4/233, p. 189; troisième rapport : *Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), A/CN.4/246 et Add.1 à 3, p. 209; quatrième rapport : *Annuaire... 1972*, vol. II, A/CN.4/264 et Add.1, p. 77; cinquième rapport : *Annuaire... 1976*, vol. II (1re partie), A/CN.4/291 et Add.1 et 2, p. 3; sixième rapport : *Annuaire... 1977*, vol. II (1re partie), A/CN.4/302 et Add.1 à 3, p. 3; septième rapport : *Annuaire... 1978*, vol. II (1re partie), A/CN.4/307 et Add.1 et 2, p. 29; huitième rapport : *Annuaire... 1979*, vol. II (1re partie), A/CN.4/318 et Add.1 à 4, p. 3; *Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie), A/CN.4/318/Add.5 à 7, p. 13.

[7] *Annuaire... 1975*, vol. II, A/10010/Rev.1, par. 38 à 51, p. 60 à 64.

[8] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 25 à 61.

[9] Les sept rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit : rapport préliminaire : *Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie), A/CN.4/330, p. 105; deuxième rapport : *Annuaire... 1981*, vol. II (1re partie), A/CN.4/344, p. 81; troisième rapport : *Annuaire... 1982*, vol. II (1re partie), A/CN.4/354 et Add.1 et 2, p. 25; quatrième rapport : *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie), A/CN.4/366 et Add.1, p. 3; cinquième rapport : *Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie), A/CN.4/380, p. 1; sixième rapport : *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), A/CN.4/389, p. 3; septième rapport : *Annuaire... 1986*, vol. II (1re partie), A/CN.4/397 et Add.1, p. 1.

[10] À sa trente-quatrième session, en 1982, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les articles 1 à 6 de la deuxième partie du projet. À sa trente-septième session, en 1985, elle a décidé de lui renvoyer les articles 7 à 16 de la deuxième partie. À sa trente-huitième session, en 1986, elle a décidé de lui renvoyer les articles 1 à 5 de la troisième partie ainsi que l'annexe y relative.

[11] Les huit rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit : rapport préliminaire : *Annuaire... 1988*, vol. II (1re partie), A/CN.4/416 et Add.1, p. 6; deuxième rapport : *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie), A/CN.4/425 et Add.1, p. 1; troisième rapport : *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie), A/CN.4/440 et Add.1, p. 1; quatrième rapport : *Annuaire... 1992*, vol. II (1re partie), A/CN.4/444 et Add.1 à 3, p. 1; cinquième rapport : *Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie), A/CN.4/453 et Add.1 à 3, p. 1; sixième rapport : *Annuaire... 1994*, vol. II (1re partie), A/CN.4/461 et Add.1 à 3, p. 3; septième rapport : *Annuaire... 1995*,

36. Au terme de sa quarante-septième session, en 1995, la Commission avait adopté à titre provisoire et en vue de les faire figurer dans la deuxième partie les projets d'articles portant les numéros 1 à 5[12], 6 (Cessation du comportement illicite), 6 *bis* (Réparation), 7 (Restitution en nature), 8 (Indemnisation), 10 (Satisfaction), 10 *bis* (Assurances et garanties de non-répétition)[13], 11 (Contre-mesures d'un État lésé), 13 (Proportionnalité) et 14 (Contre-mesures interdites)[14]. Elle avait en outre reçu du Comité de rédaction un texte d'article 12 (Conditions liées au recours à des contre-mesures) sur lequel elle a différé sa décision[15]. Elle avait également, à sa quarante-septième session, adopté à titre provisoire les articles devant figurer dans la troisième partie du projet d'articles numérotés 1 (Négociation), 2 (Bons offices et médiation), 3 (Conciliation), 4 (Tâche de la commission de conciliation), 5 (Arbitrage), 6 (Mandat du tribunal arbitral) et 7 (Validité d'une sentence arbitrale), ainsi que les articles 1 (La commission de conciliation) et 2 (Le tribunal arbitral) de l'annexe de cette partie.

37. À la quarante-huitième session de la Commission, M. Arangio-Ruiz a annoncé qu'il se démettait de ses fonctions de rapporteur spécial. La Commission a achevé l'examen en première lecture des articles des deuxième et troisième parties du projet d'articles sur la responsabilité des États et décidé, en application des articles 16 et 21 de son statut, de transmettre aux gouvernements, par l'intermédiaire du Secrétaire général, les projets d'articles qu'elle avait adoptés provisoirement en première lecture[16], en leur demandant de faire parvenir leurs commentaires et observations au Secrétaire général pour le 1er janvier 1998 au plus tard.

38. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission a constitué un groupe de travail sur la responsabilité des États chargé de traiter les questions liées à l'examen du sujet en deuxième lecture[17]. Elle a aussi nommé M. James Crawford rapporteur spécial pour le sujet.

39. Au paragraphe 3 de sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a recommandé que la Commission poursuive ses travaux sur les sujets actuellement inscrits à son programme, y compris la responsabilité des États, en tenant compte des commentaires et observations que les gouvernements avaient présentés par écrit ou qui avaient été formulés oralement lors des débats à l'Assemblée, et a rappelé, au paragraphe 6 de cette résolution, qu'il importait que la Commission dispose des vues des gouvernements concernant le projet d'articles sur la responsabilité des États qu'elle avait adopté en première lecture à sa quarante-huitième session.

40. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial, M. Crawford[18]. Le rapport portait sur des questions d'ordre général relatives au projet, la distinction entre responsabilité « pour crimes » et responsabilité « délictuelle », et les articles 1 à 15 de la première partie du projet. La Commission était également saisie des commentaires et observations reçus des gouvernements[19] sur les projets d'articles adoptés à titre provisoire en première lecture. Après avoir examiné les articles 1 à 15 *bis*, la Commission a renvoyé les articles 1 à 5 et 7 à 15 *bis* au Comité de rédaction.

41. À la même session, la Commission a pris note du rapport du Comité de rédaction sur les articles 1, 3, 4, 5, 7, 8, 8 *bis*, 9, 10, 15, 15 *bis* et A. Elle a également pris note de la suppression des articles 2, 6 et 11 à 14.

42. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial[20]. Il y poursuivait la tâche entreprise à la cinquantième session, qui consistait à examiner les projets d'articles à la lumière des commentaires des gouvernements et de l'évolution de la pratique des États, des décisions judiciaires et des ouvrages relatifs à la question. La Commission était également saisie des commentaires et observations reçus des gouvernements[21] sur les projets d'articles adoptés à titre provisoire en première lecture. Après avoir examiné les articles 16 à 19 (par. 1), 20 à 26 *bis*, 27 à 28 *bis*, 29, 29 *bis*, 29 *ter* (par. 1), 30 à 33, 34 *bis* (par. 1) et 35, la Commission les a renvoyés au Comité de rédaction.

43. À la même session, la Commission a pris note du rapport du Comité de rédaction sur les articles 16, 18, 24, 25, 27, 27 *bis*, 28, 28 *bis*, 29, 29 *bis*, 29 *ter*, 31 à 33 et 35. La Commission a également pris note de la suppression des articles 17, 19 (par. 1), 20 à 23[22], 26 et 34[23].

vol. II (1re partie), A/CN.4/469 et Add.1 et 2; huitième rapport : *Annuaire... 1996*, vol. II (1re partie), A/CN.4/476 et Add.1. À sa quarante et unième session, en 1989, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les articles 6 et 7 du chapitre II (Conséquences juridiques découlant d'un délit international) de la deuxième partie du projet d'articles. À sa quarante-deuxième session, en 1990, elle a renvoyé au Comité les articles 8 à 10 de la deuxième partie. À sa quarante-quatrième session, en 1992, elle lui a renvoyé les articles 11 à 14 et 5 *bis* devant figurer dans la deuxième partie. À sa quarante-cinquième session, en 1993, elle a renvoyé au Comité les articles 1 à 6 de la troisième partie ainsi que l'annexe y relative. À sa quarante-septième session, en 1995, la Commission a renvoyé au Comité les articles 15 à 20 devant figurer dans la deuxième partie, traitant des conséquences juridiques des faits internationalement illicites qualifiés de crimes aux termes de l'article 19 de la première partie, ainsi qu'un nouveau projet d'article 7 devant figurer dans la troisième partie du projet.

[12] Pour le texte des articles 1 à 5 (par. 1), voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 24 et 25.

[13] Pour le texte de l'article premier (par. 2) et des articles 6, 6 *bis*, 7, 8, 10 et 10 *bis*, ainsi que les commentaires y relatifs, voir *Annuaire... 1993*, vol. II (2e partie), A/48/10, p. 55 à 86.

[14] Pour le texte des articles 11, 13 et 14, voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2e partie), note 454, p. 160. Lorsque la Commission a adopté l'article 11, il a été entendu qu'il faudrait peut-être le réexaminer à la lumière du texte qui serait finalement adopté pour l'article 12 (ibid., par. 352). Pour les commentaires des articles 13 et 14, voir *Annuaire... 1995*, vol. II (2e partie), A/50/10, p. 67 à 78.

[15] Voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2e partie), par. 352, p. 160.

[16] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), A/51/10, chap. III, sect. D, p. 62. Pour le texte des projets d'articles 42 (par. 3), 47, 48 et 51 à 53, avec les commentaires y relatifs, ibid., p. 70.

[17] Pour les décisions concernant l'examen du projet d'articles en deuxième lecture adoptées par la Commission sur la recommandation du Groupe de travail, voir *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 161, p. 59.

[18] *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie), A/CN.4/490 et Add.1 à 7.

[19] Ibid., A/CN.4/488 et Add.1 à 3.

[20] *Annuaire... 1999*, vol. II (1re partie), A/CN.4/498 et Add.1 à 4.

[21] *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie), A/CN.4/488 et Add.1 à 3 et *Annuaire... 1999*, vol. II (1re partie), A/CN.4/492.

[22] L'article 22 adopté en première lecture traitait de l'épuisement des recours internes. Le Rapporteur spécial a proposé de le remplacer par un nouveau texte, qui deviendrait l'article 26 *bis*. Le Comité de rédaction a décidé de reporter l'examen de la teneur de cet article.

[23] Le Comité de rédaction a adopté l'article 34 (Légitime défense) en tant qu'article 29 *ter*.

B. – Examen du sujet à la présente session

44. À la présente session, la Commission était saisie des commentaires et observations reçus de la part de gouvernements[24] ainsi que du troisième rapport du Rapporteur spécial. Le Rapporteur spécial y poursuivait la tâche entreprise à la cinquantième session, en 1998, consistant à examiner les projets d'articles, notamment ceux qui figuraient dans la deuxième partie, compte tenu des commentaires des gouvernements et de l'évolution de la pratique des États, des décisions judiciaires et des publications relatives à la question. La Commission a examiné le rapport à ses 2613e à 2616e séances, 2621e à 2623e séances, 2634e à 2640e séances, et 2643e à 2653e séances, tenues du 2 au 5 et du 16 au 18 mai, les 8 et 9 juin, du 10 au 14 juillet et du 20 juillet au 8 août 2000.

45. La Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles suivants : 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38 à sa 2616e séance, le 5 mai; 40 *bis* à sa 2623e séance, le 18 mai; 43 et 44 à sa 2637e séance, le 11 juillet; 45, 45 *bis* et 46 *bis* à sa 2640e séance, le 14 juillet; 46 *ter*, 46 *quater*, 46 *quinquies* et 46 *sexies* à sa 2645e séance, le 25 juillet; 30, 47, 47 *bis*, 48, 49, 50 et 50 *bis* à sa 2649e séance, le 1er août; 50 A, 50 B, 51, ainsi que le texte des notes de bas de page relatives aux paragraphes 407 et 413 du troisième rapport à sa 2653e séance, le 8 août.

46. À sa 2662e séance, le 17 août 2000, la Commission a pris note du rapport du Comité de rédaction sur l'intégralité du projet d'articles qui a été adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction en deuxième lecture (A/CN.4/L.600) et dont le texte est reproduit en annexe au présent chapitre.

1. Présentation par le Rapporteur spécial des questions d'ordre général se rapportant au projet d'articles

a) *Étapes de l'achèvement de l'examen en deuxième lecture du projet d'articles*

47. Le Rapporteur spécial a réaffirmé sa volonté, signalée aux paragraphes 3 et 4 de son troisième rapport, d'amener la Commission à achever l'examen en deuxième lecture du projet d'articles à sa cinquante-troisième session, en 2001. Pour atteindre cet objectif ambitieux mais possible, il a recommandé le programme de travail suivant : le Comité de rédaction établirait le texte complet du projet d'articles, en laissant de côté la question du règlement des différends, avant la fin de la session en cours –, ce qui permettrait à la Commission, à sa session suivante, d'examiner l'ensemble du texte et des commentaires, compte tenu de toutes observations complémentaires que les gouvernements pourraient formuler, et de l'adopter.

b) *Questions se rapportant à la première partie laissées en suspens*

48. Comme signalé aux paragraphes 2 et 3 du troisième rapport, quatre questions se rapportant à la première partie restaient en suspens, qui ne pourraient être réglées que lorsque la Commission se serait prononcée sur les questions connexes relevant de la deuxième partie : la responsabilité des États pour violation d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (art. 19); la formulation d'un article sur l'épuisement des recours internes (art. 22) et d'un article sur les contre-mesures (art. 30); et l'inclusion éventuelle d'un article prévoyant une autre circonstance excluant l'illicéité, à savoir l'exception d'inexécution. En outre, la première partie renfermait des dispositions qui, dans plusieurs cas, étaient reprises dans la deuxième partie. Il en était ainsi, par exemple, du paragraphe 4 de l'article 42, et cela était inutile et laissait planer des doutes quant à l'applicabilité présumée à la deuxième partie des principes énoncés dans la première.

c) *Considérations générales concernant les articles de la deuxième partie tels qu'adoptés en première lecture*

i) *Le champ d'application de la deuxième partie par rapport à celui de la première partie*

49. D'une manière générale, le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur le hiatus existant entre la première partie, qui traitait de la violation d'obligations par des États, et la deuxième partie, notamment l'article 40, qui traitait de la réaction des États à des violations du droit international. Les obligations envisagées dans la première partie pourraient, par exemple, être des obligations envers une organisation internationale ou un individu; or, la deuxième partie était muette quant à l'invocation de la violation d'une de ces obligations par une personne autre que l'État. C'est pourquoi le Rapporteur spécial proposait une clause de sauvegarde, qui stipulait que la deuxième partie était sans préjudice de l'un quelconque des droits découlant de la commission d'un fait internationalement illicite par un État et s'attachant à toute personne ou entité autre qu'un État.

ii) *Titre*

50. Sous sa forme actuelle, le titre de la deuxième partie (Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale) était difficilement compréhensible et peu explicite et pouvait être remplacé par un titre plus précis : « Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État », qui par ailleurs correspondait à la conception traditionnelle qui voyait dans la responsabilité des États une conséquence juridique secondaire née d'une violation.

iii) *Formulation des projets d'articles*

51. Comme indiqué aux alinéas *b* et *c* du paragraphe 7 du rapport, il conviendrait de revenir sur le libellé maladroit des dispositions de la deuxième partie, qui étaient formulées en termes de droits catégoriques tempérés ça et là par l'emploi de la clause restrictive « le cas échéant », ou « s'il y a lieu », qui avait suscité des critiques de la part de gouvernements issus de diverses traditions juridiques au motif que les articles étaient soit trop rigides, soit trop vagues au point de manquer de consistance. Néanmoins, en l'absence de précision quant à la teneur d'une disposi-

[24] Voir *supra* note 21.

tion donnée, des expressions comme « le cas échéant » pourraient s'avérer nécessaires dans certains cas.

d) *Restructuration des sections du projet d'articles restant à traiter*

52. Pour les raisons exposées aux paragraphes 8 et 9 du rapport, le Rapporteur spécial a formulé au paragraphe 10 une proposition sur l'économie des dispositions de fond du projet d'articles restant à traiter, afin de démêler les problèmes soulevés dans le contexte de l'article 40 et faciliter le débat.

53. Il conviendrait de maintenir le titre actuel du chapitre premier de la deuxième partie (Principes généraux), qui devrait comprendre au moins trois articles énonçant des principes généraux : l'article 36, disposition liminaire générale indiquant qu'un fait internationalement illicite entraînait des conséquences juridiques; l'article 36 *bis*, posant le principe de la cessation en tant que principe général; et l'article 37 *bis*, posant le principe de la réparation sous forme de principe général lui aussi. De plus, il conviendrait d'inclure dans le projet d'articles une définition de l'expression « État lésé » : celle-ci était donnée à l'article 40 *bis*, mais pourrait figurer ailleurs dans le texte. Il n'était pas sûr que l'article 38 soit nécessaire, mais il avait été inclus aux fins de la discussion.

54. Le chapitre II traiterait des trois formes de réparation, à savoir la restitution, l'indemnisation et la satisfaction (sans préciser nécessairement les modalités du choix entre elles, ce qui pourrait être fait à un stade ultérieur), des intérêts et des conséquences de la faute concurrente de l'État lésé et contiendrait toute autre disposition jugée pertinente à la lumière du débat.

55. Le Rapporteur spécial a proposé d'incorporer une nouvelle deuxième partie *bis*, intitulée « Mise en œuvre de la responsabilité des États », de manière à distinguer, d'une part, les conséquences juridiques à la charge de l'État responsable de la commission d'un fait internationalement illicite et, de l'autre, l'invocation de ces conséquences par la victime principale de la violation ou, dans certaines circonstances, par des États tiers, et à dissiper la confusion créée par l'article 40. La deuxième partie *bis* pourrait renfermer des articles portant sur la question générale de savoir qui était en droit d'invoquer la responsabilité, question qui était actuellement traitée de manière fort peu satisfaisante à l'article 40; sur la perte du droit d'invoquer la responsabilité, par analogie avec la perte du droit d'invoquer des motifs de mettre fin à un traité ou d'en suspendre l'application telle qu'elle était prévue dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après dénommée « Convention de Vienne de 1969 »); sur les contre-mesures en tant que forme d'invocation de la responsabilité, plutôt que forme de réparation, dès lors qu'elles étaient prises contre un État qui refusait de reconnaître sa responsabilité et de mettre fin à son comportement illicite; et sur la question, liée à l'article 19, de l'invocation d'une responsabilité à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble.

56. Notant que la Commission avait décidé à titre provisoire de ne pas lier l'adoption de contre-mesures au règlement des différends, le Rapporteur spécial a recommandé que la troisième partie fasse l'objet d'un examen général à l'issue de l'adoption du projet d'articles dans son ensemble, en fonction de la forme qu'il revêtirait. Il serait vain d'incorporer des dispositions sur le règlement des différends, à moins que l'instrument appelé à être soumis à l'Assemblée générale ne le soit sous forme de convention. De plus, l'acceptation de dispositions sur le règlement des différends était sujette à caution, car le texte du projet portait littéralement sur l'ensemble des obligations des États.

57. Le Rapporteur spécial a par ailleurs recommandé d'incorporer une quatrième partie, consacrée aux dispositions générales et renfermant notamment la disposition sur la *lex specialis.*

2. Résumé du débat sur les questions d'ordre général

58. Il a été rendu hommage au Rapporteur spécial, dont le troisième rapport avait enrichi non seulement l'œuvre de la Commission mais aussi le droit international en général en établissant les paramètres et en cernant les problèmes posés par une matière éminemment complexe.

a) *Étapes de l'achèvement de l'examen en deuxième lecture du projet d'articles*

59. Le programme proposé par le Rapporteur spécial dans la perspective de l'achèvement de l'examen du projet d'articles en deuxième lecture a été appuyé. Il a été cependant noté que la Commission avait laissé de côté, pour y réfléchir plus avant, un certain nombre de questions liées à la première partie, comme celle de la responsabilité des États pour violation d'obligations *erga omnes* et du rapport entre une disposition dans ce sens et l'article 19 tel qu'adopté en première lecture. Il a été fait observer aussi que les projets d'articles de la deuxième partie adoptés en première lecture à la quarante-huitième session[25] n'avaient pas été examinés avec autant de soin que ceux de la première partie. En particulier, on a émis l'avis que la question de la violation d'obligations multilatérales devrait faire l'objet d'un débat approfondi. Il a été noté que la cinquante-cinquième session de l'Assemblée générale serait pour la Commission la dernière occasion d'obtenir les réactions de la Sixième Commission sur certaines questions, comme celles des contre-mesures et du règlement des différends.

b) *La distinction entre règles primaires et règles secondaires*

60. À propos du paragraphe 50 du rapport, on a émis l'avis que la distinction entre règles primaires et règles secondaires ne posait pas de problème, dès lors que la fonction d'une règle dans un contexte donné déterminait sa nature. Selon un autre avis, la distinction entre règles primaires et règles secondaires était intellectuellement séduisante, mais plutôt artificielle, difficile à défendre et à appliquer dans la pratique, voire parfois dénuée de vali-

[25] Voir *supra* note 16.

dité. Il était cependant inutile de s'attarder indûment sur cette question car, même si dans certains cas la distinction était artificielle, elle était d'une manière générale applicable et était depuis longtemps la clef de voûte de l'exercice dans lequel la Commission s'était engagée. Le Rapporteur spécial a admis que la distinction entre règles primaires et règles secondaires ne devrait pas être abandonnée, nonobstant le fait que les règles primaires auraient des incidences sur l'application de nombreuses règles secondaires, ce qu'il fallait préciser selon que de besoin, notamment dans le commentaire.

c) *Application du régime de la responsabilité des États à toutes les obligations internationales des États*

61. On a appuyé l'idée que les règles gouvernant la responsabilité des États étaient, comme indiqué au paragraphe 7 du rapport du Rapporteur spécial, applicables à toutes les obligations internationales des États. On a fait cependant valoir que si les circonstances excluant l'illicéité, telles qu'elles étaient énoncées dans la première partie, étaient censées s'appliquer aux obligations énoncées dans la deuxième partie, il serait nécessaire de l'indiquer expressément dans le projet d'articles lui-même. D'autres membres ont considéré qu'il serait préférable de ne pas réglementer cette question et de s'en remettre au droit international coutumier. Il existait certes un rapport entre la première partie et la deuxième partie, mais il importait d'éviter de formuler à partir de là des conclusions hâtives. Face aux incertitudes exprimées sur cette question de la correspondance entre les deux parties, le Rapporteur spécial a indiqué que le Comité de rédaction devrait l'examiner plus à fond pour décider du maintien ou de la suppression de certaines dispositions.

d) *Le champ d'application du projet d'articles*

62. Il a été proposé d'étendre l'application du projet d'articles à tous les cas de responsabilité des États, et non uniquement à ceux faisant intervenir des États : en effet, la détermination des conséquences d'un fait internationalement illicite appelait inévitablement la prise en compte de la situation de tous ceux qui, en vertu du droit international, avaient été lésés – qu'il s'agisse d'un État, d'une organisation internationale, d'une autre entité ou d'un particulier. On a considéré que, bien que la disposition du paragraphe 1 de l'article 36, sous sa forme actuelle, s'appliquât à toutes les obligations internationales, on pouvait laisser jouer l'obligation primaire dans le cas où une entité autre qu'un État serait en cause, ainsi que les procédures autres que celles touchant la mise en œuvre de la responsabilité des États, par exemple les procédures faisant appel à la notification et à la saisine des tribunaux nationaux : c'est dans cet esprit que la clause de sauvegarde proposée a été appuyée. On a fait observer, en outre, que les articles n'étaient pas censés codifier le droit de la responsabilité internationale dans son intégralité, lequel n'était pas encore suffisamment développé pour ce faire. L'objectif était d'élaborer des dispositions générales appelées à servir de support au développement de nouvelles branches du droit de la responsabilité internationale, dont les détails et les nuances seraient définis au fur et à mesure de l'évolution de la pratique dans ce domaine.

e) *Considérations générales concernant la deuxième partie*

i) *Question de l'élaboration de dispositions détaillées et spécifiques*

63. Selon une opinion, vu que les aspects techniques de la réparation avaient été négligés dans la deuxième partie, il était important d'y incorporer, en particulier au chapitre II, des articles plus spécifiques et détaillés sur les formes et les modalités de la réparation, en particulier l'indemnisation pour manque à gagner *(lucrum cessans)*, ainsi que sur les modes de calcul de l'indemnité et des intérêts éventuels à verser. Ces questions n'étaient pas abordées dans le projet d'articles, alors que les États avaient besoin de savoir dans quels cas ils devaient verser des intérêts et comment ils pourraient les calculer. À l'inverse, l'avis a été exprimé que, du point de vue de la doctrine et de la pratique, les principes régissant la réparation – qu'il s'agisse d'indemnisation, de restitution ou de préjudice indirect – étaient forcément déterminés par les règles primaires et que la Commission devait prendre soin de ne pas formuler des règles qui apparaîtraient comme des règles générales alors qu'en fait elle ne faisait que recenser des modes de réparation facultative. En d'autres termes, elle devrait éviter d'approfondir cette question. Elle devrait trouver un moyen terme, en ayant présent à l'esprit que plus les règles seraient détaillées, moins les réparations auraient de chances d'y satisfaire pleinement et qu'il fallait élaborer à propos de la réparation des règles assez souples, étant donné en particulier que les affaires en matière de responsabilité des États seraient généralement réglées par voie de négociation plutôt que devant une juridiction internationale. Le Rapporteur spécial a expliqué avoir traité dans la deuxième partie de son rapport de la question de l'élaboration de dispositions détaillées dans le contexte de l'indemnisation, parce que c'était là qu'elle prenait tout son sens. Étant donné l'existence d'un désaccord sur ce point, il demanderait à la Commission de lui dire s'il serait opportun d'élaborer des dispositions détaillées sur le quantum de l'indemnité ou le calcul des intérêts : ces questions étaient techniques et variaient selon le contexte. Il entendait proposer un article distinct sur les intérêts, ceux-ci se distinguant de l'indemnisation en tant que telle, mais il considérait, à première vue, que les dispositions correspondantes devraient être dans chaque cas assez générales. Il appartiendrait à la Commission d'indiquer en temps utile si elle souhaitait des dispositions plus détaillées.

ii) *Titre*

64. Tout en convenant avec le Rapporteur spécial de la nécessité de remanier l'intitulé de la deuxième partie, certains membres de la Commission ont considéré que le nouveau titre proposé n'était pas entièrement satisfaisant au regard, d'une part, de la teneur des articles de la deuxième partie et, de l'autre, de la deuxième partie *bis*. Il a été suggéré d'intituler la deuxième partie « Réparation et obligation d'exécution », « Conséquences juridiques de la responsabilité internationale » ou encore « Implications juridiques du fait internationalement illicite d'un État » plutôt que « Conséquences juridiques ». L'intitulé « Conséquences juridiques de la responsabilité inter-

nationale » proposé a été cependant jugé impropre, dans la mesure où la responsabilité était la conséquence juridique immédiate d'un fait internationalement illicite et où il ne résolvait en rien le problème du lien entre la deuxième partie et la deuxième partie *bis*. Le Rapporteur spécial a admis que le titre de la deuxième partie recouvrait des aspects appelés à être incorporés dans la deuxième partie *bis*. Il s'est félicité de l'accord qui semblait s'être fait quant à la nécessité d'établir une distinction entre les conséquences découlant d'un fait illicite et l'invocation de la responsabilité. Il serait nécessaire à un stade ultérieur de voir si les dispositions en question devraient figurer dans deux parties distinctes, ou dans deux chapitres d'une même partie.

iii) *Formulation des projets d'articles*

65. La proposition du Rapporteur spécial tendant à remanier les projets d'articles du point de vue de l'État encourant une responsabilité plutôt que de celui de l'État lésé a recueilli un large appui, dès lors que cette démarche était compatible avec la première partie et qu'elle permettait de régler des questions délicates soulevées dans le cadre de la deuxième partie et de la deuxième partie *bis*.

f) *L'économie des projets d'articles*

66. La nouvelle structure proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 10 de son troisième rapport a été largement appuyée.

67. Il a été suggéré que les règles applicables dans le cas d'une pluralité d'États auteurs ou d'États lésés soient séparées : les obligations des États auteurs pouvaient être traitées dans la deuxième partie (Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État), tandis que les droits des États lésés pouvaient l'être dans la deuxième partie *bis* (Mise en œuvre de la responsabilité des États). Ou alors toutes les règles applicables dans le cas d'une pluralité d'États pourraient être incorporées dans un chapitre distinct.

68. La proposition du Rapporteur spécial visant à incorporer une deuxième partie *bis* a été appuyée, de même que celle tendant à transférer les dispositions relatives aux contre-mesures de la deuxième partie à la deuxième partie *bis*, car les contre-mesures avaient un rapport avec la mise en œuvre de la responsabilité mais non avec le contenu ou les formes de la responsabilité internationale. On a fait observer que, selon l'idée initiale du Rapporteur spécial Ago, la deuxième partie *bis* aurait dû renfermer des dispositions sur la protection diplomatique, mais que le problème ne se posait plus puisque la protection diplomatique faisait désormais l'objet d'un sujet distinct. Néanmoins, le Rapporteur spécial a été instamment prié d'inclure au chapitre premier de la deuxième partie *bis* une clause « sans préjudice » réservant la question de la protection diplomatique. À l'inverse, on a émis l'avis qu'il faudrait revenir sur l'opportunité de prévoir une deuxième partie et une deuxième partie *bis* une fois l'examen des articles de fond achevé.

69. La proposition du Rapporteur spécial visant à laisser de côté pour le moment la troisième partie a été approuvée. Le lien entre la forme que revêtirait le projet d'articles et la question du règlement pacifique des différends était clairement établi au paragraphe 6 du rapport. On a fait observer que rien ne serait plus dangereux que de faire dépendre des règles de fond sur la responsabilité des États de l'acceptation hautement hypothétique par les États d'une procédure de règlement obligatoire des différends, comme le prévoyaient les projets d'articles relatifs aux contre-mesures adoptés en première lecture. À l'inverse, on a considéré que le texte ne pouvait que revêtir la forme d'une convention internationale, ce qui appellerait manifestement l'élaboration d'un régime général et complet de règlement de tout différend qui pourrait surgir quant à l'interprétation ou à l'application de telle ou telle disposition du futur instrument. Mais si cet exercice s'avérait difficile, il serait nécessaire de revenir à l'idée de mettre en place une procédure de règlement des différends au moins dans le cas des différends concernant les contre-mesures.

70. De même, la proposition du Rapporteur spécial d'incorporer une quatrième partie consacrée aux dispositions générales a été appuyée. C'est à bon droit que le Rapporteur spécial proposait d'incorporer une partie générale regroupant les clauses restrictives communes (introduites par l'expression « sans préjudice »), toutes les définitions autres que celle de la responsabilité et l'ensemble des dispositions concernant deux ou plusieurs parties du projet d'articles. On a cependant aussi estimé que la teneur d'une nouvelle quatrième partie appelait une analyse plus approfondie.

3. Conclusions du Rapporteur spécial concernant le débat sur les questions d'ordre général

71. S'agissant de la difficulté d'établir une distinction entre règles primaires et règles secondaires, problème que plusieurs membres avaient mis en avant, le Rapporteur spécial a considéré que la Commission n'avait d'autre choix que de s'en tenir à sa décision initiale et de maintenir cette distinction.

72. Le Rapporteur spécial a noté qu'il y avait accord général sur la stratégie visant à formuler les dispositions de la deuxième partie, ou du moins les conséquences qui y étaient énoncées, en termes d'obligations à la charge de l'État responsable, de même que sur la nécessité de traiter de ces obligations et de leur invocation par d'autres États, sinon dans des parties différentes, à tout le moins dans des chapitres différents d'une même partie. Il était aussi apparu que les dispositions existantes seraient en substance maintenues, complétées par certains éléments, notamment par un article sur les intérêts, envisagé en son temps par le rapporteur spécial précédent, M. Arangio-Ruiz, dans son deuxième rapport[26].

73. Quant à la possibilité pour des entités autres que les États d'invoquer la responsabilité d'un État, le Rapporteur spécial a souligné que la notion ouverte de responsabilité, énoncée dans la première partie, l'autorisait. Il était évident que la responsabilité d'un État vis-à-vis d'entités autres qu'un État s'inscrivait dans le cadre de la responsabilité des États. Cela ne signifiait pas pour autant que la

[26] *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie), A/CN.4/425 et Add.1, p. 24 à 33 et 60.

Commission doive se pencher sur cette question : elle n'avait pas à le faire, pour un certain nombre de raisons qui étaient étrangères au domaine de la responsabilité des États en tant que tel, mais elle devait indiquer expressément qu'elle ne le faisait pas pour bien faire la distinction entre la teneur de la première partie et celle des autres parties. Tel était l'objet de la clause de sauvegarde du paragraphe 3 de l'article 40 *bis* proposé. Il n'était pas souhaitable d'aller plus loin.

4. Présentation par le Rapporteur spécial de la deuxième partie, intitulée « Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État »

Chapitre premier. – Principes généraux

a) *Disposition liminaire précisant le contenu de la responsabilité internationale (article 36)*

74. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'aucun gouvernement n'avait mis en cause la nécessité d'incorporer la disposition liminaire sur la responsabilité internationale des États énoncée au paragraphe 1 de l'article 36[27].

b) *Le principe général de la cessation (article 36* bis*)*

75. Le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur deux questions touchant le principe général de la cessation, lequel faisait l'objet du paragraphe 2 de l'article 36 et de l'article 41. Premièrement, l'obligation de cessation était la conséquence de la violation de l'obligation primaire et n'existait pas lorsque l'obligation primaire cessait d'exister. Par exemple, le problème de la cessation ne se poserait pas dans le cas où la violation substantielle d'un traité bilatéral serait invoquée comme motif pour y mettre fin. Ce point important devait être énoncé sous forme de clause de sauvegarde. Deuxièmement, bien que les États n'aient pas porté de critique sur la cessation (art. 41), certains auteurs soutenaient que celle-ci était la conséquence de l'obligation primaire et non une conséquence secondaire d'une violation et que, en tant que telle, elle n'avait pas sa place dans le projet d'articles. Comme il l'avait expliqué au paragraphe 50 de son rapport, le Rapporteur spécial considérait que le projet devrait traiter de la question de la cessation parce que celle-ci ne se posait que s'il y avait eu violation et qu'elle en était une conséquence; parce qu'elle était liée à d'autres conséquences secondaires de la violation, par exemple les contre-mesures; et parce qu'elle était au cœur de la plupart des affaires mettant en jeu la responsabilité des États, comme le prouvait l'importance, par exemple, des déclarations visant à la cessation du fait illicite et au rétablissement du lien juridique mis à mal par la violation.

76. Le Rapporteur spécial a proposé de poser le principe général de la cessation dans un article unique révisé 36 *bis*[28], qui tenait compte du fait que la question de la cessation ne pouvait se poser que si l'obligation primaire demeurait en vigueur et qui énonçait l'obligation eu égard à la notion de fait illicite continu retenue dans la première partie du projet d'articles. Quant à son emplacement, le principe général de la cessation devrait logiquement précéder le principe de réparation, parce qu'il pourrait se trouver qu'une violation soit portée à la connaissance de l'État responsable, que celui-ci mette fin immédiatement au comportement incriminé et que l'affaire en reste là.

c) *Assurances et garanties de non-répétition (suite de l'article 36* bis*)*

77. Le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur les deux types de conséquences d'un fait internationalement illicite : les conséquences prospectives, à savoir la cessation et les assurances et garanties de non-répétition, à supposer que l'obligation subsiste; et les conséquences rétrospectives, à savoir la réparation, autrement dit le fait de remédier aux dommages causés par la violation. Cette démarche cohérente supposait que la question des assurances et garanties de non-répétition soit traitée avec la cessation dans un article unique en tant que deux conditions du rétablissement de la relation juridique à laquelle la violation avait porté atteinte : premièrement, la cessation de la violation, et deuxièmement, le cas échéant, l'octroi de garanties de non-répétition. Partant du constat que des assurances et garanties de non-répétition suffisantes pouvaient aller d'arrangements éminemment rigoureux à de simples promesses ou engagements selon le cas, le Rapporteur spécial n'a pas vu d'autre solution que d'employer le mot quelque peu imprécis « appropriées » et d'insérer le membre de phrase « d'offrir des assurances et des garanties appropriées que ce comportement ne se répétera pas » de manière à assurer une certaine souplesse.

d) *Le principe général de la réparation (article 37* bis *et paragraphes 3 et 4 de l'article 42)*

78. Le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur deux problèmes que le texte, sous sa forme actuelle, soulevait. Premièrement, le principe général de la réparation était énoncé, dans tout le corps du projet d'articles, en tant que droit de l'État lésé, alors que la notion d'État lésé apparaissait au milieu d'une construction logique sans raison-

---

[27] Le texte de l'article 36 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 36. – Contenu de la responsabilité internationale*

La responsabilité internationale d'un État qui, conformément aux dispositions de la première partie, est engagée par un fait internationalement illicite entraîne des conséquences juridiques énoncées dans la présente partie. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir son troisième rapport, par. 17 et 18.

[28] Le texte de l'article 36 *bis* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 36* bis. – *Cessation*

1. Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues par les présents articles sont sans incidences sur le maintien du devoir de l'État concerné d'exécuter l'obligation internationale.

2. L'État auquel est imputable le fait internationalement illicite est tenu :

a) Si le comportement illicite se poursuit, d'y mettre un terme;

b) D'offrir des assurances et des garanties appropriées que ce comportement ne se répétera pas. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, ibid., par. 44 à 52.

nement cohérent, au lieu d'apparaître au début, comme suggéré par la France[29], ou à la fin, comme proposé par le Rapporteur spécial Ago[30]. En d'autres termes, le projet d'articles passait, en plein milieu, de dispositions s'adressant à l'État responsable à des dispositions s'adressant à l'État lésé. Deuxièmement, la détermination des droits de l'État lésé supposait que ce dernier soit le seul État en cause, ce qui aboutissait de fait à « bilatéraliser » des relations juridiques en attribuant ces droits individuellement à tel ou tel État. La situation ainsi créée était intolérable dans le cas d'une responsabilité vis-à-vis de plusieurs États ou de la communauté internationale dans son ensemble. Le Rapporteur spécial a proposé de régler ces problèmes en formulant le principe général de la réparation sous forme d'obligation pour l'État auteur du fait internationalement illicite de réparer, sous une forme appropriée, les conséquences de ce fait, et en traitant dans une section suivante de la deuxième partie ou dans la deuxième partie *bis* de la question de savoir qui pouvait invoquer la responsabilité de cet État et sous quelle forme cela pouvait être fait.

79. De plus, le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur trois problèmes liés à l'application du principe général de la réparation déjà énoncé en tant que droit d'un État lésé au paragraphe 1 de l'article 42. Premièrement, il considérait qu'un État était responsable des conséquences directes ou immédiates de son comportement, nonobstant l'existence de causes concomitantes, et n'était pas d'accord sur ce point avec le commentaire de l'article 42. Dans cet esprit, il a proposé une disposition simple, conscient de ce que le problème du préjudice indirect ne pouvait être réglé qu'à travers l'application des règles propres aux faits donnés et que les différents systèmes juridiques l'abordaient de différentes manières. Deuxièmement, le Rapporteur spécial a fait observer que le paragraphe 3 de l'article 42 avait soulevé de la part de certains gouvernements de vives critiques. Le principe fondamental, à savoir celui énoncé dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*[31], était que l'État responsable devait réparer les conséquences de son fait illicite et, dans la mesure où il supposait l'existence d'un lien de causalité « direct et pas trop lointain », il n'y avait aucune raison de craindre que cette obligation ne prive l'État en question de ses propres moyens de subsistance. La situation de l'État responsable pourrait influer sur la forme que la réparation pourrait revêtir, le moment où elle pourrait intervenir et les modalités selon lesquelles elle pouvait intervenir. En outre, dans des cas extrêmes, comme dans l'affaire de l'*Indemnité russe*[32], il se pourrait qu'un État soit contraint de différer le versement de l'indemnisation jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'y procéder. Mais, hormis le cas des demandes de réparation exigées à la fin de la première guerre mondiale, qui furent un échec, il n'existait aucun précédent qui justifie de prévoir une limite de ce genre. C'est pourquoi le Rapporteur spécial a proposé de supprimer le paragraphe 3 de l'article 42 et de traiter des problèmes liés aux différentes formes spécifiques de réparation au chapitre II. Troisièmement, le Rapporteur spécial a proposé de supprimer le paragraphe 4 de l'article 42, dès lors que le principe qui y était énoncé l'était déjà à l'article 4. Il a donc proposé que le principe général de la réparation énoncé à l'article 37 *bis* soit incorporé au chapitre premier de la deuxième partie[33].

e) *Autres conséquences juridiques découlant du droit international coutumier (article 38)*

80. Le Rapporteur spécial s'est déclaré sceptique, pour deux raisons, quant à l'utilité de l'article 38[34]. Premièrement, le principe de la *lex specialis* voulait que les conséquences d'une violation soient régies par les règles spécifiques du droit conventionnel ou du droit international coutumier applicable. Deuxièmement, la Commission n'avait pas recensé d'autres conséquences générales d'une violation au regard du droit international que celles énumérées dans la deuxième partie. Il était fait état, dans le commentaire, de deux conséquences d'un fait illicite, mais aucune d'elles n'avait de rapport avec le sujet de la responsabilité. Si la Commission devait déterminer avec précision d'autres conséquences d'un fait internationalement illicite dans le cadre de la responsabilité des États, elle devrait alors chercher à indiquer en quoi elles consistaient. Le seul argument en faveur du maintien de l'article 38 était le principe général de droit énoncé dans la maxime *ex injuria jus non oritur*, selon lequel lorsqu'un État avait commis un fait illicite, il ne pouvait invoquer ce fait pour se sortir d'une situation donnée. La CIJ avait cité ce principe dans l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros*[35], en en tirant des conséquences particulières au regard de l'extinction des traités plutôt que de la responsabilité, mais il était possible de concevoir que des obligations juridiques puissent naître dans des contextes spécifiques sous l'effet du principe *ex injuria jus non oritur*.

81. À propos de son emplacement, le Rapporteur spécial a estimé que, s'il était maintenu, l'article 38 devrait demeurer dans la deuxième partie parce qu'il touchait à d'autres conséquences d'une violation, contrairement aux

[29] Voir *supra* note 19.

[30] Deuxième rapport (*Annuaire… 1970*, vol. II, A/CN.4/233), p. 189.

[31] *Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I série A n° 9*.

[32] *Indemnité russe (Russie c. Turquie)*, sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (numéro de vente : 61.V.4), p. 421.

[33] Le texte de l'article 37 *bis* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 37* bis. – *Réparation*

1. Un État auquel est imputable un fait internationalement illicite est tenu à la réparation intégrale de ses conséquences.

2. La réparation intégrale élimine les conséquences du fait internationalement illicite sous forme de restitution en nature, indemnisation, satisfaction, soit séparément, soit en combinaison, conformémenet aux dispositions des articles suivants. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir son troisième rapport, par. 23 à 43.

[34] Le texte de l'article 38 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 38. – Conséquences diverses d'un fait internationalement illicite*

Les règles du droit international applicables continuent de régir les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État qui ne sont pas énoncées dans les dispositions de la présente partie. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, ibid., par. 60 à 65.

[35] *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 7.

clauses de sauvegarde énoncées aux articles 37 et 39, lesquels pourraient être incorporés dans une quatrième partie consacrée aux dispositions générales.

5. Résumé du débat sur la deuxième partie

Chapitre premier. – Principes généraux

a) *Disposition liminaire précisant le contenu de la responsabilité internationale (article 36)*

82. Le nouveau libellé proposé pour l'article 36, qui stipulait dûment que la responsabilité internationale entraînait des conséquences juridiques, a recueilli un large appui. Il a été cependant fait observer aussi que le texte de l'article 36 soulevait le même problème que le titre de la deuxième partie, dès lors que la deuxième partie *bis* elle aussi traitait des conséquences d'un fait internationalement illicite. Le titre de l'article 36 a suscité des critiques en ce sens qu'il ne correspondrait pas au contenu de la disposition elle-même. Il a été par ailleurs proposé que, dans le texte français, le membre de phrase « est engagée par un fait » soit remplacé par le membre de phrase « est engagée à raison d'un fait », car la responsabilité d'un État ne saurait être engagée *par* le fait lui-même.

b) *Le principe général de la cessation (article 36* bis*)*

83. L'article 36 *bis* proposé par le Rapporteur spécial a été approuvé, en particulier pour la raison exposée au paragraphe 50 de son rapport. De même, on a soutenu l'idée d'une disposition unique liant les notions connexes de cessation et d'assurances et garanties de non-répétition. Selon une opinion cependant, ces trois notions, bien qu'analogues à certains égards, étaient distinctes et devraient faire l'objet d'articles distincts.

84. Il a été proposé de remplacer l'intitulé du nouvel article 36 *bis* proposé par le titre « Cessation et non-répétition », parce que la cessation et les assurances ou garanties de non-répétition étaient deux notions différentes. On a relevé aussi que l'intitulé de l'article 36 *bis* n'était pas satisfaisant parce qu'il ne se référait pas à la continuité de la validité de l'obligation violée.

85. S'agissant du paragraphe 1, il a été jugé important de réaffirmer que l'obligation internationale primaire, même en cas de violation, continuait d'être en vigueur et devait être exécutée par l'État considéré.

86. Il conviendrait, à l'alinéa *a* du paragraphe 2, de souligner le lien avec les obligations primaires plutôt que la continuité des conséquences de l'illicéité, comme envisagé dans le texte de l'article 36 proposé par la France[36]. D'autre part, il conviendrait d'éviter de parler dans le texte de la cessation du fait internationalement illicite « si le comportement illicite se poursuit », parce que non seulement la notion de fait illicite continu était en soi difficile à déterminer et à utiliser, mais encore parce que l'obligation de cessation s'appliquait aussi lorsqu'une série de faits instantanés était en cause. Le Rapporteur spécial est convenu que la notion en question n'était pas liée exclusivement à celle de fait illicite continu : en effet, on pouvait se trouver en présence d'une série de violations individuelles qui n'étaient pas des violations continues mais une succession de violations dans cette série. De telles violations n'en appelaient pas moins une demande de cessation et peut-être des assurances et garanties de non-répétition.

c) *Assurances et garanties de non-répétition (suite de l'article 36* bis*)*

87. On a souscrit à l'idée d'incorporer dans le projet d'articles une disposition sur le devoir de donner des assurances et des garanties de non-répétition, parce qu'il était des cas où les risques de répétition étaient réels et où les pays ne pourraient s'en tirer tout simplement en s'excusant chaque fois. On a exprimé l'avis qu'il était nécessaire de prévoir des assurances et garanties de non-répétition appropriées, tout en reconnaissant qu'elles ne seraient pas possibles dans tous les cas. Par exemple, une garantie de non-répétition s'imposerait tout particulièrement dans le cas d'une violation commise en employant la force, afin de rassurer la victime de la violation. Du point de vue du droit, donner une garantie de non-répétition constituerait un engagement supplémentaire qui s'ajouterait à l'engagement initial qui avait été violé. On a souligné qu'une telle garantie pouvait revêtir diverses formes, par exemple la forme d'une déclaration devant un tribunal, qui pouvait ou non être incorporée dans la décision du tribunal, ou la forme d'une déclaration diplomatique, qui ne serait pas faite nécessairement au cours de la procédure. Il a été estimé que le rapport prouvait raisonnablement l'existence d'une pratique des États pour justifier l'inclusion à l'article 36 *bis* de la notion d'assurances et garanties de non-répétition. D'autre part, l'attention a été appelée sur certaines mesures figurant dans des traités de paix signés après la seconde guerre mondiale et sur la décision prise récemment par le Groupe spécial de règlement des différends de l'OMC sur l'article 301 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis[37].

88. D'autres membres se sont interrogés sur la nécessité de maintenir une disposition sur des assurances et garanties de non-répétition appropriées. Tout en reconnaissant que, dans la pratique diplomatique quotidienne, les gouvernements donnaient souvent ce genre d'assurances, on a fait observer qu'il était douteux qu'une déclaration dans ce sens faite sous forme d'engagement politique ou moral puisse être tenue pour une conséquence juridique de la responsabilité. On a donc considéré que la disposition en question n'avait aucune utilité sur le plan juridique et qu'elle pourrait être supprimée. Certains membres ont aussi émis l'avis que la pratique des États était trop peu abondante pour justifier la concrétisation de cette idée sous forme de règle de droit. On a fait observer qu'il n'existait pas de cas où des tribunaux avaient donné des assurances et garanties de non-répétition. On s'est aussi interrogé sur la place effective que celles-ci occupaient dans la pratique actuelle des États, parce qu'elles semblaient être un héritage direct de la diplomatie du XIXe siècle.

[36] Voir *supra* note 19.

[37] Voir OMC, rapport du Groupe spécial « États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur » du 22 décembre 1999 (WT/DS152/R), reproduit dans ILM, vol. 39, mars 2000, p. 452.

89. Le Rapporteur spécial a répondu qu'au XIXe siècle des cas s'étaient produits dans lesquels des demandes de garanties et d'assurances avaient été formulées et mises en œuvre de façon contraignante. Mais il existait des exemples récents de garanties et d'assurances fournies sous forme de déclaration devant un tribunal et de demandes de garanties et d'assurances faites sans contrainte. De plus, comme les détracteurs de la notion eux-mêmes l'admettaient, il était fréquent, dans la pratique des États, par exemple que l'État accréditant donne à l'État accréditaire des assurances et garanties concernant la sécurité des locaux diplomatiques.

90. On a exprimé l'avis que, dans le cas où une loi interne obligeait des organes étatiques à agir d'une manière incompatible avec le droit international, c'était l'application de cette loi, et non la loi elle-même, qui constituait une violation du droit international. Des assurances et garanties de non-répétition pouvaient être un moyen d'obliger un État à mettre son comportement en conformité avec le droit international, par exemple en abrogeant ou en modifiant la loi en question. On a cependant noté aussi que la responsabilité de l'État pouvait être engagée à raison de l'adoption d'une loi, par exemple une loi organisant un génocide ou une loi donnant aux forces de police le pouvoir de commettre des actes de torture. On a fait valoir aussi que des assurances et garanties de non-répétition étaient nécessaires dans les cas où les lois d'un État et leur application donnaient lieu à de graves violations qui, sans être continues, étaient récurrentes. Le Rapporteur spécial a noté qu'il s'agissait là d'un sujet extrêmement délicat parce qu'il touchait au rapport entre le droit international et le droit interne. Généralement, la simple existence dans le droit interne de dispositions susceptibles dans certaines circonstances de donner lieu à une violation ne constituait pas en soi une violation du droit international, parce que, notamment, les dispositions en cause pouvaient être appliquées d'une manière compatible avec le droit international.

91. Il a été fait observer que l'adéquation et l'applicabilité des assurances et garanties de non-répétition variaient considérablement selon le contexte considéré et que, en conséquence, le libellé de l'alinéa *b* du paragraphe 2 devrait être très souple et général. Il a été reconnu que remplacer les mots « le cas échéant » par l'expression « si les circonstances l'exigent », comme proposé par la République tchèque à la Sixième Commission, limiterait le champ d'application de la disposition. On a fait valoir aussi que les assurances et garanties de non-répétition devraient être fonction de deux paramètres : la gravité de la violation et la probabilité de sa répétition. Le Rapporteur spécial est convenu qu'il serait utile de clarifier la notation d'assurances et garanties de non-répétition et de faire état dans le commentaire de la question de la gravité de la violation et du risque de répétition.

d) *Le principe général de la réparation (article 37* bis *et paragraphes 3 et 4 de l'article 42)*

92. L'article 37 *bis* proposé par le Rapporteur spécial a été appuyé.

93. Il a été relevé que la question de la réparation était liée à l'intention sous-jacente au fait illicite, dès lors qu'un fait illicite délibéré n'entraînait pas pour l'État auteur le même degré de responsabilité qu'un fait illicite résultant d'une simple négligence. On a souscrit à l'idée de prendre en considération à l'article 37 *bis* l'élément de l'intention.

94. Selon une opinion exprimée à propos du paragraphe 1, il n'était pas logique de parler, dans la deuxième partie du projet d'articles, des conséquences d'un fait internationalement illicite : cette conséquence était la responsabilité elle-même, et il s'agissait dans la deuxième partie des conséquences découlant à leur tour de la responsabilité. Il a été suggéré de reformuler le paragraphe, suivant un libellé du genre « Un État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu à la réparation intégrale des conséquences de ce fait ». Il a été aussi suggéré de le remplacer par le texte suivant : « Un État internationalement responsable est tenu à la réparation intégrale des conséquences du fait internationalement illicite qu'il a commis ».

95. L'avis a été exprimé que la référence faite au paragraphe 1 à la « réparation intégrale » était sujette à caution pour les raisons suivantes : l'objectif n'était pas la réparation intégrale, mais une réparation aussi étendue que possible afin de remédier aux conséquences du fait illicite; la réparation intégrale n'était possible que dans le cas de contrats purement commerciaux où les dommages étaient quantifiables; l'obligation de réparation pouvait évoluer constamment en fonction des circonstances de l'espèce et si la partie lésée ne prenait pas les mesures voulues pour atténuer les dommages, comme l'illustrait l'affaire du *Zafiro*[38]; et il importait de tenir compte de l'aptitude de l'État responsable à payer, car un État ne devait pas être ruiné. En réponse à l'idée que l'atténuation des dommages, si elle n'intervenait pas, entraînait logiquement une réduction de la réparation, l'avis a été émis qu'en fait l'atténuation conduisait à une réduction des dommages donnant lieu à réparation. Il a été déclaré en outre que le fait qu'il était difficile de quantifier la réparation dans un cas donné ne signifiait pas que les règles n'étaient pas valides. Il a été par ailleurs jugé déraisonnable d'abandonner la notion de réparation intégrale, car celle-ci n'avait pas soulevé de critiques de la part des gouvernements et que la Commission devrait se polariser moins sur la situation de l'État auteur que sur le préjudice subi par un État à raison du fait illicite d'un autre État.

96. Les mots *flowing from that act* figurant au paragraphe 1 de l'article 37 *bis* du texte anglais ont été interprétés comme visant à introduire un lien de causalité entre le fait, d'une part, et le dommage ou préjudice, d'autre part, sans mentionner effectivement ces derniers. Le mot *flowing* n'était pas très clair, et il serait en outre préférable d'employer le membre de phrase *reparation for all the consequences of that wrongful act* (« réparation de toutes les conséquences de ce fait illicite »).

97. L'avis a été exprimé que l'obligation de réparation ne s'étendait pas aux effets indirects ou lointains d'une violation, par opposition aux effets directs ou immédiats. Il a été en outre déclaré que le critère d'origine coutu-

[38] *D. Earnshaw and others (Great Britain)* v. *United States*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente : 1955.V.3), p. 160.

mière de l'existence d'un lien de causalité suffisant entre le comportement et le préjudice devrait s'appliquer à l'indemnisation tout autant qu'au principe de la réparation. De même, on a dit que seules les conséquences directes ou immédiates, et non toutes les conséquences d'une infraction, devraient donner lieu à une réparation intégrale. À propos du caractère direct du préjudice, la chaîne de causalité, ou de « transitivité », devait être directe et ininterrompue; en revanche, la cause pouvait ne pas être immédiate. Tôt ou tard, la Commission devrait procéder à une étude générale de la causalité. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'application de la notion de « préjudice indirect » dépendait du contexte juridique considéré et aussi des faits eux-mêmes. Il a noté par ailleurs qu'il y avait accord sur la nécessité d'approfondir la réflexion sur la question du préjudice direct ou immédiat dans le contexte de l'article 37 *bis*.

98. L'opportunité d'établir ou non un ordre de priorité entre les modes de réparation énumérés au paragraphe 2 a suscité des observations diverses. Certains membres se sont inquiétés de voir que la restitution en nature était sur le même plan que d'autres formes de réparation, à savoir l'indemnisation et la satisfaction. L'attention a été appelée sur l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, dans laquelle la priorité avait été accordée à la restitution en tant que mode de réparation le mieux indiqué en ce qu'elle permettait de rétablir autant que possible la situation qui existait avant la violation[39]. Selon une opinion inverse, la restitution n'était pas une conséquence générale d'un fait illicite, mais plutôt un mode de réparation facultatif dont l'applicabilité dépendait des règles primaires, c'est-à-dire du contexte juridique considéré, lesquelles détermineraient si le mode de réparation approprié était l'indemnisation ou la restitution. Le Rapporteur spécial a fait observer que l'article 37 *bis* ne privilégiait ni la restitution ni l'indemnisation, alors que l'article 43, sous sa forme actuelle, faisait de la restitution le mode de réparation premier. Il entendait revenir sur cette question dans le contexte de l'examen de l'article 43.

99. On a fait valoir avec préoccupation à propos du paragraphe 2 que, s'il était vrai que la réparation intégrale pouvait effacer les conséquences juridiques du fait internationalement illicite, il n'en demeurait pas moins que ses conséquences matérielles ou factuelles pouvaient subsister : en effet, la réparation ne visait pas dans tous les cas à effacer les conséquences du fait; parfois elle visait à compenser le préjudice subi à raison du fait. Il a donc été proposé de modifier l'expression « éliminer les conséquences ». Néanmoins, la proposition visant à remplacer le mot « éliminer » par une autre expression a été jugée peu satisfaisante, car l'idée était d'effacer les conséquences du fait illicite et non le fait lui-même, ce qui était manifestement impossible, et la nouvelle formulation ne rendrait plus l'idée originale.

100. Des vues divergentes ont été exprimées à propos du maintien, dans le cadre de la réparation visée à l'article 37 *bis*, de la disposition du paragraphe 3 de l'article 42, selon laquelle la réparation ne devait pas avoir pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance. Certains membres se sont déclarés favorables au maintien de cette disposition, qui revêtait une importance capitale pour les pays en développement. On a noté que l'article 37 *bis* ne reprenait pas la disposition du paragraphe 3 de l'article 42, à propos de laquelle des gouvernements avaient soulevé des objections au motif que des États pourraient l'invoquer abusivement pour se soustraire à leurs obligations juridiques et qu'elle pourrait éroder le principe de la réparation intégrale. Parallèlement, on a estimé que cette disposition était valide en droit international. À cet égard, l'attention a été appelée sur les effets que les réparations de guerre exigées de l'Allemagne après la première guerre mondiale avaient eus sur le Traité de paix conclu avec le Japon. De même, l'attention a été appelée sur certaines législations nationales, prévoyant l'exemption de saisie pour des biens de première nécessité. On a fait observer que le problème pouvait être réglé en invoquant les circonstances excluant l'illicéité, comme suggéré au paragraphe 41 du rapport. On a noté par ailleurs que le Traité d'État portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique contenait une disposition comparable sur la protection des moyens de subsistance. On s'est demandé si le cas du Japon cité pouvait relever de l'article 33, relatif à l'état de nécessité. Mais l'article 33 a été jugé insuffisant, parce qu'il traitait d'une circonstance excluant l'illicéité d'un fait donné, alors que le paragraphe 3 de l'article 42 concernait non pas l'illicéité mais l'aspect humanitaire lié à la remise d'une dette et à la restauration de la paix à l'issue d'un conflit. L'avis a été émis que la disposition n'était pas applicable à la réparation intégrale, mais qu'elle l'était à l'indemnisation. On a aussi fait observer que cette question devrait être revue dans le cadre de l'examen des contre-mesures.

101. Selon le Rapporteur spécial, la situation n'était couverte ni par l'état de nécessité ni par la détresse, qui étaient davantage des motifs de report du versement de l'indemnisation que des motifs d'annulation d'obligations. Ce qui s'était passé lors du Traité de paix conclu avec le Japon était que les puissances alliées, pour diverses raisons, y compris le souvenir des terribles erreurs commises à la fin de la première guerre mondiale, avaient décidé de ne pas insister sur le versement de réparations. Dans un certain sens, il s'agissait d'un acte de générosité, et ce qu'elles avaient donné leur avait été rendu au centuple depuis lors. Mais cela voulait dire aussi qu'il était inutile d'insister pour obtenir réparation si celle-ci devait avoir pour effet de réduire l'État qui devait la payer à la mendicité. Des situations aussi extrêmes posaient un problème qui n'était pas envisagé par les circonstances excluant l'illicéité. Le problème auquel la Commission devait faire face était que le libellé du paragraphe 3 de l'article 42, repris de traités relatifs aux droits de l'homme, était là pour exprimer cette préoccupation dans les cas extrêmes. D'autre part, un certain nombre de gouvernements de diverses régions du monde avaient critiqué cette disposition au motif qu'elle se prêtait à des abus. La Commission admettait, spécialement dans le cas des contre-mesures mais aussi pour ce qui était de l'ampleur de la réparation, que des problèmes puissent se poser et qu'exiger que le préjudice soit direct ne suffisait pas à cet égard. Le Comité de rédaction devrait examiner s'il était possible de refléter cette préoccupation d'une manière ou d'une autre. Le Rapporteur spécial est convenu aussi que

[39] *Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47.

la Commission devrait revenir, lors de l'examen de la question des contre-mesures, sur les limites envisagées au paragraphe 3 de l'article 42.

102. Le paragraphe 4 de l'article 42 a été jugé superfétatoire compte tenu du paragraphe 1 de l'article 4. Selon une opinion opposée, l'article 4 n'englobait pas les cas visés au paragraphe 4 de l'article 42 et il serait donc plus sage de maintenir celui-ci, ou à défaut d'élargir la portée de l'article 4.

e) *Autres conséquences juridiques découlant du droit international coutumier (article 38)*

103. Certains membres ont émis l'avis que l'article 38 devrait être maintenu. Son champ d'application ne devrait pas être limité aux règles du droit international coutumier, des règles issues d'autres sources pouvant être aussi pertinentes. En revanche, d'autres membres sont convenus avec le Rapporteur spécial que l'article 38 n'apportait rien quant au fond et qu'il pourrait donc être supprimé sans peine.

104. Un certain nombre de suggestions ont été formulées à propos de cette disposition. Le titre pouvait être amélioré, en remplaçant les mots « conséquences diverses » par les mots « autres conséquences », car les mots « conséquences diverses » englobaient aussi les conséquences énumérées dans les articles précédents. De même, la disposition pourrait être reformulée en des termes positifs, de manière à indiquer à l'aide d'exemples certaines des conséquences juridiques qui n'avaient pas été énoncées, au lieu d'essayer de renvoyer à l'ensemble des conséquences prévues dans le droit coutumier et d'incorporer une clause de sauvegarde qui tiendrait compte de tout ce qui aurait pu être omis. En outre, il a été suggéré de libeller une clause de sauvegarde de ce type sur le modèle de l'article 73 de la Convention de Vienne de 1969, ou alors de renvoyer à cet article dans le commentaire. Il a été également suggéré de faire état, dans la quatrième partie ou dans une partie consacrée aux règles de droit relatives expressément aux conséquences du fait illicite *(lex specialis)*, des conséquences qui ne relevaient pas du droit de la responsabilité des États, par exemple le droit de mettre fin à un traité qui avait fait l'objet d'une violation substantielle ou le fait qu'un État occupant un territoire par la force n'était pas en droit de prétendre aux prérogatives qui s'attachaient à la possession d'un territoire. Il a été enfin suggéré de fondre les articles 38 et 37 *(lex specialis)* en une disposition unique.

105. Certains membres se sont demandé si l'incorporation de l'article 38 dans la deuxième partie n'en limitait pas l'application. Un certain nombre de suggestions ont été formulées aussi sur ce point, notamment : renvoyer, à l'article 38, aux première et deuxième parties; incorporer la disposition dans la partie consacrée aux dispositions générales de manière à indiquer ainsi qu'elle s'appliquait à l'ensemble du projet d'articles; ou l'incorporer dans le préambule par analogie avec d'autres conventions. La suggestion tendant à incorporer cette disposition dans un préambule a suscité des observations diverses, ainsi que des préoccupations en ce sens que le projet d'articles pourrait ne pas revêtir la forme d'une convention et que la disposition pourrait soulever des problèmes au regard des autres articles.

106. Le Rapporteur spécial a relevé que le maintien de l'article 38, sous une forme ou sous une autre, semblait recueillir un appui général. Il appartiendrait au Comité de rédaction de décider s'il figurerait dans la deuxième partie ou dans la quatrième partie.

6. Conclusions du Rapporteur spécial sur le chapitre premier

107. Résumant le débat sur les articles 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38, le Rapporteur spécial a noté que la Commission avait bien progressé sur de nombreux points, même si un certain nombre de questions demeuraient, qui seraient tranchées en définitive lors de l'examen d'autres aspects de son troisième rapport.

108. Se référant aux différents articles qu'il avait proposés, le Rapporteur spécial a noté que le débat qui s'était tenu sur le libellé du titre aussi bien de la deuxième partie que des différents articles avait été utile. Il appartenait désormais au Comité de rédaction d'examiner toutes les propositions de forme qui avaient été formulées. Il semblait généralement admis que les quatre articles en question devraient être renvoyés au Comité de rédaction et qu'ils devraient être maintenus quelque part dans le projet d'articles. À cet égard, le Rapporteur spécial a déclaré avoir été persuadé de la nécessité de maintenir l'article 38, soit dans la quatrième partie, soit dans le préambule, selon les propositions que le Comité de rédaction ferait sur ce point.

109. De même, il était généralement admis que l'article 36 *bis* devrait énoncer le principe général de la cessation, et l'article 37 *bis* celui de la réparation, de manière à assurer un équilibre à l'intérieur du chapitre premier. D'intéressantes observations de forme avaient été faites, et il avait été souligné notamment à propos de l'article 36 *bis* que le problème de la cessation et surtout celui des assurances et garanties de non-répétition se posaient non seulement dans le cadre d'un fait illicite continu mais aussi dans celui d'une série de faits dont on pensait qu'ils auraient probablement un caractère de continuité, même si chacun d'entre eux pouvait être appréhendé individuellement. Il appartiendrait au Comité de rédaction de voir si la référence, faite à l'alinéa *a* du paragraphe 2, à la poursuite du comportement illicite s'imposait.

110. L'alinéa *b* du paragraphe 2 visant les assurances et garanties de non-répétition, il conviendrait peut-être de modifier en conséquence le titre de l'article tel qu'adopté en première lecture, qui était « Cessation ». Quant au maintien de cet alinéa lui-même, des vues divergentes avaient été exprimées. Il ressortait cependant sans ambiguïté du débat que la majorité des membres de la Commission y était favorable. Il y avait lieu de rappeler qu'aucun gouvernement n'avait proposé de supprimer l'article 46 tel qu'adopté en première lecture, même s'il avait été suggéré de le déplacer. Répondant aux observations selon lesquelles il n'existerait pour ainsi dire pas d'exemples de garanties de non-répétition données devant un tribunal, le Rapporteur spécial a admis qu'ils étaient

très peu nombreux; en revanche, ils étaient courants dans la pratique diplomatique. Il a fait observer cependant que la sentence rendue par le Secrétaire général dans l'affaire du *Rainbow Warrior*[40] renfermait certains éléments qui pouvaient être perçus comme entrant dans la catégorie d'assurances et de garanties de non-répétition. Comme il avait été noté précédemment, le projet d'articles relevait essentiellement des relations entre États, mais il n'en était pas moins vrai que les tribunaux pourraient avoir à en appliquer les dispositions si le problème ne pouvait pas être réglé par la voie diplomatique. Il était vrai que fréquentes étaient les assurances et garanties de non-répétition données par des gouvernements en réponse à une violation d'une obligation, même si le fait internationalement illicite n'était pas continu. Le Comité de rédaction pourrait remanier le libellé de l'alinéa, compte tenu de la proposition de la République tchèque[41] visée au paragraphe 56 du troisième rapport et en faisant mention peut-être de la gravité du comportement illicite et de la probabilité de sa répétition, en s'inspirant de l'article correspondant adopté en première lecture.

111. L'article 37 *bis* avait soulevé plusieurs difficultés, s'agissant en particulier de l'expression « réparation intégrale ». On s'était demandé si elle devait être maintenue. Dans la mesure où elle figurait dans le texte original de l'article et qu'elle n'avait pas fait l'objet de critiques particulières de la part des gouvernements, il serait préférable de la maintenir. Force était cependant de reconnaître qu'un problème d'équilibre se posait. La mise en cause du maintien de la disposition tenait compte presque exclusivement du point de vue de l'État responsable, mais, comme il avait été souligné, la Commission devait aussi tenir compte des préoccupations de l'État victime du fait internationalement illicite. Il était vrai que dans des cas extrêmes l'obligation de réparation intégrale pouvait effectivement réduire l'État responsable à la misère. Des mesures de sauvegarde pourraient donc s'imposer pour faire face à cette situation, sans que cela remette en cause le principe de la réparation intégrale. À propos des mots « élimine les conséquences » figurant au paragraphe 2 de l'article 37 *bis*, il avait été souligné à juste titre qu'il était impossible d'éliminer totalement les conséquences d'un fait internationalement illicite. D'ailleurs, dans son arrêt sur l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, la CPJI avait indiqué que la réparation devait « autant que possible » effacer les conséquences du fait illicite[42]. Il appartiendrait donc au Comité de rédaction de déterminer si cette expression pouvait être incluse pour qualifier les termes « réparation intégrale » ou si la question devait être traitée dans le commentaire.

112. Un accord général s'était dégagé sur la notion de causalité qu'impliquait la notion de réparation, et sur la nécessité par conséquent de l'exprimer. Sur ce point également, il appartiendrait au Comité de rédaction de déterminer si cette notion était formulée correctement au paragraphe 1 de l'article 37 *bis*.

113. Le maintien de l'article 38 avait recueilli un appui quasi général, mais des divergences d'opinions avaient été exprimées quant à son emplacement. Le Comité de rédaction pourrait déterminer s'il conviendrait de l'inclure dans la quatrième partie proposée.

7. Présentation par le Rapporteur spécial de la question du droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État (article 40 *bis*)

114. Le Rapporteur spécial a noté que l'article 40 posait des problèmes à divers égards. Dans le cas de pluralité d'États lésés, il ne reconnaissait pas à chacun d'eux le droit de réclamer la cessation et ne faisait pas de distinction entre les droits à cessation et à réparation pour ces États, qui pouvaient être différemment atteints par la violation, matériellement ou autrement. Tel qu'il était rédigé, il exposait des exemples plus que des concepts, d'où une certaine confusion et des chevauchements. Sur le chapitre des obligations multilatérales, en particulier, il traitait de toute une série de concepts sans les distinguer, surtout aux alinéas *e* et *f* du paragraphe 2 et au paragraphe 3, ni indiquer comment ils étaient liés entre eux. Le Rapporteur spécial a relevé que les dispositions du paragraphe 3 étaient redondantes dans le contexte de l'article 40, car en cas de crime international, au sens de la définition retenue dans le projet, les conditions prévues par d'autres paragraphes de l'article 40 auraient déjà été remplies. Les aspects du problème qui étaient actuellement traités par les articles 19 et 51 à 53 demanderaient à être réglés ultérieurement par de nouvelles dispositions.

115. Le Rapporteur spécial voyait deux manières possibles d'envisager l'article 40 : soit donner une définition simple, qui aurait pour effet de renvoyer aux règles primaires ou au fonctionnement général du droit international pour résoudre les questions se rapportant à l'identification de personnes (ce qui serait une version assez extrême mais défendable de la distinction entre règles primaires et règles secondaires), soit expliquer plus précisément comment la responsabilité fonctionnait lorsque le dommage aurait été causé à une pluralité d'États ou à la communauté internationale dans son ensemble. Il a proposé à la Commission de retenir la première formule pour les obligations bilatérales, en se contentant d'indiquer dans une unique disposition qu'aux fins du projet d'articles un État serait lésé par un fait internationalement illicite d'un autre État s'il était individuellement le bénéficiaire de l'obligation violée. Les dispositions compliquées des alinéas *a*, *b*, *c* et *d* du paragraphe 2 de l'article 40 seraient inutiles puisque le droit international dirait quand les obligations bilatérales étaient applicables. En revanche, comme c'était dans ce contexte que se posait le véritable problème, il a proposé une solution plus élaborée et plus argumentée pour les obligations multilatérales, pas tant les obligations envers plusieurs États qu'une obligation unique à l'égard d'un groupe d'États, de tous les États ou de la communauté internationale dans son ensemble.

116. Le Rapporteur spécial a observé qu'étaient apparues, à une époque relativement récente, des catégories

[40] *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du* Rainbow Warrior, sentence du 30 avril 1990, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), p. 215.

[41] Voir *supra* note 19.

[42] Voir *supra* note 39.

d'obligations dont un groupe d'États pouvait en un sens être bénéficiaire et dont la violation entraînait des conséquences qui n'étaient pas seulement bilatérales, évoquant à ce propos notamment l'affaire de la *Barcelona Traction*[43]. À son sens, il y avait lieu d'adopter trois catégories distinctes d'obligations multilatérales : tout d'abord, les obligations, uniques en chaque cas, envers la communauté internationale dans son ensemble, *erga omnes*, deuxièmement, les obligations envers toutes les parties à un régime particulier, *erga omnes partes*, et troisièmement, les obligations envers certains ou plusieurs États, mais à l'exécution desquelles des États particuliers étaient reconnus avoir un intérêt juridique. Le Rapporteur spécial a insisté sur la nécessité de distinguer entre les différents États atteints différemment par une violation dans le cadre de la responsabilité des États, ainsi qu'il l'exposait aux paragraphes 108 et suivants de son troisième rapport. Il a aussi appelé l'attention sur la question des réactions qui seraient acceptables de la part des « États lésés » : celle-ci était traitée au tableau 2 (par. 116) de son rapport.

117. Pour la reformulation de l'article 40, la Commission devrait s'inspirer de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, qui distinguait entre les cas où un État partie particulier était spécialement atteint par une violation et ceux où la violation substantielle d'une « obligation intégrale » par l'une des parties modifiait radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution de ses obligations. Autre aspect de la formulation de l'article 40, il faudrait aussi envisager la situation où tous les États parties à une obligation étaient reconnus avoir un intérêt juridique à son exécution. Le Rapporteur spécial ne voyait aucune raison de le stipuler expressément, ni de le limiter aux traités multilatéraux comme le faisait l'article 40 adopté en première lecture.

118. Le Rapporteur spécial a proposé un article 40 *bis*[44], en indiquant qu'il serait logique de faire figurer cette disposition dans une nouvelle partie sur l'invocation de la responsabilité.

8. Résumé du débat sur la question du droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État (article 40 *bis*)

a) *Remarques générales*

119. De l'avis général, l'article 40 adopté en première lecture était insatisfaisant à plusieurs égards, comme le Rapporteur spécial le faisait observer au paragraphe 96 de son rapport et ainsi qu'il ressortait du résumé thématique des débats de la Sixième Commission sur cet article[45].

120. Plusieurs membres se sont félicités de la proposition d'article 40 *bis* du Rapporteur spécial, qui marquait un très grand progrès sur plusieurs points, à savoir : la distinction faite entre les différents types d'obligation pour identifier l'État lésé et la reconnaissance d'un éventail plus large d'obligations internationales, et notamment des obligations *erga omnes*; la distinction établie entre les États lésés et les États ayant un intérêt juridique à l'exécution d'une obligation; enfin, l'accent mis sur le droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État et la place centrale faite aux problèmes de qualité des États pour invoquer la responsabilité dans le cas d'obligations multilatérales et à la question de la mesure dans laquelle les États différemment atteints pourraient invoquer les conséquences juridiques de la responsabilité d'un État. Cependant, un certain nombre de membres considéraient que divers aspects de cette proposition demandaient à être clarifiés ou développés, ainsi qu'il est indiqué ci-dessous.

i) *Définition de l'État lésé*

121. Selon un point de vue, le projet d'articles devait comprendre une définition de l'État lésé. Remarque a été faite que de nombreux gouvernements avaient relevé l'importance d'une telle disposition, qui permettrait de trouver un juste équilibre entre les notions d'« État lésé », d'« État auteur d'un fait illicite » et d'« État ayant un intérêt juridique ». Toutefois, selon un autre point de vue, l'élaboration d'une définition exhaustive de l'« État lésé » soulèverait des difficultés considérables parce que la matière était extrêmement technique et complexe et qu'il n'était pas possible de se fonder simplement sur le droit coutumier. Il faudrait donc préférer une définition globale, mais qui suive l'orientation générale proposée par le Rapporteur spécial plutôt que celle qui avait été adoptée en première lecture.

ii) *Obligations* erga omnes

122. Aux yeux de certains membres, la catégorie des obligations *erga omnes* devait être réservée aux droits fondamentaux de l'être humain découlant du droit international général et non pas simplement d'un régime conventionnel particulier, conformément à l'arrêt de la CIJ

[43] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.

[44] Le texte de l'article 40 *bis* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 40* bis. – *Droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État*

1. Aux fins du présent projet d'articles, un État est lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État si :

a) Il est individuellement le bénéficiaire de l'obligation transgressée; ou si

b) Le bénéficiaire de l'obligation en question est la communauté internationale dans son ensemble *(erga omnes)*, ou un groupe d'États dont il fait partie, et si la transgression de l'obligation :

i) L'atteint spécialement; ou si

ii) Elle porte nécessairement atteinte à la jouissance de ses droits ou à l'exécution de ses obligations.

2. En outre, aux fins du présent projet d'articles, un État a un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation internationale à laquelle il est tenu si :

a) Le bénéficiaire de l'obligation est la communauté internationale dans son ensemble *(erga omnes)*;

b) L'obligation est établie aux fins de la protection des intérêts collectifs d'un groupe d'États, y compris l'État considéré.

3. Le présent article est sans préjudice d'aucun droit découlant de la commission d'un fait internationalement illicite par un État et s'attachant directement à une personne ou une entité quelconque autre qu'un État. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir son troisième rapport, par. 66 à 118.

[45] Voir le résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-quatrième session établi par le Secrétariat (A/CN.4/504), sect. A.

dans l'affaire de la *Barcelona Traction*[46]. D'autres se sont de leur côté déclarés d'avis que les obligations *erga omnes* ne pouvaient pas nécessairement être assimilées aux obligations fondamentales, normes impératives ou règles de *jus cogens*. De plus, quelques-uns ont mis en garde contre la tentation d'établir une distinction entre les droits fondamentaux de l'être humain et les autres droits de l'homme : pareille distinction serait difficile à mettre en pratique et irait à contre-courant de la tendance actuelle, qui était à une approche unifiée des droits de l'homme. Il a été suggéré que, pour définir la notion d'État lésé quand il s'agissait de droits de l'homme, on pourrait peut-être ajouter un critère quantitatif, par opposition au critère qualitatif utilisé pour distinguer les droits fondamentaux des autres droits, afin de ne pas remettre en cause l'unité des droits de l'homme. On a aussi dit qu'il fallait faire une distinction entre les obligations dues individuellement à tous les États constituant la communauté internationale et les obligations qui s'adressaient à cette communauté dans son ensemble.

123. Le Rapporteur spécial a convenu qu'il fallait veiller à ne pas affirmer que tous les droits de l'homme étaient nécessairement des obligations *erga omnes*, et il a cité l'exemple des droits de l'homme énoncés dans des accords régionaux, et même dans certaines dispositions des instruments « universels » relatifs aux droits de l'homme.

iii) *La référence à la communauté internationale*

124. La référence à la communauté internationale figurant aux paragraphes 1 et 2 de l'article 40 *bis* a suscité diverses observations et questions. On a demandé quel était le sens de l'expression « la communauté internationale dans son ensemble » et si elle recouvrait les particuliers et les organisations non gouvernementales. Selon un point de vue, il fallait espérer que la Commission renoncerait à faire figurer des entités privées comme les organisations non gouvernementales parmi les sujets de droit légitimement habilités à invoquer la responsabilité des États. On a dit aussi que la formule « la communauté internationale dans son ensemble » désignait la communauté internationale des États visée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. D'autres membres considéraient que « la communauté internationale dans son ensemble » était un concept plus large.

125. De l'avis d'un membre, les difficultés auxquelles la Commission se heurtait s'expliquaient peut-être en partie par le fait qu'elle examinait les obligations dont la communauté internationale était bénéficiaire, en passant sous silence les institutions existantes de la communauté internationale en tant que telle dans le projet. Par conséquent, la Commission devrait envisager d'y faire figurer une disposition intitulée « Responsabilité de l'État à l'égard de la communauté internationale », dont le texte se lirait comme suit : « S'il transgresse une obligation *erga omnes*, l'État est responsable envers la communauté internationale d'États représentée par les organisations et organismes internationaux universels ».

126. On a aussi dit qu'il paraissait difficile de voir comment le régime de la responsabilité des États pourrait s'appliquer en pratique, étant donné la qualification lâche et théorique du groupe atteint. Certains, en outre, doutaient sérieusement que la communauté internationale fût devenue un sujet de droit international titulaire du droit d'invoquer la responsabilité d'un État qui aurait manqué à ses obligations internationales.

127. Le Rapporteur spécial a observé que c'était la CIJ qui avait forgé la notion d'« obligations envers la communauté internationale dans son ensemble ». Certes, cette notion n'était pas encore tout à fait fixée, mais elle était très généralement admise en doctrine, et l'on ne pouvait guère en faire l'économie. Au surplus, il ne s'agissait pas, dans la deuxième partie et la deuxième partie *bis*, de l'invocation de la responsabilité par des entités autres que les États, et le projet d'articles devrait le préciser. Mais en fait, il se trouvait que les victimes d'atteintes aux droits de l'homme disposaient de certaines procédures pour ce que l'on ne saurait désigner que comme l'invocation de la responsabilité et que parfois des tiers pouvaient agir en leur nom. Une clause de sauvegarde reconnaissant cette possibilité devrait être incorporée dans le projet, et la question laissée à l'application ou l'interprétation des instruments pertinents.

iv) *La question de l'article 19*

128. Plusieurs membres étaient d'avis que la Commission finirait par devoir examiner les questions visées à l'article 40 *bis* dans le cas des « crimes » d'État. Selon une suggestion, les crimes internationaux devraient constituer une catégorie distincte dans le cadre de cet article. Autre suggestion, l'alinéa *b* du paragraphe 1 devrait préciser qu'un fait internationalement illicite d'un État pouvait atteindre « tous les États si l'obligation transgressée [était] essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale »; on pourrait s'appuyer pour cela, peut-être en l'affinant, sur la définition figurant à l'article 19 tel qu'adopté en première lecture. Autre suggestion encore, tous les États devraient être en droit d'invoquer la responsabilité en ce qui concerne toutes ses conséquences, à l'exception peut-être de l'indemnisation, en cas de violation grave. Le principe de la restitution sous la forme du retour au *statu quo ante* revêtait une importance particulière. Les obligations prévues à l'article 53 tel qu'adopté en première lecture s'expliqueraient beaucoup mieux si l'on retenait la notion d'« État lésé » pour tous les États de la communauté internationale en cas de crime. D'autres membres, en revanche, ont signalé que laisser différents États réagir séparément et de différentes manières à un « crime » était le plus sûr moyen de semer l'anarchie et qu'en pareil cas seules des réactions collectives convenaient. Quelques-uns étaient d'avis que pour traiter cette question il n'était ni nécessaire ni souhaitable d'employer le terme « crime » ou toute autre expression établissant une distinction qualitative entre faits illicites.

v) *La structure de l'article 40* bis

129. Diverses suggestions ont été émises visant à subdiviser l'article 40 *bis* en plusieurs articles distincts, par souci de clarté. En particulier, on a fait valoir que diviser

[46] Voir *supra* note 43.

cette disposition en deux articles, consacrés l'un à l'État lésé par un fait internationalement illicite d'un autre État et l'autre à l'État qui avait un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation internationale sans avoir été directement lésé, permettrait d'énoncer plus nettement les conditions et la mesure dans lesquelles un État avait le droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État.

130. Il a été suggéré aussi de subdiviser l'article 40 *bis* en fonction du type d'obligation visé : la première partie traiterait des obligations bilatérales ou multilatérales qui, dans un contexte particulier, donnaient lieu à des relations bilatérales; la seconde traiterait quant à elle des obligations *erga omnes* et il y serait précisé qu'en cas de violation de ces obligations, tous les États étaient fondés à demander la cessation de la violation et des assurances et garanties de non-répétition. Il a été par ailleurs suggéré que la Commission examine la question de savoir si ces États pourraient prétendre à réparation, étant entendu que celle-ci irait au bénéficiaire final, lequel pourrait être un autre État, un particulier, voire la communauté internationale dans son ensemble. On a fait observer que la Commission n'avait pas à déterminer qui serait le bénéficiaire, puisque cette question relevait des règles primaires.

vi) *La place de l'article 40* bis

131. La question de la place de l'article 40 *bis* a suscité des observations diverses, notamment : l'article devrait figurer au chapitre premier de la deuxième partie, de manière à préciser les catégories d'États bénéficiaires des obligations nées d'un fait illicite; il devrait figurer au chapitre premier de la deuxième partie si la Commission entendait préciser les obligations secondaires sans se référer à la notion d'« État lésé »; il devrait figurer dans le chapitre consacré aux principes généraux s'il visait à distinguer deux catégories d'États lésés; ou encore il devrait figurer au début de la deuxième partie *bis*, concernant la mise en œuvre de la responsabilité des États, s'il avait pour objet de préciser quels États avaient le droit d'invoquer la responsabilité d'un État qui aurait commis un fait internationalement illicite.

b) *Intitulé de l'article 40* bis

132. Selon certains membres, l'intitulé de l'article 40 *bis* ne correspondait pas véritablement à sa teneur. En outre, il n'existait pas de lien logique entre les deux premiers paragraphes, qui traitaient successivement de la définition de l'État lésé et des conditions dans lesquelles un État a un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation internationale. Il conviendrait de maintenir l'intitulé proposé par l'article 40 *bis*, en remaniant le corps du texte en conséquence.

c) *Paragraphe 1 de l'article 40* bis

133. Diverses propositions ont été formulées à propos de ce paragraphe. Il a été suggéré de remanier le paragraphe 1 de manière à clarifier la distinction entre d'une part les États lésés et d'autre part les États ayant un intérêt juridique sans être directement lésés, pour permettre à l'article de remplir son office, à savoir déterminer qui pouvait déclencher les conséquences de la responsabilité. Il a été suggéré également de définir les notions d'État lésé et d'État ayant un intérêt juridique avant d'aborder la question de la mise en œuvre de la responsabilité internationale, et de faire de la liste des cas où un État était lésé qui était proposée une liste purement indicative, et non pas limitative, car il serait difficile de prévoir à l'avance tous les cas dans lesquels un État pouvait être lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État.

134. L'incorporation de la notion de dommage ou de préjudice au paragraphe 1 de l'article 40 *bis*, ou ailleurs dans le projet d'articles, a été diversement appréciée. L'avis a été émis qu'il était inutile de faire une place au dommage; son exclusion en tant qu'élément du fait illicite n'avait pas pour effet que tous les États pouvaient invoquer la responsabilité de l'État responsable. Au contraire, seul l'État au droit subjectif duquel il avait été porté atteinte ou qui était bénéficiaire de l'obligation violée pouvait demander réparation. On a fait valoir aussi que le dommage ou le préjudice ne devrait pas être retenu en tant qu'élément constitutif d'un fait internationalement illicite, ni figurer dans l'article 40 *bis*, portant sur l'invocation de la responsabilité des États, car il faudrait alors élargir cette notion au point de lui ôter tout son sens et parce qu'il était pratiquement impossible de « calibrer » le préjudice en fonction du critère du caractère direct de la violation.

135. En revanche, des membres ont jugé nécessaire d'inclure une disposition équivalente à l'article 3 de la première partie, qui pourrait se lire en substance comme suit : « Un fait internationalement illicite entraîne une obligation de réparer lorsque *a*) ce fait internationalement illicite a causé un dommage, *b*) à un autre sujet de droit international ». Certains membres ont aussi jugé indispensable de maintenir la notion de préjudice pour établir la distinction, essentielle, entre un État subissant un préjudice direct lui permettant d'invoquer l'article 37 *bis* et un État qui, dans le cadre d'obligations *erga omnes* ou en tant que membre de la communauté internationale, avait seulement un intérêt juridique dans la cessation du fait internationalement illicite. On a suggéré qu'il serait préférable de traiter du dommage ou du préjudice dans le cadre de la réparation (puisque la réparation présupposait le dommage) plutôt que dans celui de la qualité pour agir, par exemple en demandant la cessation du fait internationalement illicite. L'avis a été émis aussi qu'il serait utile de définir la notion de dommage, de préférence dans le projet d'articles.

136. Le Rapporteur spécial a indiqué que la proposition visant à élaborer, à propos du dommage, une disposition faisant pendant à l'article 3 de la première partie méritait un examen attentif. La notion de dommage devait être traitée dans la deuxième partie du projet d'articles dans divers contextes, comme celui de l'indemnisation par exemple, auquel elle se rattachait indéniablement. Quant à sa définition, le dommage c'était d'abord ce que subissait un État partie à une obligation bilatérale qui était violée; ensuite ce que subissait l'État spécialement atteint; et enfin ce que subissait l'État atteint du seul fait qu'il était partie à une obligation intégrale, dont la violation était censée toucher tous les États.

i) *Paragraphe 1, alinéa* a

137. L'avis a été exprimé que le traitement des obligations bilatérales était une question assez simple et qu'il semblait être bien rendu à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 40 *bis*.

ii) *Paragraphe 1, alinéa* b

138. L'avis a été exprimé que la disposition devrait être plus explicite au regard des trois catégories d'obligations multilatérales visées au tableau 1 du rapport, à savoir les obligations vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble (obligations *erga omnes*), les obligations à l'égard de toutes les parties à un régime particulier (obligations *erga omnes partes*) et les obligations auxquelles quelques États ou plusieurs États étaient parties mais dans lesquelles des États ou des groupes d'États particuliers avaient un intérêt juridique reconnu.

139. Selon un point de vue, l'alinéa *b* du paragraphe 1 pouvait être purement et simplement supprimé, puisque tous les cas qui y étaient envisagés concernaient des obligations à l'égard d'États pris individuellement et à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble et qu'ils étaient donc couverts par l'alinéa *a* du paragraphe 1. D'après le sous-alinéa i de l'alinéa *b* du paragraphe 1, une obligation *erga omnes* dont la violation touchait spécialement un État était aussi une obligation envers cet État pris individuellement. Une obligation *erga omnes* pouvait être subdivisée en obligations d'un État à l'égard d'autres États pris individuellement. Cela valait aussi pour le sous-alinéa ii de l'alinéa *b* du paragraphe 1 : une obligation *erga omnes* dont l'inexécution affectait nécessairement un État dans l'exercice de ses droits ou l'exécution de ses obligations était, dans le même temps, une obligation à l'égard de cet État pris individuellement. Il a été souligné, d'un autre côté, que même la violation d'une obligation *erga omnes* pouvait léser un État pris individuellement (par exemple, une agression armée illicite).

d) *Paragraphe 2 de l'article 40* bis

140. L'avis a été émis que le paragraphe 2 répondait à la nécessité de viser les États qui avaient un intérêt juridique. Ces États, bien que n'étant pas directement atteints, pouvaient du moins demander la cessation de la violation dont un autre État s'était rendu coupable. Tout en convenant de la démarche suivie par le Rapporteur spécial, on a appelé l'attention sur le tableau 2 du troisième rapport et concernant les droits des États qui n'étaient pas directement lésés par la violation d'une obligation *erga omnes*. Ce tableau a été interprété comme signifiant que tout État pouvait agir au nom de la victime et qu'il disposait pour ce faire de tout un éventail de mesures, y compris les contre-mesures, en cas de violations flagrantes solidement établies.

141. Il a été jugé important de distinguer entre l'existence d'une obligation et le bénéficiaire de cette obligation. Il conviendrait d'accorder le droit d'invoquer la responsabilité, au sens de droit d'exiger l'exécution d'une obligation donnée, à tous les États qui avaient un intérêt juridique, même si cela n'était pas à leur seul profit. C'était particulièrement important dans le contexte des obligations en matière de droits de l'homme commises par un État contre ses propres ressortissants car, dans le cas contraire, ce droit ne pourrait être invoqué par aucun autre État.

142. S'agissant du libellé de la disposition, on s'est interrogé sur l'emploi des mots « à laquelle il est tenu ». D'autre part, il a été suggéré d'ouvrir le paragraphe 2 par la formule suivante : « En outre, aux fins du présent projet d'articles, un État peut invoquer certaines conséquences de faits internationalement illicites conformément aux dispositions suivantes », qui serait suivie du texte des alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 tels que proposés par le Rapporteur spécial.

e) *Paragraphe 3 de l'article 40* bis

143. Les avis sur le paragraphe 3 ont été partagés. Certains membres ont jugé nécessaire d'inclure une disposition dans ce sens, puisque le projet d'articles devait s'appliquer aux relations entre États. Mais, dans la pratique, il existait un petit nombre de cas dans lesquels les États étaient internationalement responsables devant des organisations internationales ou d'autres sujets de droit international. La disposition a été jugée particulièrement importante dans le cas des particuliers dans le cadre des droits de l'homme. D'autres membres, en revanche, ont jugé ce paragraphe inutile puisque la Commission traitait de la responsabilité des États et non des droits revenant à tel ou tel autre sujet de droit international. La référence à des droits s'attachant directement à une personne ou à « une entité quelconque autre qu'un État » a été jugée trop large, voire lourde de dangers. Mais on a noté, d'un autre côté, que le mot « entité » figurait dans diverses conventions internationales, telles que la Convention sur la diversité biologique.

144. Selon un avis, puisqu'il était admis que la première partie du projet d'articles couvrait toutes les obligations internationales de l'État et non uniquement celles que ce dernier avait à l'égard d'autres États, ses dispositions pourraient servir de base juridique pour traiter des cas où d'autres sujets de droit international, comme les organisations internationales, engageaient une action contre des États et invoquaient la responsabilité internationale. D'un autre côté, on a jugé préférable de limiter l'objet de la deuxième partie à la responsabilité dans les relations entre États, car il ne serait pas possible de traiter de façon approfondie dans un avenir prévisible des différentes catégories de responsabilité dotées de caractéristiques spécifiques, telles que la responsabilité des organisations internationales et envers les organisations internationales, la responsabilité individuelle et la responsabilité pour violations des droits de l'homme. Le Rapporteur spécial a reconnu la différence existant entre le champ d'application de la première partie et celui de la deuxième partie, et il a noté que le paragraphe 3 qu'il proposait n'était qu'une clause de sauvegarde dictée par le fait que la deuxième partie et la deuxième partie *bis* portaient uniquement sur l'invocation de la responsabilité par des États.

145. Il a été suggéré aussi de faire du paragraphe 3 une disposition distincte et de remanier son libellé en remplaçant l'expression « sans préjudice d'aucun droit découlant ... » par l'expression « sans préjudice des conséquen-

ces découlant de la commission d'un fait internationalement illicite », car les conséquences de la responsabilité étaient non seulement des droits mais aussi des obligations.

146. Le Rapporteur spécial a souligné que le paragraphe 3 s'imposait dans le cas des obligations en matière de droits de l'homme. Il était nécessaire pour éviter qu'il y ait un hiatus entre la première partie, qui traitait de toutes les obligations des États, et la deuxième partie *bis*, qui traitait de l'invocation de la responsabilité d'un État par un autre État. Comme des entités autres qu'un État pouvaient invoquer la responsabilité d'un État, il fallait prévoir cette possibilité dans le projet d'articles. Il importait de maintenir ce principe dans l'article 40 *bis*, ou dans un article distinct.

9. Conclusions du Rapporteur spécial concernant le débat sur le droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État (article 40 *bis*)

147. Le Rapporteur spécial a noté que les insuffisances de l'article 40, tel qu'adopté en première lecture, avaient été généralement reconnues. Sa proposition visant à traiter des obligations bilatérales dans une phrase unique et simple avait recueilli l'agrément des membres de la Commission. Deux démarches avaient cependant été proposées s'agissant des obligations multilatérales. La première, qui reflétait la proposition du Rapporteur spécial, tendait à apporter de nouvelles clarifications et précisions dans le domaine des obligations multilatérales. La seconde visait à l'insertion d'une série de définitions permettant de déterminer les États habilités à invoquer la responsabilité sans réellement dire qui ils étaient. La Commission pourrait se rabattre sur une formule dans ce sens au cas où le problème des obligations multilatérales ne pourrait pas être clarifié plus avant. Si un renvoi général était adopté, la Commission s'interdirait de faire de nouvelles distinctions entre des catégories d'États lésés.

148. La Commission se préoccupait plus précisément de déterminer quels étaient les États qui devaient pouvoir invoquer la responsabilité d'un autre État et dans quelle mesure ils pouvaient le faire. À cet égard, le Rapporteur spécial a souligné l'intérêt que revêtait le paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969. La Commission, dans le contexte du droit des traités, avait établi une distinction entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux et souligné que l'État spécialement atteint par la violation d'un traité multilatéral devrait pouvoir invoquer cette violation. Cela pouvait s'appliquer par analogie aux obligations dans le domaine de la responsabilité des États. La référence à l'« État spécialement atteint » à l'article 40 *bis* permettait de traiter du problème du préjudice ou du dommage soulevé par certains membres, car l'État lésé devait assurément être considéré comme se trouvant dans une situation spéciale. Il y avait peut-être une gamme d'États spécialement atteints, mais si tel était le cas, elle était relativement étroite.

149. S'agissant du « problème de l'article 19 », le Rapporteur spécial comprenait parfaitement que certains membres souhaitent que le projet d'articles traite des obligations les plus importantes, celles qui intéressaient la communauté internationale dans son ensemble, et les violations les plus graves de ces obligations. Il convenait aussi qu'il puisse y avoir des violations d'obligations non susceptibles de dérogation qui ne soulevaient pas de questions fondamentales intéressant la communauté internationale dans son ensemble au regard d'une réaction collective. Mais du point de vue du droit d'invoquer la responsabilité, il n'était pas nécessaire de faire mention des violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Une fois qu'il était établi, comme la CIJ l'avait fait dans l'affaire de la *Barcelona Traction*[47], que tous les États avaient un intérêt dans l'exécution de ces obligations, il n'y avait plus rien à dire aux fins de l'article 40 *bis*.

150. La réserve concernant l'invocation de la responsabilité par des entités autres que les États, prévue au paragraphe 3 de l'article 40 *bis*, avait suscité des réactions divergentes, mais l'idée prévalait qu'elle était utile. Le Rapporteur spécial la jugeait essentielle, parce qu'elle permettait de résoudre le problème lié au fait que la première partie du projet d'articles et les autres parties n'avaient pas le même champ d'application.

10. Présentation par le Rapporteur spécial de la deuxième partie, intitulée « Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État » *(suite)*

Chapitre II. – Les formes de la réparation

a) *Considérations générales sur le chapitre II*

151. Le Rapporteur spécial a indiqué que, conformément à l'approche approuvée par la Commission, le chapitre II de la deuxième partie traitait des différentes formes que pouvait prendre la réparation du point de vue des obligations de l'État ayant commis le fait internationalement illicite. Le texte adopté en première lecture prévoyait, outre les assurances et garanties de non-répétition, trois formes de réparation : la restitution en nature, l'indemnisation et la satisfaction. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 42 adoptées en première lecture relatives à la négligence contributive et à l'atténuation de la responsabilité avaient leur place dans le chapitre II plutôt que dans le chapitre premier, puisqu'il s'agissait de restrictions mises aux formes de réparation. Le Rapporteur spécial a proposé d'ajouter un nouvel article sur les intérêts et de supprimer la référence à cette notion dans l'article 44. Il a fait observer que les États avaient accepté l'idée que la restitution, l'indemnisation et la satisfaction constituaient trois formes distinctes de réparation et qu'ils avaient d'une manière générale souscrit à la position adoptée en première lecture quant à la relation qui les unissait.

b) *La restitution (article 43)*

152. Abordant d'abord l'article 43, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il préférait dire *restitution* plutôt que *restitution in kind* dans la version anglaise, pour éviter tout malentendu, mais que l'on devait continuer à dire « restitution en nature » dans la version française. Sur le fond, l'article 43 consacrait la priorité de la restitution.

[47] Ibid.

Celle-ci était la forme primordiale de la réparation, l'indemnisation étant disponible quand la restitution ne permettait pas de réparer le dommage subi. Sinon, les États pourraient se dispenser d'honorer leurs obligations internationales en offrant un certain montant d'argent. Mais il y avait quatre exceptions à la mise en œuvre de la restitution, exceptions qui soulevaient plusieurs questions. Le Rapporteur spécial a proposé d'en retenir deux[48]. La première, l'impossibilité matérielle, était universellement acceptée et devait être maintenue. La deuxième, liée aux normes impératives, avait été critiquée pour diverses raisons et devrait disparaître : la situation envisagée, en supposant qu'elle existât, serait couverte par les dispositions du chapitre V de la première partie qui, de l'avis du Rapporteur spécial, s'appliquaient à la deuxième partie. La troisième exception, celle de la disproportion entre la charge de la réparation et l'avantage qu'elle présentait pour l'État lésé, devait aussi être conservée. Quant à la quatrième, relative aux situations catastrophiques, elle avait été critiquée par beaucoup de gouvernements. La situation envisagée, si elle devait se présenter, serait couverte par l'alinéa *c*, ce qui permettait de supprimer l'alinéa *d*.

c) *L'indemnisation (article 44)*

153. Pour le Rapporteur spécial, il n'était pas douteux que l'indemnisation devait couvrir tout dommage susceptible d'évaluation financière subi par l'État lésé. Pour certains États, il fallait une définition plus précise de l'indemnisation et de son calcul, mais il faudrait être prudent lorsqu'on élaborerait des principes d'indemnisation plus détaillés, car il s'agissait d'une notion dynamique fortement influencée par les règles primaires particulières mises en jeu dans telle ou telle situation. Une formulation générale semblait se justifier, assortie d'indications supplémentaires dans le commentaire; cela éviterait de figer le droit en la matière. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial proposait une version simplifiée de l'article 44, le commentaire devant expliquer que le manque à gagner était susceptible d'indemnisation, selon le contenu de la règle primaire en cause et les faits de l'espèce, et la question des intérêts devant faire l'objet d'un article distinct[49].

d) *La satisfaction (article 45)*

154. Malgré l'existence au fond d'un terrain d'entente, l'article 45, tel qu'il avait été adopté en première lecture, avait fait apparaître un certain nombre de difficultés. Au paragraphe 1, le lien établi entre la satisfaction et le dommage moral était problématique pour deux raisons. D'abord, le terme « dommage moral » avait un sens raisonnablement bien établi lorsqu'il s'agissait de personnes physiques, mais la demande de réparation présentée au nom de personnes physiques relevait de l'indemnisation plutôt que de la satisfaction. En deuxième lieu, il était malencontreux de parler de dommage moral à propos des États, car cela revenait à leur imputer des états d'âme, par exemple le sens de l'affront ou celui de la dignité. Le Rapporteur spécial proposait de remplacer le terme « dommage moral » par « préjudice immatériel », ce qui évitait la confusion avec le préjudice moral que pouvaient subir les personnes physiques, et le recours à des expressions à connotation affective quant il s'agissait d'États[50]. Il a fait observer que l'expression « dans la mesure où cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale », utilisée au paragraphe 1, indiquait qu'il pouvait y avoir des circonstances dans lesquelles la question de la satisfaction ne se posait pas.

155. Quant au paragraphe 2, on voyait mal s'il cherchait à être exhaustif; de l'avis du Rapporteur spécial, il ne devait pas l'être. Chose remarquable, il n'y était pas question de la déclaration, qui était l'une des formes principales de la satisfaction, bien établie dans la pratique judiciaire. Comme le projet d'articles devait s'appliquer directement aux relations d'État à État, le Rapporteur spécial proposait d'inclure la notion de reconnaissance par l'État en tant qu'équivalent, dans la sphère des relations d'État à État, de la déclaration d'un tribunal. Il proposait également de la faire figurer en premier, comme la modalité la plus évidente de la satisfaction. Le commentaire expliquerait que lorsqu'un État refuse de reconnaître qu'il a commis une infraction, la réparation correspondante qui pourrait lui être demandée à l'issue d'une procédure devant tierce partie serait une déclaration.

---

[48] Le texte de l'article 43 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 43. – Restitution*

Tout État qui a commis un fait internationalement illicite est obligé de fournir la restitution, c'est-à-dire de rétablir 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;

...

c) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage que ceux qui sont lésés par ce fait gagneraient en obtenant la restitution plutôt que l'indemnisation. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir son troisième rapport, par. 124 à 146.

[49] Le texte de l'article 44 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 44. – Indemnisation*

Tout État ayant commis un fait internationalement illicite est obligé d'indemniser tout dommage susceptible d'évaluation économique causé par ce fait, dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, ibid., par. 147 à 166.

[50] Le texte de l'article 45 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 45. – Satisfaction*

1. L'État qui a commis un fait internationalement illicite est obligé d'offrir une satisfaction pour tout préjudice immatériel occasionné par ce fait.

2. En premier lieu, la satisfaction devrait prendre la forme d'une reconnaissance de la violation, accompagnée, le cas échéant, par l'expression de regrets ou des excuses formelles.

3. En outre, lorsque les circonstances l'exigent, la satisfaction peut prendre des formes supplémentaires qui sont à même d'assurer la réparation intégrale, telles que, *inter alia* :

[*a*) Des dommages-intérêts symboliques;]

b) Des dommages-intérêts correspondant à la gravité du préjudice;

c) Lorsque la violation résulte de fautes graves d'agents de l'État ou d'agissements criminels de toute personne, une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des responsables.

4. La satisfaction doit être proportionnée au préjudice en question et ne devrait pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, ibid., par. 167 à 194.

156. L'alinéa *a* du paragraphe 2 parlait des « excuses » que les États présentent fréquemment à d'autres États dans le contexte des comportements illicites. Le Rapporteur spécial proposait de traiter de la reconnaissance ou des excuses indépendamment des autres formes de réparation dans un nouveau paragraphe 2, car c'était la forme minimale de satisfaction et la base sur laquelle était accordée toute autre forme de satisfaction. Les autres formes, plus exceptionnelles, qui pourraient être opportunes dans certains cas, figureraient dans le nouveau paragraphe 3.

157. Passant ensuite aux autres formes de satisfaction, le Rapporteur spécial a proposé de supprimer les dommages-intérêts de l'alinéa *b* du paragraphe 2 adopté en première lecture, parce que les raisons qui les justifiaient en droit interne étaient sans pertinence dans le contentieux international et que le remède déclaratoire était presque toujours suffisant. Il a fait observer que le franc symbolique ne serait pas impossible dans certains cas particuliers si le paragraphe donnait une liste non exhaustive des formes de satisfaction.

158. En ce qui concerne l'alinéa *c* du paragraphe 2 adopté en première lecture, le Rapporteur spécial recommandait d'y prévoir simplement l'octroi de dommages-intérêts attribués le cas échéant à titre de satisfaction. Le membre de phrase « en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé » limitait indûment le fonctionnement normal de la satisfaction dans le cas des dommages qui ne pouvaient être qualifiés de « graves » ou « flagrants », ce qui était contraire à la jurisprudence. À son avis, l'octroi de dommages-intérêts substantiels (et pas simplement symboliques) dans des cas déterminés était un aspect de la satisfaction. D'un autre côté, l'alinéa *c* du paragraphe 2 excluait les « dommages-intérêts punitifs », notion sur laquelle on pourrait revenir à propos d'une éventuelle catégorie d'« atteintes graves ». Si l'octroi de dommages-intérêts punitifs devait être admis, il faudrait y attacher des conditions particulières.

159. La quatrième forme que pouvait prendre la satisfaction était visée à l'alinéa *d* du paragraphe 2 adopté en première lecture, qui traitait de l'action disciplinaire ou pénale à l'encontre des responsables, agents de l'État ou personnes privées. Le Rapporteur spécial proposait de supprimer le terme « châtiment », qui évoquait une culpabilité individuelle, éventualité qui ne pouvait être déterminée qu'à l'issue d'une procédure et que l'on ne pouvait présumer. Il n'était pas non plus nécessaire de couvrir toutes les procédures envisageables (par exemple les enquêtes) si le paragraphe était considéré comme non exhaustif.

160. La question des limites de la satisfaction était réglée par le paragraphe 3 adopté en première lecture. Le Rapporteur spécial a fait observer que certains États avaient proposé de supprimer le terme « dignité », qu'ils ne comprenaient pas et qui offrait une échappatoire. À considérer cependant les exemples d'abus offerts par l'histoire, il lui semblait qu'il fallait prévoir certaines garanties : il proposait une disposition excluant toute forme de satisfaction hors de proportion avec l'atteinte qui la motivait ou qui prenait une forme humiliante pour l'État responsable.

e) *Les intérêts (article 45* bis*)*

161. Le Rapporteur spécial proposait de prévoir un article réglant la question générale des intérêts, fondé sur l'idée que lorsqu'une certaine créance n'est pas réglée, les intérêts courent sur le principal jusqu'au moment du règlement[51]. Du point de vue de la date à partir de laquelle les intérêts étaient dus, la question qui se posait était celle de savoir si l'indemnisation était exigible dès le fait générateur, dans un délai raisonnable après la présentation d'une demande, ou encore à une autre date. Le jour auquel les intérêts cessaient de courir serait celui auquel l'obligation de payer était satisfaite, que ce soit par renonciation ou autrement. Le Rapporteur spécial avait utilisé, au paragraphe 2, l'expression « À moins qu'il en soit autrement décidé ou accepté par accord » parce que les États pouvaient toujours convenir qu'il n'y aurait pas allocation d'intérêts et aussi parce que les tribunaux se montraient assez libres en matière d'intérêts, liberté qui démentait l'idée qu'il existait normalement un droit à percevoir des intérêts sur telle ou telle période. À son avis, l'article ne devait ni imposer ni écarter l'éventualité des intérêts composés; à la lumière de la jurisprudence internationale, limitée en cette matière, c'était aller trop loin que de dire que les intérêts composés étaient normalement alloués, mais on ne pouvait pas non plus les exclure quand, dans une affaire déterminée, ils étaient nécessaires pour assurer une réparation intégrale.

f) *L'atténuation de la responsabilité (article 46* bis*)*

162. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'hormis le cas de la négligence contributive, le projet d'articles adopté en première lecture passait sous silence la question de l'atténuation de la responsabilité.

163. L'alinéa *a* du texte qu'il proposait[52] envisageait le cas dans lequel l'État lésé, ou la personne au nom de laquelle un Etat faisait valoir ses prétentions, a concouru

---

[51] Le texte de l'article 45 *bis* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 45* bis. – *Intérêts*

1. Des intérêts sur toute somme principale exigible selon le projet d'articles sont également dus dans la mesure qui est nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d'intérêt et le mode de calcul sont ceux qui conviennent le mieux pour obtenir ce résultat.

2. À moins qu'il en soit autrement décidé ou accepté par accord, les intérêts courent à compter de la date où la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de versement est satisfaite. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, ibid., par. 195 à 214.

[52] Le texte de l'article 46 *bis* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 46* bis. – *Atténuation de la responsabilité*

Pour déterminer la forme et l'étendue de la réparation, il est tenu compte de :

a) La négligence ou l'action ou omission délibérée de tout État, personne ou entité au nom duquel la demande est présentée et qui a contribué au dommage;

b) La prise par la partie lésée des mesures qui étaient raisonnablement à sa disposition pour atténuer le dommage. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, ibid., par. 215 à 222.

au dommage soit par négligence, soit par un acte ou une omission délibéré, cas de figure que divers systèmes juridiques désignent par les termes de « négligence contributive » ou de « comparaison des fautes ». Selon une jurisprudence bien établie, la faute de la victime, lorsqu'il s'agit d'une personne physique, pouvait être prise en considération dans la réparation. Pour le Rapporteur spécial, des considérations d'équité exigeaient que le principe fût étendu aux États lésés, afin d'éviter qu'un État ne soit tenu d'indemniser un dommage ou un préjudice que l'État lésé s'est lui-même causé.

164. Le Rapporteur spécial a également indiqué qu'il fallait aussi veiller à ne pas offrir une surcompensation aux États en cas de dommage. Il proposait une nouvelle disposition, l'alinéa *b*, portant sur l'atténuation du dommage et inspirée de la formulation donnée à ce principe par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros*[53]. L'atténuation du dommage était liée à la réduction du montant principal et évitait qu'un État ayant sans raison valable refusé d'atténuer un dommage ne soit dédommagé pour la totalité de celui-ci.

11. Résumé du débat sur la deuxième partie *(suite)*

Chapitre II. – Les formes de la réparation

a) *Considérations générales sur le chapitre II*

165. Le point de vue général adopté par le Rapporteur spécial sur le chapitre II a été approuvé. Le Rapporteur spécial avait à juste titre évité les détails excessifs qui pouvaient susciter de nouveaux litiges entre les États, même si l'État auteur du fait illicite avait déjà reconnu sa responsabilité. Certains doutes ont été exprimés non seulement à l'égard des changements proposés par le Rapporteur spécial mais aussi quant à l'approche qu'il avait adoptée, considérée comme superficielle et insuffisante, eu égard à l'importance pratique de l'indemnisation et aux orientations que l'on pouvait trouver dans les décisions des cours et des tribunaux.

166. À propos de l'accent qu'il était proposé de mettre pour la première fois sur l'obligation imposée à l'État responsable, on a émis l'avis qu'il convenait, dans la deuxième partie, de dépasser les principes et d'aller plus avant; pour cela, il était préférable de reconnaître dans l'État lésé le principal moteur de la réparation. D'autres membres ont fait observer que les droits de l'État lésé seraient couverts à part, de sorte qu'on ne perdait rien en changeant de terminologie et que le texte y gagnerait au contraire en utilité pour le règlement des revendications émises par des États « différemment lésés ».

167. Souscrivant à ce dernier point de vue, le Rapporteur spécial a expliqué que les articles étaient formulés dans l'optique de l'obligation de l'État responsable, afin de laisser en suspens la question de savoir qui avait le droit d'invoquer la responsabilité, question qui ne pouvait être examinée qu'au moment justement où elle était invoquée. Parler du « droit » de l'État lésé, comme on l'avait fait au cours de l'examen en première lecture, c'était supposer une forme bilatérale de responsabilité. Or, dans certaines situations, plusieurs États pouvaient être lésés ou mis en cause, et certains plus que d'autres. De la même manière, il fallait reconnaître que des obligations pouvaient naître à l'égard d'entités différentes ou de la communauté internationale dans son ensemble. Le texte proposé laissait place à ces diverses éventualités.

168. La proposition du Rapporteur spécial, tendant à remplacer le titre du chapitre II adopté en première lecture « Droits de l'État lésé et obligations de l'État qui a commis un fait internationalement illicite » par la formule plus courte : « Les formes de la réparation », a été appuyée. Le nouveau titre était non seulement plus court et plus simple, mais il évitait de donner à penser que les droits des « États lésés » étaient dans tous les cas strictement symétriques par rapport aux obligations de l'État responsable. Il a également été proposé de préciser encore le titre, de sorte qu'il se lise « Les formes et les modalités de la réparation ». Le Rapporteur spécial a répondu que le terme « modalités » serait mieux venu dans la deuxième partie *bis*, relative à la mise en œuvre de la responsabilité des États. Par opposition, le chapitre II de la deuxième partie était consacré aux formes fondamentales de réparation, c'est-à-dire au contenu de celle-ci dans la mesure où l'État responsable était mis en cause, de l'obligation fondamentale d'assurer la réparation intégrale, obligation fixée au chapitre premier.

169. Des membres ont fait observer que les débats jusque-là avaient largement négligé la question des « crimes » d'État. La Commission avait examiné tardivement la question en première lecture, de sorte qu'avaient été incluses, dans la partie relative aux délits, des conséquences qui auraient dû être réservées aux crimes, ce qui avait privé les articles 51 à 53, relatifs aux conséquences des crimes, d'une bonne partie de ce qui aurait été leur substance. Selon cette opinion, la notion de crime était implicite dans le paragraphe 126 du rapport, où le Rapporteur spécial avait été obligé de faire une distinction entre les actes contraires à une règle ordinaire du droit international et une violation d'une norme impérative du droit international général, distinction qui pourrait constituer une définition acceptable du « crime ».

b) *La restitution (article 43)*

170. Les vues divergeaient sur la préséance de la restitution sur l'indemnisation. Cette priorité a été critiquée à cause de sa rigidité et parce qu'elle n'était pas le reflet de la souplesse dont les tribunaux faisaient preuve en réalité. Certains membres estimaient que si l'indemnisation était la forme de réparation la plus utilisée, cela tenait aux limites inhérentes à la restitution et ne prouvait pas qu'elle eût un rôle en principe secondaire.

171. En outre, si l'on reconnaissait l'importance pratique des règles primaires, il était inutile de déterminer si la restitution était ou non la forme de réparation applicable en général. Il semblait préférable de donner la priorité aux décisions des tribunaux, même s'il fallait agir avec circonspection parce que le droit applicable n'y était pas toujours clairement énoncé. Il a également été proposé d'indiquer dans le commentaire que certaines affaires pouvaient être résolues par voie de déclaration des droits

[53] *Projet Gabcikovo-Nagymaros* (voir *supra* note 35), par. 80, p. 55.

ou de jugement déclaratoire sans donner lieu à une restitution à proprement parler.

172. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'il n'existait aucune prescription selon laquelle toutes les tentatives d'obtenir restitution devaient d'abord être épuisées et que, dans les cas où l'État lésé avait la possibilité de choisir l'indemnisation, le fait qu'il opte pour celle-ci plutôt que pour la restitution était juridiquement valable. Les rares cas dans lesquels l'État lésé n'avait pas d'autre choix que la restitution, c'est-à-dire quand la restitution était la seule issue possible, seraient plus aisément couverts dans le contexte de la cessation. Il y avait également des situations dans lesquelles il était absolument clair que la restitution était exclue, par exemple du fait que la perte était définitive et qu'on ne pouvait en inverser les effets. De surcroît, dans certaines circonstances, il y avait d'autres États qui pouvaient invoquer la responsabilité. Ils pouvaient se substituer à l'État lésé et, sans être indemnisés eux-mêmes, avoir le droit de réclamer non seulement la cessation mais aussi la restitution. Cette façon de voir les choses a été approuvée.

173. Au paragraphe 142 de son troisième rapport, le Rapporteur spécial avait exposé l'idée que la restitution pouvait être exclue dans certains cas où l'État défendeur avait pu atteindre de manière licite un résultat identique ou similaire en pratique sans violer l'obligation. Certains membres n'étaient pas du même avis : s'il y avait une façon licite d'atteindre un résultat donné, le fait que l'État défendeur n'ait pas profité de cette solution ne l'exonérait pas par lui-même de l'obligation de restitution. Le Rapporteur spécial a répondu qu'en théorie la restitution avait la préséance bien qu'en pratique elle fût exceptionnelle. La difficulté consistait à concilier la théorie et la pratique.

174. L'objet de la restitution a suscité des opinions divergentes. D'une part, on a soutenu qu'elle visait à effacer les effets du fait internationalement illicite en restaurant le *statu quo ante*. C'était l'approche de l'article 43 tel qu'adopté en première lecture. D'autres membres préféraient l'obligation d'instaurer la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis, et non la simple restauration du *statu quo ante*. On a fait observer que la formule retenue dans l'arrêt de la CPJI relatif à l'affaire de l'*Usine de Chorzów* était que « la réparation [devait], autant que possible, effacer toutes les conséquences [du fait] illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si [ce fait] n'avait pas été commis »[54]. En tant que telle, la *restitutio in integrum* était la réponse à privilégier en cas de fait internationalement illicite, sous réserve du choix de l'État lésé. Il a été répondu que cette façon de concevoir les choses revenait à confondre la restitution, en tant que recours de portée plus étroite impliquant le retour au *statu quo ante*, et la réparation, qui présentait des éléments supplémentaires, l'indemnisation notamment.

175. Diverses réponses ont été données à la proposition du Rapporteur spécial tendant à supprimer dans la version anglaise le terme *in kind* qualifiant *restitution*. Certains membres étaient en faveur de cette suppression et ont fait observer qu'elle réglait le problème de savoir s'il fallait parler de restitution en nature ou de *restitutio in integrum*. D'autres estimaient que l'expression complète était bien établie.

176. Pour ce qui est du libellé de l'article, il a été proposé de remplacer la clause initiale « Tout État qui a commis un fait internationalement illicite... » par « Un État responsable d'un fait internationalement illicite... ». Il a également été proposé de remplacer le mot « obligé » par « tenu » et de dire explicitement que la restitution devait concerner l'État lésé. On a aussi fait observer que, dans certains cas, le mot « restauration » était plus précis que celui de « restitution ».

177. Selon un membre, puisque la restitution était en elle-même une obligation, elle était soumise aux dispositions du projet d'articles, y compris celles qui portaient sur les circonstances excluant l'illicéité. Le Rapporteur spécial a répondu que l'effet des circonstances excluant l'illicéité, mentionnées dans la première partie, était la suspension de l'accomplissement de l'obligation considérée pendant un temps. Les tribunaux avaient toujours fait la distinction entre l'obligation sous-jacente, qui continuait d'exister, et la dispense d'exécution à un certain moment. À son avis, les circonstances excluant l'illicéité venaient, d'une manière générale, en complément des exceptions énumérées à l'article 43, et l'impossibilité de procéder à la restitution était en fait une impossibilité permanente et non pas temporaire. Dans le débat qui s'est ensuivi, on a dit douter que les circonstances excluant l'illicéité d'un acte s'appliquent aussi à la partie du projet d'articles à l'examen : si telle était au contraire l'intention, il fallait le dire clairement.

178. On a également fait observer que les mesures conservatoires et les mesures analogues ne ressortissaient pas à la notion classique de restitution et qu'il fallait les en distinguer dans le contexte des procédures qui pouvaient suivre sur le fond. Le Rapporteur spécial en est convenu mais a noté cependant que les mesures temporaires pouvaient viser à la cessation, même si, au niveau auquel ces mesures étaient adoptées, aucune décision n'était prise encore quant à savoir si l'acte considéré était véritablement illicite.

179. Des membres ont approuvé la suppression de l'exception figurant à l'alinéa *b* adopté en première lecture, relative à la violation des normes impératives. On a fait observer que la question était résolue par les règles générales du droit international et qu'elle était déjà couverte par l'article 29 *bis*. Il fallait cependant que l'on trouve dans le projet d'articles le reflet de l'idée que, si un « crime » au sens de l'article 19 a été commis ou une norme de *jus cogens* violée, l'État lésé ne peut renoncer à la restitution au profit de l'indemnisation, car les intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble sont en cause dans une telle situation.

180. La suppression de l'alinéa *d* adopté en première lecture, et relatif à l'indépendance politique et à la stabilité économique d'un État, a également été appuyée. Cette exception a été qualifiée de trop générale, et susceptible donc d'être trop largement interprétée en pratique. Ce cas de figure était suffisamment couvert par l'exception de l'alinéa *c*.

[54] Voir *supra* note 39.

181. Il a été proposé d'ajouter une nouvelle exception encore, relative aux cas dans lesquels la restitution est impossible à cause d'un obstacle juridique insurmontable, mais pas nécessairement la violation d'une norme impérative. La nationalisation a été citée en exemple. Il a été soutenu que plusieurs résolutions de l'Assemblée générale confirmaient la légalité des nationalisations et que l'État qui avait nationalisé n'était pas tenu du devoir de restitution. En tel cas pourtant, aucune question de restitution ne se posait : par définition, la prise de possession était en elle-même licite et le problème devenait une simple question de paiement des biens pris. Quand la prise de possession était illicite *per se*, d'autres considérations entraient en jeu.

182. Pour ce qui était de l'alinéa *a*, on s'est demandé si l'impossibilité « juridique » était visée par le membre de phrase « matériellement impossible ». La situation se présentait par exemple quand les règles primaires du droit international obligeaient les États à adopter certaines législations et qu'ils s'en abstenaient. Il existait des limites aux changements qui pouvaient être apportés en vertu de certains régimes juridiques nationaux. Par exemple, une décision négative de la cour suprême du pays dans une affaire donnée ne pouvait être annulée, ce qui rendait la restitution impossible.

183. D'autres membres ont fait observer que l'État était responsable des actes des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, et qu'aucun organe de gouvernement ne devait pouvoir s'exonérer du devoir de remédier à une éventuelle violation du droit international. De plus, même lorsque le droit interne n'offrait pas de recours contre un jugement définitif non susceptible d'appel, on avait pu voir dans plusieurs pays des jugements annulés dans des affaires relevant du droit international. En principe, le droit interne ne pouvait jamais être invoqué pour refuser la restitution; il ne pouvait donc constituer un cas d'impossibilité. Il semblait indispensable de ne pas laisser aux États les plus puissants la latitude de proposer des interprétations unilatérales de l'« impossibilité ». Les cas d'impossibilité juridique véritable étaient très rares et il suffisait de parler d'impossibilité matérielle.

184. À la lumière des débats, le Rapporteur spécial a proposé à la Commission de reconsidérer le paragraphe 3 du projet d'articles 42 et d'y affirmer le principe fondamental selon lequel un État ne peut invoquer son droit interne pour s'absoudre de la non-exécution d'une obligation internationale. Introduire le membre de phrase « impossibilité juridique » équivaudrait à procéder à une révision de ce principe de base. La vérité était qu'une modification de la situation juridique pouvait déboucher sur une impossibilité effective, par exemple quand des biens pris à un particulier ne pouvaient lui être restitués parce qu'ils avaient déjà été valablement vendus à un tiers. La situation était plus compliquée lorsque les droits des particuliers étaient en cause et que le droit international servait de critère déterminant, comme il le faisait en matière de droits de l'homme.

185. On a également évoqué l'arrêt de la Cour de justice centraméricaine en l'affaire *El Salvador c. Nicaragua*[55], mentionnée au deuxième point du paragraphe 128 du rapport, dans lequel la Cour a évité de se prononcer sur la nullité d'un traité entre le Nicaragua et un État tiers (les États-Unis d'Amérique), mais sans considérer que la restitution était nécessairement impossible. Elle a au contraire jugé que le Nicaragua était obligé de mettre en œuvre tous les moyens autorisés par le droit international pour restaurer et maintenir la situation qui existait avant la conclusion du traité en cause.

186. L'alinéa *c* a été appuyé, mais on s'est demandé si le membre de phrase « ceux qui sont lésés » visait l'État, comme c'était le cas dans la version adoptée en première lecture, ou aussi les personnes privées. Un membre a dit qu'il préférait qu'on ne parle pas du tout de l'entité lésée. Il a également été proposé de remplacer « ceux qui sont lésés » par « l'État ou les États lésés ».

187. Le principe de proportionnalité consacré à l'alinéa *c* ne s'appliquait pas seulement aux frais et dépens, et exigeait que l'on tienne compte aussi de la gravité ou de la bénignité de l'infraction. Cet élément pouvait être traité soit dans le texte, soit dans le commentaire; en tout état de cause, cet alinéa était nécessaire eu égard notamment à la suppression envisagée de l'alinéa *d*.

c) *L'indemnisation (article 44)*

188. L'idée de prévoir une brève disposition relative à l'indemnisation a été vivement appuyée.

189. On a fait observer que les diverses décisions judiciaires prises en cette matière, dans l'affaire du *Rainbow Warrior* par exemple, avaient prescrit une indemnisation d'un certain montant, mais sans préciser les critères utilisés pour calculer celui-ci, et que bien des choses dépendaient des circonstances de la violation et du contenu de la règle primaire enfreinte[56]. Dans beaucoup de cas, les États arrivaient à s'entendre sur l'indemnisation du fait internationalement illicite, mais il s'agissait d'une indemnisation à titre gracieux. Dans le contexte des échanges mondiaux et des problèmes écologiques, les États avaient mis en place des régimes d'indemnisation spéciaux qui excluaient l'application de principes généraux. Tout ce que la Commission pouvait faire était d'élaborer une formule souple laissant au juge et à la pratique le soin de développer les règles de calcul de l'indemnisation.

190. Il a été dit inversement que l'article 44 proposé par le Rapporteur spécial était essentiellement un « chapeau » qui ne conservait que la priorité accordée à la restitution. Il fallait exposer plus en détail le principe de l'indemnisation, afin de donner des orientations plus précises aux États et aux tribunaux. De plus, le traitement succinct de la question de l'indemnisation donnait l'impression que le principe général était celui de la restitution, et rien d'autre, et que du point de vue technique l'indemnisation n'entrait en jeu que lorsqu'il n'y avait pas eu restitution. Il a été proposé de mentionner d'autres considérations déterminantes; par exemple : il fallait indemniser à la fois le dommage matériel et le préjudice moral quand celui-ci était subi par une personne physique; il fallait indemniser le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, au moins

[55] Voir *American Journal of International Law*, vol. 11 *(supplément)*, n° 1, janvier 1917, p. 3; voir également l'arrêt du 9 mars 1917, ibid., vol. 11, n° 3, juillet 1917, p. 674.

[56] Voir *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France* (*supra* note 40), par. 126 et 127, p. 274.

quand ils étaient tous deux établis; seul le dommage « transitif », c'est-à-dire celui qui résultait, par un lien nécessaire et certain de causalité, du fait internationalement illicite, pouvait être susceptible d'indemnisation; sous réserve de l'article 45 *bis*, le dommage devait être évalué à la date à laquelle avait été commis le fait internationalement illicite. On a dit aussi préférer traiter de la question du manque à gagner dans le projet d'articles, et pas seulement dans le commentaire. Le principe de la « réparation intégrale », consacré par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*[57], exigeait que le manque à gagner fût indemnisé à titre général, et non cas par cas.

191. Il a été dit que l'indemnisation ne devait pas aller au-delà du préjudice ou du dommage causé par le fait ou le comportement illicite, et ce afin d'éviter d'éventuels abus. À cet égard, la proposition tendant à limiter l'indemnisation par une disposition comme celle qu'énonçait le paragraphe 3 de l'article 42 adopté en première lecture était à retenir. On a fait observer que la question des indemnisations « écrasantes » méritait d'être examinée, car il y avait un risque de violations massives des droits de l'homme. Il fallait en même temps prendre en considération la capacité économique de l'État en matière d'indemnisation des victimes de violations massives et systématiques des droits de l'homme.

192. Le Rapporteur spécial a dit que la Commission était placée devant une alternative : elle pouvait soit rédiger l'article 44 de façon succincte et y fixer un principe très général en termes souples, soit s'avancer quelque peu dans le détail et chercher à être exhaustive. Si elle optait pour la version longue, elle aurait à y prévoir le manque à gagner. Or, le Rapporteur spécial avait supprimé toute mention de celui-ci principalement parce que certains gouvernements avaient émis l'opinion que la version adoptée en première lecture était formulée en termes si faibles qu'elle avait pour effet de « décodifier » le droit international. D'autres gouvernements avaient proposé une solution intermédiaire, c'est-à-dire une version brève conservant la mention du manque à gagner.

193. On s'est demandé si le terme « économique » convenait pour désigner, par exemple, l'extermination illicite d'une espèce animale menacée d'extinction ne présentant aucun intérêt économique pour les êtres humains. Il a été proposé d'utiliser plutôt le qualificatif « financière ». On a fait également observer que la réponse se trouvait aussi dans le sens à donner au « préjudice moral » à l'article 45. Il a donc été proposé de parler du « dommage matériel » à l'article 44 et du « dommage immatériel » à l'article 45. Quant à savoir si les dommages matériels devaient figurer à l'article 44, le Rapporteur spécial a rappelé que son prédécesseur, M. Arangio-Ruiz, avait répondu à la question en disant que l'article 44 (ancien article 8) couvrait le préjudice moral causé à des individus et l'article 45 (ancien article 10) les dommages moraux causés aux États[58]. Cette solution avait soulevé une controverse parce que le terme « dommage moral » pouvait couvrir des choses aussi disparates que les souffrances de l'être humain soumis à la torture ou l'affront subi par un État du fait de la violation d'un traité. Certains membres ont estimé que le qualificatif « susceptible d'évaluation économique » s'appliquait au dommage matériel, au préjudice moral et au manque à gagner. L'indemnisation du préjudice moral était limitée au préjudice causé aux personnes physiques, en dehors du dommage moral subi par l'État victime. Cela correspondait, a-t-on fait remarquer, à la pratique judiciaire, dans laquelle une indemnisation pécuniaire était accordée en réparation d'un préjudice moral causé à des personnes physiques, notamment en cas de traitement cruel.

194. On a fait observer qu'alors que l'article 43 parlait de « ceux qui sont lésés », l'article 44 ne précisait pas qui subissait le dommage : un État, des entités ou des personnes physiques, des particuliers par exemple. L'une des raisons de cette imprécision était qu'il fallait tenir compte de la grande diversité des situations : revendications individuelles d'entreprises ou de personnes physiques devant des commissions ou des cours nationales ou internationales, plaintes émises par des gouvernements au nom de personnes physiques ou en leur nom propre, revendications d'États lésés et d'« autres » États, etc.

195. On a cité la décision rendue par le tribunal du CIRDI dans l'affaire *Klöckner*[59], dans laquelle les deux parties avaient été considérées comme ayant également manqué à leurs obligations contractuelles, avec des conséquences importantes au niveau de la réparation. Le Rapporteur spécial a indiqué que la solution résidait en partie dans ce qui était une sorte de compensation, et qui pouvait être une question de procédure qui ne relevait pas vraiment du droit de la responsabilité. En fait, la décision prise dans l'affaire *Klöckner* avait été annulée et le litige avait été réglé à l'amiable avant qu'ait été prise une autre décision en matière d'indemnisation.

196. On a aussi évoqué la question du juste calcul de l'indemnisation en cas d'expropriation, question que ne réglait pas l'article 44 et qui avait été une source de conflit entre pays développés et pays en développement. La notion occidentale classique de l'indemnisation « prompte, adéquate et effective »[60] voulait notamment que le montant fût calculé en fonction de la valeur au moment de la prise de possession et versé en monnaie convertible, sans restriction quant au rapatriement des devises. Cependant, les conséquences de cette formule sur le plan des réserves en devises pouvaient constituer un embargo imposé à la restructuration de l'économie d'un pays en développement faisant face à des difficultés de balance des paiements. La pratique internationale actuelle révélait que la formule traditionnelle était très largement entamée. De surcroît, dans sa résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, l'Assemblée générale avait prescrit le versement d'une indemnisation appropriée en cas de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition, notion qui s'écartait sensiblement de l'indemnisation « prompte, adéquate et effective », encore que l'Assem-

[57] Voir *supra* note 39.

[58] Deuxième rapport (voir *supra* note 26), par. 19, p. 7.

[59] *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge S.A. et Klöckner Handelsmaatschappij c. République unie du Cameroun et Sté camerounaise des engrais (SOCAME)*, CIRDI, sentence du 21 octobre 1983, *Journal du droit international*, Paris, vol. 111, n° 1, janvier-mars 1984, p. 409.

[60] Voir G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington, United States Government Printing Office, 1942, vol. III, p. 659.

blée se fût abstenue de donner une définition. Plusieurs membres ont cependant insisté sur le fait que ce débat déjà ancien n'avait rien à voir avec le contenu de l'article 44. La nationalisation était un fait et l'article 44 visait les faits internationalement illicites. Le Rapporteur spécial a dit partager ce point de vue et a répété qu'il n'appartenait pas à la Commission d'élaborer la distinction fondamentale entre expropriation licite et illicite, ni de préciser le contenu d'une obligation primaire, quelle qu'elle fût.

197. Plusieurs membres ont souligné qu'il ne suffisait pas d'accepter le principe selon lequel les règles primaires jouaient un rôle important dans la détermination de l'opportunité de l'indemnisation. Il fallait aussi classer les différentes catégories d'affaires; des orientations sur ce point étaient à rechercher moins dans les écrits des publicistes que dans les décisions arbitrales, comme celle rendue dans l'affaire *Aminoil*[61]. L'article 44 devait prévoir une réserve, du genre « à moins que les règles primaires n'indiquent une solution différente ». À quoi il a été opposé que les règles découlant des décisions judiciaires et des sentences arbitrales ne s'appliquaient qu'occasionnellement et que les questions relevant de la responsabilité des États étaient le plus souvent réglées directement entre États, voire par les tribunaux nationaux. Cette pratique n'avait pas nécessairement son reflet dans les sentences arbitrales. En réponse, le Rapporteur spécial a fait observer que, si importantes que fussent les règles primaires, il était difficile de tirer les conclusions voulues dans les articles eux-mêmes. Il valait mieux analyser les divers aspects du problème dans le commentaire.

d) *La satisfaction (article 45)*

198. La disposition proposée par le Rapporteur spécial, qui maintenait des éléments de souplesse, notamment par la notion d'« offre », a été appuyée. L'objectif était d'énoncer une série d'options politiques et de droits ouverts aux États à la suite de la commission d'un fait internationalement illicite. De plus, la satisfaction pouvait avoir un caractère soit autonome, soit complémentaire de la restitution et/ou de l'indemnisation, ce qui ressortait clairement de la disposition proposée.

199. Selon un autre point de vue, l'article 45 était une disposition hybride, dont la teneur était un mélange de droit relatif à l'évaluation quantitative des dommages-intérêts et aux mesures de satisfaction au sens strict. Or, ces dernières étant une forme de punition politique infligée aux États, elles n'étaient plus de mise. Dans la pratique, la satisfaction était une institution à laquelle les États avaient rarement recours. La question se posait donc de savoir s'il existait réellement des règles juridiques sur la satisfaction et même si l'État auteur du fait illicite était tenu d'offrir une satisfaction à l'État lésé. Les projets d'article devaient, au contraire, soit passer sous silence, soit diminuer l'importance de la « satisfaction » en tant que forme propre de réparation et viser le mode de réparation « manquant » que constituaient les déclarations, que ce soit par la voie de décisions ou de constatations de droits, qui n'étaient généralement pas admises en tant que mode de réparation dans l'ordre diplomatique, mais qui avaient des conséquences juridiques.

200. D'autres membres ont désapprouvé l'opposition à la satisfaction comme forme propre de réparation. À leur avis, la satisfaction était une forme normale de réparation, comme l'attestait le fait que des juridictions prononçaient des décisions et des constatations en termes de satisfaction. Certes, la décision rendue par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou* était particulière en ce que l'État défendeur n'avait pas, effectivement, sollicité de dommages-intérêts; la constatation faite en l'espèce par la Cour à titre de satisfaction était tout ce qu'elle pouvait faire[62]. Mais cette affaire avait conduit à une pratique constante et précieuse de constatations à titre de satisfaction que les projets d'articles devaient reconnaître.

201. Le Rapporteur spécial a noté qu'il était fait une distinction inutile entre la sphère diplomatique et la sphère juridique. Vu que la Commission s'attachait à déterminer les règles applicables aux relations entre les États, les règles de la responsabilité ne pouvaient être formulées en termes de compétences judiciaires, d'où le problème des « modes de réparation manquants ». Sa proposition visait à distinguer entre la méthode « normale » de satisfaction, à savoir la reconnaissance de l'existence d'une violation, et les formes visées au paragraphe 3 de l'article 45 qui étaient exceptionnelles. L'absence d'une telle reconnaissance était le fondement d'une éventuelle constatation par une cour ou un tribunal dans toute procédure ultérieure.

202. S'agissant du paragraphe 1, la proposition tendant à mettre l'accent sur l'obligation de l'État qui a commis un fait internationalement illicite d'offrir une satisfaction a été approuvée, et l'idée de remplacer l'expression « préjudice moral » par « préjudice immatériel » a été appuyée. Le changement proposé permettait d'opposer symétriquement l'article 44, relatif aux dommages matériels, à l'article 45, concernant les dommages immatériels.

203. En revanche, l'avis a été exprimé que le texte proposé était trop étroit en ce qu'il limitait l'institution de la satisfaction au préjudice non matériel ou moral. L'idée a été émise qu'un État lésé pouvait aussi avoir le droit de demander satisfaction dans le cas d'un dommage matériel. L'expression « préjudice immatériel » omettait l'aspect essentiel, à savoir que le but de la satisfaction était de réparer le préjudice moral subi par l'État lui-même.

204. Il a été noté que, tandis que l'État responsable était « obligé de fournir la restitution » et « obligé d'indemniser » selon les articles 43 et 44 respectivement, l'article 45 lui faisait simplement un devoir d'« offrir » une satisfaction, ce qui s'expliquait par le fait que la satisfaction ne pouvait être définie *in abstracto*. Mais selon d'autres membres, cela introduisait une forme de subjectivité qui n'était pas satisfaisante : la question de savoir si une offre de satisfaction était suffisante au regard du critère de la réparation intégrale pouvait être appréciée essentiellement de la même façon que le caractère suffisant d'une offre d'indemnisation.

[61] *Government of Kuwait* v. *American Independent Oil Co. (Aminoil)*, ILM, vol. 21, n° 5, septembre 1982, p. 976.

[62] *Détroit de Corfou*, *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 4 et suiv., notamment p. 36.

205. S'agissant de la reconnaissance de la violation, l'avis a été exprimé que l'expression de regrets ou des excuses formelles pouvaient impliquer une telle reconnaissance et, partant, la rendre inutile.

206. L'idée a été approuvée de mentionner la reconnaissance de la violation en premier lieu, comme le proposait le Rapporteur spécial, ce qui était conforme à l'approche adoptée dans l'affaire du *Détroit de Corfou*. En revanche, on s'est demandé si la reconnaissance devait venir en premier, au niveau des relations d'État à État, certains États exprimant librement des excuses, sans reconnaître la violation, suivant une pratique comparable à celle des paiements à titre gracieux. Dans d'autres cas, l'expression d'excuses visait à éviter toute autre conséquence d'une violation. Face à un litige éventuel ou en instance, les États feraient bien de se garder de toute reconnaissance, même si cela pouvait éventuellement faire partie d'un règlement d'ensemble, expressément ou implicitement.

207. L'expression « le cas échéant » a été considérée comme trop imprécise et acceptable uniquement si les cas visés étaient expliqués dans le commentaire, avec des exemples à l'appui. Il a été suggéré de combiner les paragraphes 1 et 2 pour rendre le texte plus précis. Le paragraphe unique pourrait commencer par le membre de phrase suivant, qui figurait dans l'article adopté en première lecture : « La satisfaction peut prendre une ou plusieurs des formes suivantes »; viendrait ensuite l'énumération non exhaustive de toutes les formes de satisfaction, à commencer par la reconnaissance de la violation.

208. Certains membres se sont aussi inquiétés du fait que le paragraphe 2 proposé rabaissait le statut des excuses alors que celles-ci, en première lecture, constituaient une forme autonome de satisfaction. Mais il a été noté que les excuses comportaient un élément politique, puisqu'elles résultaient habituellement de règlements négociés. On pouvait se demander s'il existait une *opinio juris* suffisante permettant de reconnaître les excuses comme une forme de satisfaction.

209. S'agissant du paragraphe 3, l'idée d'une liste non exhaustive de mesures a été appuyée, ainsi que la référence à une « réparation intégrale ». Toutefois, l'expression « lorsque les circonstances l'exigent » a été considérée comme trop générale, car ce qui était intéressant et utile pour les États, les juges ou les arbitres, c'était de savoir précisément dans quels cas et dans quelles circonstances telle ou telle chose pouvait être faite.

210. À propos de l'alinéa *a* du paragraphe 3, une préférence s'est exprimée pour le maintien de la mention des dommages-intérêts symboliques, laquelle pourrait être insérée au paragraphe 2. Le Rapporteur spécial a noté que, si le paragraphe 3 de l'article 45 était exhaustif, les dommages-intérêts symboliques pourraient être inclus dans l'alinéa *b* visant des dommages-intérêts correspondant à la gravité du préjudice.

211. Au sujet de l'alinéa *b*, il a été observé que la satisfaction pouvait aussi être assortie ou précédée du paiement de dommages-intérêts, même s'il n'y avait pas de préjudice matériel, cette possibilité découlant implicitement de l'expression « réparation intégrale ». En revanche, il a été dit que le texte laissait entendre à tort que les dommages-intérêts faisaient partie de la réparation intégrale, et qu'ils étaient nécessaires pour effacer toutes les conséquences du fait illicite. La notion de dommages-intérêts visée à l'article 45 empiétait sur celle de l'article 44. Dès lors, l'alinéa *b* du paragraphe 3 pouvait être transféré à l'article 44, ou dans une disposition visant spécifiquement les dommages-intérêts.

212. L'avis a été exprimé que des dommages-intérêts non symboliques n'étaient acceptables qu'en cas d'« atteinte grave » à une règle d'importance fondamentale, non seulement pour l'État lésé mais aussi pour la communauté internationale dans son ensemble, c'est-à-dire en cas de « crimes » d'État. En tant que telle, la disposition devait être transférée dans le chapitre relatif aux conséquences des crimes. Il a été dit en outre qu'il valait mieux limiter l'éventualité des dommages-intérêts aux cas d'« atteinte grave aux droits de l'État lésé », comme cela était stipulé à l'alinéa *c* du paragraphe 2 adopté en première lecture. En revanche, il a été affirmé que l'alinéa *b* du paragraphe 3 ne devait pas être limité aux crimes et devait être conservé, tel que le proposait le Rapporteur spécial. Il a été de plus noté que l'expression « gravité du préjudice » pouvait être interprétée comme visant soit la gravité du fait illicite, soit la gravité du dommage subi.

213. L'idée de mentionner les dommages-intérêts punitifs et le préjudice moral dans la rubrique « satisfaction » a été désapprouvée. L'alinéa *b* du paragraphe 3 pouvait être supprimé, sous réserve cependant de tout réexamen éventuel de la question des dommages-intérêts punitifs par la Commission, par exemple dans le contexte des violations graves, en particulier des « crimes » internationaux envisagés par l'article 19, tel qu'adopté en première lecture.

214. Le Rapporteur spécial a souligné que l'alinéa *b* du paragraphe 3 concernait non pas les dommages-intérêts punitifs, mais ce que certains systèmes juridiques qualifiaient de dommages-intérêts « aggravés » ou « expressifs ». Ainsi qu'il ressortait de l'affaire du *I'm Alone*[63], il était nécessaire, dans certains cas, de reconnaître la gravité d'un préjudice, et ces cas n'étaient pas limités aux « violations graves ».

215. On s'est interrogé sur le sens de l'expression « fautes graves », à l'alinéa *c* du paragraphe 3, qui pouvait impliquer une référence à la négligence. Il a été noté que, la phrase liminaire du paragraphe 3 limitant le champ d'application de celui-ci aux cas où « les circonstances l'exigent », l'adjectif « graves » pouvait être supprimé. Il a également été jugé nécessaire de préciser que les agissements criminels d'individus ne se rapportaient à la responsabilité de l'État qu'en relation avec la violation par l'État de l'obligation de prévention; de fait, cela impliquait que le champ d'application de la disposition soit exclusivement limité aux agissements criminels d'agents de l'État. Toute action pénale à l'encontre d'individus n'était que l'exécution tardive d'une obligation primaire. De plus, certaines règles primaires exigeaient déjà qu'une action soit engagée à l'encontre d'agents de l'État en cas de faute; compte tenu de ces dispositions, on pouvait douter de la nécessité de l'alinéa.

[63] S.S. *"I'm Alone"*, sentences des 30 juin 1933 et 5 janvier 1935, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1609.

216. Il a été proposé de viser spécifiquement, dans l'article 45 ou dans le commentaire, l'ouverture d'une enquête sur les causes d'un fait internationalement illicite, comme forme de satisfaction. Il a été toutefois estimé qu'il fallait se garder de considérer que l'enquête constituait en soi une forme de satisfaction, et qu'elle faisait plutôt partie du processus aboutissant à la satisfaction.

217. Certains membres ont cité, parmi les facteurs plaidant pour le maintien de l'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'article 45 tel qu'adopté en première lecture, les évolutions récentes dans le domaine du droit pénal international. Il a été proposé à cet égard d'ajouter une clause à la fin de l'alinéa *c* du paragraphe 3, tel que proposé par le Rapporteur spécial, exigeant que l'action disciplinaire ou pénale soit engagée par l'État susceptible d'être responsable lui-même, ou qu'il y ait extradition vers un autre État ou transfert à un tribunal pénal international ayant compétence pour connaître du crime allégué.

218. S'agissant du paragraphe 4, il a été proposé que sa teneur soit énoncée, soit à l'article 37 *bis*, soit dans le chapeau général du chapitre II.

219. L'avis a été exprimé qu'il était inutile de viser l'« humiliation » à l'article 45, vu qu'il n'était pas indispensable de ménager la dignité d'un État responsable qui avait lui-même humilié l'État lésé. La condition de proportionnalité était suffisante. Le simple fait de reconnaître la violation pouvait être considéré comme humiliant par certains États et, dès lors, la règle énoncée au paragraphe 4 ne devait pas être entendue comme applicable *in extenso*.

220. Inversement, une forte préférence s'est exprimée pour le maintien de la référence à l'humiliation, la satisfaction devant éviter de prendre une forme humiliante. De vives préoccupations subsistaient quant aux déséquilibres de pouvoir qui avaient, au cours de l'histoire, permis à des États puissants d'imposer à des États plus faibles des formes humiliantes de satisfaction. À cet égard, il a été proposé de remplacer la forme verbale conditionnelle « ne devrait pas » par la forme indicative « ne doit pas » ou « ne prend pas ». On pouvait aussi ajouter une référence à l'égalité souveraine des États.

e) *Les intérêts (article 45* bis*)*

221. Les grandes orientations de l'article 45 *bis*, par comparaison notamment au traitement superficiel de la question des intérêts dans le projet d'articles adopté en première lecture, ont été appuyées. Toutefois, la disposition devait cadrer avec la fonction de la deuxième partie, à savoir garantir que l'État lésé reçoive réparation intégrale de la part de l'État responsable. Il y avait donc un rapport étroit avec l'article 44, et la question des intérêts devait soit être traitée dans le cadre de l'article 44, en faisant éventuellement l'objet d'un second paragraphe, soit placée dans un article distinct suivant immédiatement l'article 44, ne portant que sur les intérêts dus sur l'indemnisation payable en vertu de l'article 44, ainsi que sur la question du manque à gagner et des intérêts composés. À ce dernier égard, il a été dit qu'il fallait veiller à prévenir le double recouvrement. De plus, on ne pouvait supposer que la partie lésée aurait perçu des intérêts composés sur les sommes en cause si le fait illicite n'avait pas été commis. Le Rapporteur spécial a fait observer que, bien que la somme principale sur laquelle des intérêts étaient dus corresponde normalement à l'indemnisation au titre de l'article 44, on pouvait envisager des circonstances où ce n'était pas le cas, mais où des intérêts étaient néanmoins dus.

222. Il a été dit que la deuxième phrase du paragraphe 1 était inutile et devait être supprimée. Au paragraphe 2, le membre de phrase « À moins qu'il en soit autrement décidé ou accepté par accord » n'était pas non plus nécessaire car cette précaution valait pour toutes les dispositions du chapitre II et, à vrai dire, pour l'ensemble du projet d'articles. S'agissant du point de départ des intérêts, il a été noté que, dans la pratique, les intérêts étaient dus à compter de la date du fait illicite, ou de la date de survenance du dommage ou, plus exactement, de la date à partir de laquelle l'indemnité ne couvrait plus intégralement le dommage. Il fallait donc remanier l'article 45 *bis* dans ce sens. En réponse, le Rapporteur spécial a noté que la date déterminante était, en principe, celle à laquelle le dommage s'était produit, mais que les tribunaux faisaient généralement preuve d'une certaine souplesse et que cela devait être reflété dans le texte.

f) *L'atténuation de la responsabilité (article 46* bis*)*

223. L'inclusion de l'article 46 *bis*, comportant des éléments de développement progressif, a été appuyée. On s'est cependant demandé si les conditions d'atténuation de la responsabilité s'appliquaient aussi à la restitution. Dans ce cas, l'objet de la restitution pouvait être limité, vu que l'État auteur du fait illicite pouvait avoir son mot à dire quant à l'ampleur de la restitution. Il a été observé que le titre du projet d'article proposé ne reflétait pas exactement son contenu.

224. L'article 46 *bis*, bien que constituant une amélioration par rapport au paragraphe 2 de l'ancien article 42, soulevait néanmoins diverses préoccupations quant à un éventuel amalgame – même s'il était involontaire – entre la mesure de la réparation et la règle primaire établissant la responsabilité. Il fallait indiquer clairement que la question en cause concernait, non pas les règles primaires, mais un facteur susceptible d'être pris en considération pour déterminer l'ampleur des dommages-intérêts dus.

225. S'agissant de l'alinéa *a*, l'avis a été exprimé que seule la négligence « grave » ou faute lourde pouvait être prise en compte aux fins de la limitation de la réparation.

226. En réponse à une question, le Rapporteur spécial a indiqué que l'alinéa *b* n'était pas limité au principe des « mains propres », qui avait été examiné lors de la session précédente de la Commission[64]. Il s'est référé à l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros*[65], dans laquelle la CIJ a posé l'« obligation » d'atténuer le dommage, c'est-à-dire que, pour déterminer le montant de la réparation, il pouvait être tenu compte de la question de savoir si l'État lésé avait pris des mesures raisonnables pour atténuer le dommage. Mais l'idée d'une telle « obligation »

[64] *Annuaire... 1999*, vol. II (2e partie), A/54/10, par. 411 à 415, p. 89 et 90.

[65] *Projet Gabcikovo-Nagymaros* (voir *supra* note 35), par. 80, p. 55.

ne devait pas être interprétée comme signifiant que, si elle n'était pas respectée, les règles secondaires s'appliquaient et il y avait lieu à réparation. Par contre, le fait de ne pas tenter d'atténuer le dommage entraînerait une limitation des dommages-intérêts susceptibles d'être recouvrés. Toutefois, on a également émis l'avis que l'alinéa *b* pourrait créer des difficultés dans la mesure où il obligerait les États à prendre des mesures préventives concernant toutes les violations possibles du droit international afin d'obtenir une réparation intégrale.

12. Conclusions du Rapporteur spécial sur le chapitre II

227. Le Rapporteur spécial a souscrit à l'observation selon laquelle l'étendue de l'obligation de restitution (art. 43) dépendait des règles primaires en jeu. Il y avait donc un élément « juridique » d'impossibilité mais, sous réserve qu'il soit clairement indiqué que l'article 29 *bis* s'appliquait à la deuxième partie, l'alinéa *b* tel qu'adopté en première lecture était inutile. Les arguments avancés par les États faisant valoir l'impossibilité de la restitution pour des raisons de droit interne ne constituaient pas des faits justificatifs en droit international, mais il était clair que les règles primaires de droit international pouvaient entrer en jeu à ce stade.

228. S'agissant de savoir s'il convenait d'adopter une conception étroite ou large de la restitution, le Rapporteur spécial a exprimé sa préférence pour la conception étroite. Le *dictum* de l'affaire de l'*Usine de Chorzów*[66] visait la réparation en général, et concernait donc la *restitutio in integrum* dans un sens général; il ne s'agissait pas de la restitution au sens de l'article 43, laquelle avait déjà été exclue au moment où la CPJI avait prononcé son *dictum*, l'Allemagne y ayant renoncé. Il était déjà indiqué au chapitre premier que la réparation devait être intégrale. Si la restitution n'était pas interprétée dans ce sens étroit, il se produirait un chevauchement inacceptable entre l'article 43 et d'autres formes de réparation. La Commission avait indiqué très clairement en première lecture qu'elle adoptait cette approche, et cela n'avait pas suscité de critiques des gouvernements.

229. S'agissant de la question de savoir à qui devait être faite la restitution, il fallait rédiger les articles pour qu'ils puissent être invoqués par l'État lésé dans un contexte bilatéral, par l'un des États lésés dans un contexte multilatéral ou, assurément, par les États qui étaient dans la position de l'Éthiopie et du Libéria dans les affaires du *Sud-Ouest africain*[67]. La restitution pouvait être demandée par différents États, et l'indemnisation pouvait être sollicitée au nom de divers intérêts, et cela devait être reflété dans le texte.

230. S'agissant de l'article 44 sur l'indemnisation, le Rapporteur spécial était disposé à envisager des dispositions plus précises, considérant qu'il était indispensable de tenir compte des différentes relations juridiques en cause, y compris des relations juridiques avec des entités non étatiques. Une conception moderne de la responsabilité devait s'envisager en plusieurs strates.

231. Il a en outre relevé qu'une majorité de membres de la Commission avaient préconisé la réintroduction de la référence au manque à gagner. Le problème était toutefois que l'article 44 tel qu'adopté en première lecture décodifiait le droit existant relatif au manque à gagner. La réintroduction de la référence nécessiterait un autre article ou paragraphe. La question pouvait aussi intéresser l'article 45 *bis*. De l'avis du Rapporteur spécial, il valait mieux conserver l'identité propre de l'article 45 *bis* et ne pas l'englober dans l'article 44. Une formulation propre des intérêts étant possible, un traitement particulier du manque à gagner était également possible.

232. S'agissant de la question du préjudice moral, il était clair que l'article 44 couvrait le préjudice moral subi par des personnes, alors que ce qui était qualifié de préjudice moral pour les États était censé être traité à l'article 45. L'emploi de l'expression « préjudice moral » était source de confusion pour les raisons qu'il avait exposées à propos de l'article 45. Au contraire, la teneur de la disposition devait être clarifiée, et des termes contestables comme « moral » ne devaient figurer que dans les commentaires.

233. En ce qui concerne l'article 45 relatif à la satisfaction, le débat sur le projet d'article avait révélé des divergences de vues majeures. La notion de satisfaction était consacrée dans la doctrine et la jurisprudence, et la supprimer constituerait un changement fondamental. La notion de satisfaction avait une fonction hybride, certains de ses aspects étant assimilés à la réparation, comme cela était le cas dans l'article 41 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme). Les aspects immatériels des différends internationaux étaient souvent importants et il était indispensable de régler les différends d'une manière qui « satisfasse » les deux parties. Cette nécessité d'un accord pour qu'il y ait satisfaction était implicite dans l'emploi du verbe « offrir ».

234. Tout en reconnaissant que l'institution de la satisfaction avait fait l'objet par le passé de graves abus, le Rapporteur spécial a estimé que ce n'était pas une raison suffisante pour y renoncer, mais qu'il convenait de la réexaminer afin qu'elle remplisse les fonctions adaptées au monde contemporain. Le principal problème que posait l'article 45, tel qu'adopté en première lecture, était qu'il ne prévoyait pas la reconnaissance d'une violation par l'État qui l'avait commise, ni, dans un contexte judiciaire, la constatation de l'existence d'une violation. Dans la pratique moderne, la forme normale de la satisfaction était la constatation de l'existence d'une violation, comme cela avait été le cas dans l'affaire du *Détroit de Corfou*[68]. L'expression de regrets ou des excuses pouvaient, en impliquant qu'il y avait eu violation, remplir la même fonction. La démarche du Rapporteur spécial avait consisté à « scinder » la satisfaction en distinguant sa forme « normale », à savoir la reconnaissance de la violation par l'État qui l'avait commise ou sa constatation par un tribunal, de ses formes exceptionnelles. À cet égard, il

[66] Voir *supra* note 39.

[67] *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J Recueil 1966*, p. 6.

[68] Voir *supra* note 62.

n'était pas favorable à la fusion proposée des paragraphes 2 et 3, qui brouillerait cette distinction.

235. S'agissant du paragraphe 3, il a fait observer que les formes de satisfaction qui y étaient visées avaient un rôle essentiellement exemplaire et donc symbolique même si, dans certains cas, comme dans l'affaire du *I'm Alone*[69], une somme substantielle avait été allouée au titre de la satisfaction. Lorsqu'elle avait adopté les articles en première lecture, la Commission avait opté pour le traitement de ce type de situation dans le cadre de l'article 45, et non de l'article 44. Ce faisant, elle avait limité le concept de manière insatisfaisante, en rejetant l'analogie entre le préjudice immatériel causé à des individus en cas d'offense, *injuria* au sens général, et l'*injuria* envers des États. Un moyen d'atténuer les inquiétudes quant aux abus possibles de la satisfaction consisterait à admettre que cette forme de préjudice non matériel pouvait aussi être indemnisée au titre de l'article 44, en prévoyant l'octroi de dommages-intérêts aux États en cas d'*injuria*. Il ne resterait à l'article 45 que les éléments non pécuniaires et « expressifs » du règlement des différends.

236. Le Rapporteur spécial a indiqué que le maintien d'une liste non exhaustive des principales formes de satisfaction était utile. Il n'avait pas d'opinion bien arrêtée quant au maintien dans le projet d'articles des dommages-intérêts symboliques. Il a aussi observé que l'ouverture d'une enquête pouvait aussi se révéler importante en ce qu'elle permettait de savoir ce qui s'était effectivement passé et qu'elle pouvait, en outre, conduire à des assurances et des garanties de non-répétition.

237. S'agissant de l'alinéa *c* du paragraphe 3, le Rapporteur spécial a noté que l'on pouvait arguer que la teneur de cet alinéa était déjà couverte par les règles primaires et ne constituait pas une fonction essentielle de la satisfaction.

238. Pour ce qui concerne le paragraphe 4, le Rapporteur spécial a rappelé que la majorité des membres de la Commission avaient souscrit à la notion de proportionnalité, et a souligné que le principal objectif du paragraphe 4 était de prévenir des exigences excessives en matière de satisfaction.

239. S'agissant de l'article 45 *bis* relatif aux intérêts, si certains membres avaient estimé que les intérêts étaient un aspect de l'indemnisation, la majorité avaient exprimé leur préférence pour que les intérêts fassent l'objet d'un article distinct, même s'ils ne représentaient qu'un accessoire de l'indemnisation. Le Rapporteur spécial estimait, quant à lui, que les dispositions relatives aux intérêts ne devaient pas être incorporées à l'article relatif à l'indemnisation car, dans certaines circonstances, des intérêts pouvaient être payables sur des sommes principales dues à un autre titre que l'indemnisation, par exemple sur une somme due en vertu d'une règle primaire.

240. À propos de l'article 46 *bis*, le Rapporteur spécial a fait observer que, si le but principal de l'article était de limiter le montant de l'indemnisation, il pouvait, dans certaines circonstances, avoir un effet différent, par exemple lorsque, en raison de la présentation tardive d'une demande de paiement, un tribunal pouvait être amené à décider qu'il n'y avait pas lieu au paiement d'intérêts.

241. Au sujet de l'alinéa *a*, le Rapporteur spécial a noté que la majorité des membres avaient appuyé son libellé, qui était très proche du texte adopté en première lecture, lequel avait été largement accepté par les États. Une opposition était cependant apparue au cours du débat entre ceux qui étaient favorables à des dispositions plus étoffées et ceux qui préféraient des dispositions plus concises. Il appartiendrait au Comité de rédaction de tenter de concilier les différents points de vue.

13. Présentation par le Rapporteur spécial de la deuxième partie *bis*, intitulée « Mise en œuvre de la responsabilité des États »

Chapitre premier. – Invocation de la responsabilité d'un État

a) *Observations générales sur la deuxième partie* bis

242. Le Rapporteur spécial a rappelé que la Commission avait décidé à titre provisoire de formuler la deuxième partie sous l'angle des obligations de l'État auteur du fait illicite, et d'ajouter une nouvelle deuxième partie *bis* traitant des droits de l'État lésé d'invoquer la responsabilité. La Commission avait aussi accepté la distinction faite par le Rapporteur spécial entre l'État lésé en tant qu'État victime et les États qui avaient un intérêt légitime à invoquer la responsabilité même s'ils n'étaient pas eux-mêmes directement affectés par la violation.

243. Le chapitre III du rapport du Rapporteur spécial traitait de l'invocation de la responsabilité par l'État lésé, à savoir l'État qui était partie à l'obligation bilatérale ou qui était spécialement affecté ou nécessairement affecté par la violation d'une obligation multilatérale. Cela était sans préjudice des dispositions particulières sur le droit d'une autre catégorie d'États, à savoir ceux qui relevaient du paragraphe 2 de l'article 40 *bis*, d'invoquer la responsabilité de diverses manières, une question qui serait examinée ultérieurement.

b) *Le droit d'invoquer la responsabilité d'un État (article 40* bis*)*

244. La Commission avait déjà examiné l'article 40 *bis*, même si la place qu'il occupait dans le projet d'articles était encore provisoire. Le Rapporteur spécial a ultérieurement proposé que ce projet d'article soit placé dans le chapitre premier de la deuxième partie *bis*. Il a indiqué qu'ordinairement l'État lésé pouvait choisir entre la restitution et l'indemnisation. Il n'estimait pas que l'État lésé pût choisir la forme de la satisfaction, c'est-à-dire exiger une forme particulière de satisfaction, même s'il avait droit d'exiger satisfaction sous une forme ou une autre. Mais l'État lésé avait le droit de refuser la restitution en faveur de l'indemnisation. Cependant, il existait des limites exceptionnelles au droit de l'État lésé de le faire, comme l'indiquait la notion de choix « valable ». Ces questions étaient généralement traitées dans le contexte de la continuité de l'exécution de l'obligation primaire, et non d'un mécanisme de choix entre les formes de réparation.

[69] Voir *supra* note 63.

c) *Invocation de la responsabilité par un État lésé (article 46* ter*)*

245. Le Rapporteur spécial a proposé un article 46 *ter*[70] sur les conditions formelles d'invocation de la responsabilité, qu'il a élaboré par analogie avec l'article 65 de la Convention de Vienne de 1969. Le premier paragraphe de l'article proposé exigeait comme condition minimale que la réclamation soit notifiée, car certaines conséquences découlaient de l'absence de notification de la réclamation sur une longue période; par exemple, l'État pouvait être réputé y avoir renoncé.

246. Quant à la question de la recevabilité des réclamations, qui faisait l'objet du paragraphe 2, le Rapporteur spécial a fait observer que, si des règles détaillées sur la nationalité des réclamations et l'épuisement des voies de recours internes figuraient dans le sujet de la protection diplomatique, il s'agissait ici de conditions de la recevabilité de la réclamation elle-même, et non de questions de recevabilité judiciaire, lesquelles ne relevaient pas des projets d'articles sur la responsabilité des États. Comme telle, cette question méritait d'être mentionnée dans le projet d'articles, et c'était au chapitre premier de la deuxième partie *bis* que, selon lui, elle devait l'être.

d) *Perte du droit d'invoquer la responsabilité (article 46* quater*)*

247. Le Rapporteur spécial a noté que la Convention de Vienne de 1969 envisageait la perte du droit d'invoquer un motif de suspension ou d'extinction d'un traité. Comme de telles questions se posaient fréquemment en pratique, il était opportun de proposer une disposition analogue traitant de la perte du droit d'invoquer la responsabilité, et tel était l'objet de l'article 46 *quater*[71]. Les motifs possibles de perte du droit d'invoquer la responsabilité étaient la renonciation, la prescription, le règlement et l'extinction ou la suspension de l'obligation violée. Ces dernières étaient importantes, pour ainsi dire *a contrario*, parce que l'extinction ou la suspension de l'obligation violée ne faisaient pas naître de perte d'un droit d'invoquer la responsabilité, comme l'avaient relevé des tribunaux arbitraux à l'époque moderne.

248. Le texte proposé retenait deux motifs de perte du droit d'invoquer la responsabilité : la renonciation, y compris par la conclusion d'un règlement, et l'absence de notification dans un délai raisonnable. Pour ce qui est de la renonciation, il n'était pas douteux que, normalement, l'État lésé pouvait renoncer à une réclamation. Cela était une manifestation du principe général du consentement. Il n'était néanmoins pas possible de codifier le droit des modalités de l'expression de leur consentement par les États. Pouvait être assimilée à une renonciation l'acceptation sans condition d'une offre de réparation (même partielle), en d'autres termes, le règlement du différend. Un second motif de perte du droit d'invoquer la responsabilité était le retard excessif; il n'y avait pas de période prédéfinie ni de délai pour la présentation des réclamations en droit international, mais les circonstances pouvaient être telles que l'État responsable pouvait raisonnablement croire que la réclamation avait été abandonnée, et cette idée faisait l'objet d'un paragraphe distinct.

e) *Pluralité d'États lésés (article 46* quinquies*)*

249. Le Rapporteur spécial a rappelé que son deuxième rapport[72] avait introduit la question de la pluralité d'États lésés et le problème épineux de la nature de la responsabilité lorsqu'il y avait plus d'un État en cause, dans le cadre du chapitre IV de la première partie, et qu'il avait été décidé de l'avis général que la Commission devrait traiter de cette question plus en détail. Le Rapporteur spécial a noté l'existence d'une tendance à recourir à la terminologie utilisée dans les systèmes de droit interne et à employer des expressions comme responsabilité solidaire *(joint and several responsibility* ou *solidary responsibility).* De fait, dans certains cas, des expressions comme *joint and several responsibility* ou *joint and several liability* étaient utilisées dans des traités, comme l'attestait la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux. Le problème était néanmoins que les différents systèmes juridiques concevaient cette responsabilité différemment; et même à l'intérieur des systèmes, des différences existaient aussi selon les domaines du droit (droit des contrats ou responsabilité civile, par exemple). Il fallait donc être très prudent lorsque l'on recourait à des analogies avec le droit interne dans ce domaine.

250. Le Rapporteur spécial a proposé l'article 46 *quinquies* comme base du débat[73]. Cette disposition ne préju-

[70] Le texte de l'article 46 *ter* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 46* ter. – *Invocation de la responsabilité par un État lésé*

1. Un État lésé qui cherche à invoquer la responsabilité d'un autre État en vertu du présent projet d'articles doit notifier sa réclamation à cet État et devrait préciser :

a) Le comportement qui est selon lui requis de l'État responsable pour assurer la cessation de tout fait illicite ayant un caractère continu, conformément à l'article 36 *bis*;

b) La forme que devrait prendre la réparation.

2. La responsabilité d'un État ne peut pas être invoquée en vertu du paragraphe 1 si :

a) La réclamation n'est pas posée conformément à toute règle applicable en matière de nationalité des réclamations;

b) La réclamation est soumise à l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, et toutes voies de recours internes effectives qui sont à la disposition de la personne ou de l'entité au nom de laquelle la réclamation est posée n'ont pas été épuisées. »

[71] Le texte de l'article 46 *quater* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 46* quater. – *Perte du droit d'invoquer la responsabilité*

La responsabilité d'un État ne peut pas être invoquée en vertu du présent projet d'articles si :

a) La réclamation a fait valablement l'objet d'une renonciation, soit sous la forme de l'acceptation sans condition d'une offre de réparation, soit d'une autre manière non équivoque;

b) La réclamation n'est pas notifiée à l'État responsable dans un délai raisonnable après que l'État lésé a pris connaissance de la lésion, et si les circonstances sont telles que l'État responsable pouvait raisonnablement croire que la réclamation ne serait plus maintenue. »

[72] Voir *supra* note 20.

[73] Le texte de l'article 46 *quinquies* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 46* quinquies. – *Pluralité d'États lésés*

Lorsque deux États ou davantage sont lésés par le même fait internationalement illicite, chaque État lésé peut, pour ce qui le concerne, invoquer la responsabilité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite. »

geait pas de la situation dans laquelle des États parties à un régime particulier avaient défini un ensemble de règles applicables à une activité menée par plus d'un État, plus d'une entité ou plus d'une personne. En l'absence de dispositions particulières, la situation était relativement simple : quand il y avait plus d'un État lésé, au sens restreint du paragraphe 1 de l'article 40 *bis*, chacun d'eux pouvait invoquer, pour son propre compte, la responsabilité de l'État responsable.

f) *Pluralité d'États responsables du même fait internationalement illicite (article 46* sexies*)*

251. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'article 46 *sexies*[74] envisageait la situation dans laquelle plus d'un État étaient responsables d'un dommage particulier, différente de celle où une série d'États avaient séparément causé un dommage à un État donné. L'exemple classique est l'affaire du *Détroit de Corfou*[75], dans laquelle un État A avait posé des mines sur le territoire d'un État B dans des circonstances telles que ce dernier État était responsable de la présence des mines. La responsabilité de l'État B dans ces circonstances particulières n'excluait pas la responsabilité de l'État A. De même, en vertu du chapitre IV de la première partie, plusieurs États pouvaient être simultanément responsables du même dommage causé par le même fait.

252. La disposition était nuancée de deux manières. Premièrement, l'alinéa *a* du paragraphe 2 posait le principe prohibant le double recouvrement en tant que limite de la réparation, un principe qui a été reconnu par les cours et tribunaux. Toutefois, il jouait principalement dans les cas où l'État lésé faisait valoir une même réclamation, ou à tout le moins invoquait le même dommage à l'encontre de plusieurs États. D'autres situations pouvaient être envisagées, mais le projet d'articles ne pouvait traiter de toutes les ramifications procédurales des situations de responsabilités multiples. Il était donc suffisant de mentionner la règle interdisant le double recouvrement dans le cadre de la disposition traitant de la pluralité d'États responsables.

253. En outre, deux clauses de sauvegarde relatives à la recevabilité d'une procédure et à l'exigence de contribution entre États responsables ont été incluses à l'alinéa *b*. Sur le premier point, la référence première est la règle énoncée dans l'affaire de l'*Or monétaire*[76], bien que ce fût une règle de procédure purement judiciaire. Quant à la question de la contribution, qui devait être résolue entre les États concernés, l'idée était que l'État lésé pouvait obtenir réparation intégrale du préjudice que lui avait causé l'acte imputable à l'État A, même si le même acte était imputable également à l'État B ou si l'État B en était responsable. Ce principe découlait de la décision prise dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, et était étayé par les principes généraux du droit et des considérations d'équité.

254. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'il avait aussi examiné aux paragraphes 244 à 247 de son rapport le principe *non ultra petita*, selon lequel un tribunal ne pouvait, en relation avec une réclamation internationale, accorder à un État plus que ce que celui-ci a demandé. Si ce principe avait été largement reconnu par les tribunaux, il s'agissait en réalité d'une manifestation de la doctrine sous-jacente du choix, et il n'y avait donc pas à le consacrer expressément dans le projet d'articles.

14. Résumé du débat sur la deuxième partie *bis*

Chapitre premier. – Invocation de la responsabilite d'un État

a) *Le droit d'invoquer la responsabilité d'un État (article 40* bis*)*

255. S'agissant de la place de l'article 40 *bis*, qu'il était proposé de placer dans la deuxième partie *bis*, on a noté qu'il n'y aurait plus dans la deuxième partie d'indication quant aux États auxquels les obligations découlant de la responsabilité internationale étaient dues. De même, la deuxième partie *bis* devait aussi être complétée, parce que l'article 40 *bis*, tel que proposé par le Rapporteur spécial, distinguait entre les États lésés et ceux qui avaient un intérêt juridique, mais il était nécessaire de préciser ce qu'impliquait le fait d'avoir un intérêt juridique. L'article 46 *ter* permettait à l'État lésé invoquant la responsabilité de choisir la forme de la réparation, mais rien n'était dit sur cette dernière catégorie d'États. Les États en question pouvaient, par exemple, demander la cessation et des assurances et garanties de non-répétition.

b) *Invocation de la responsabilité par un État lésé (article 46* ter*)*

256. L'idée d'inclure, sur les formes de l'invocation de la responsabilité, un article comparable à celui proposé par le Rapporteur spécial a bénéficié d'un appui général.

257. Pour ce qui est de l'obligation de notifier la réclamation, prévue dans la disposition liminaire du paragraphe 1 de la proposition du Rapporteur spécial, on a dit que l'analogie avec l'invocation de la nullité, la suspension ou l'extinction d'un traité en vertu de l'article 65 de la Convention de Vienne de 1969 était poussée trop loin. Il n'y avait aucune raison qu'un État doive d'abord formuler

[74] Le texte de l'article 46 *sexies* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 46* sexies. – *Pluralité d'États responsables du même fait internationalement illicite*

1. Lorsque deux États ou davantage sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État doit être déterminée conformément au présent projet d'articles par rapport au fait de cet État.

2. Le paragraphe 1 :

a) Ne permet pas à un État, une personne ou une entité de recouvrer par le biais de l'indemnisation davantage que le dommage qu'il ou elle a subi;

b) Est sans préjudice de :

i) Toute règle relative à la recevabilité d'une procédure devant une cour ou un tribunal;

ii) Toute exigence de contribution existant entre les États responsables. »

[75] Voir *supra* note 62.

[76] *Or monétaire pris à Rome en 1943, arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 19.

une protestation ou notifier son intention d'invoquer la responsabilité.

258. En outre, le fait que le texte n'exigeait pas que la notification de la réclamation soit écrite a été approuvé. À cet égard, l'analogie avec l'article 23 de la Convention de Vienne de 1969 n'était pas appropriée. Les États ne communiquaient pas toujours par écrit, et on ne savait pas toujours clairement quels actes étaient couverts par l'expression « par écrit ». Selon les circonstances, la notification pouvait être valablement faite sous diverses formes, allant d'un rappel officieux ou confidentiel à une déclaration publique ou une protestation officielle. On a évoqué à cet égard l'approche souple adoptée dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*[77]. De ce fait, exiger un écrit ne refléterait pas la pratique existante ni les normes adoptées par la CIJ. Certains membres ont, à l'opposé, proposé d'ajouter « par écrit » après le mot « notifié ». On a aussi proposé d'employer l'expression « notifier officiellement » ou, dans le texte anglais, le terme *notification*. Le Rapporteur spécial a fait observer en réponse que sa proposition ne prévoyait qu'une obligation de « notifier », un terme qui était plus souple que le mot « écrit »; il a convenu que beaucoup dépendait des circonstances.

259. Pour ce qui est des alinéas *a* et *b*, on a proposé, dans la disposition liminaire du paragraphe 1, de remplacer « devrait », trop permissif, par « doit », afin que les prescriptions figurant dans ces alinéas soient obligatoires. Pour d'autres membres, toutefois, « devrait » reflétait mieux l'état du droit. On a aussi proposé que les alinéas *a* et *b* soient supprimés et transférés en substance dans le commentaire.

260. Pour certains membres, l'alinéa *a* du paragraphe 1 donnait l'impression que l'État lésé pouvait décider du comportement requis, ce qui n'était pas le cas. Un État responsable aurait le droit de formuler des objections si on exigeait un comportement autre que celui requis par la règle violée. On a aussi dit que la disposition devrait être indicative et non restrictive, afin qu'elle ne se limite pas à la cessation.

261. S'agissant de l'alinéa *b* du paragraphe 1, on a dit que le droit de l'État lésé de choisir la forme de réparation n'était pas énoncé de manière suffisamment claire, car l'on envisageait la forme et la procédure au sens large, mais non l'objet et le contenu de la réclamation. Le droit de choisir devrait être expressément énoncé dans le projet d'articles : l'État lésé pouvait exiger la restitution conformément à l'article 43 chaque fois que celle-ci était possible et non disproportionnée; l'État lésé ne pouvait renoncer à la restitution en cas de violation d'une norme impérative du droit international général, puisque le respect de l'obligation était dans l'intérêt de l'ensemble de la communauté internationale; mais, dans d'autres cas, rien n'empêchait un État de renoncer à la restitution ou à l'indemnisation au profit de la satisfaction. Selon une autre opinion, l'alinéa *b* du paragraphe 1 énonçait clairement le droit de l'État lésé de choisir la forme de la réparation. Pour d'autres membres encore, le « droit » de l'État lésé de choisir la forme de réparation n'était pas absolu, en particulier lorsque la restitution en nature était possible, faute de quoi le principe de la priorité de la restitution sur l'indemnisation n'aurait plus aucun sens. On a dit douter, en particulier, que ce droit de choisir puisse être interprété comme un droit subjectif de l'État lésé, auquel correspondait une obligation à la charge de l'État responsable (fournir la forme de réparation « vala-blement » choisie par l'État lésé). En pratique, le choix se limitait fréquemment à la restitution et l'indemnisation, sur la base d'un accord entre les parties. Le choix de la forme de réparation devait être considéré comme une « option » ou « prétention » au profit de l'État lésé, et non un droit que l'État responsable était tenu de respecter. En pratique, la question du choix de la forme de la réparation se poserait à un stade ultérieur, après les contacts initiaux avec l'État défendeur, de telle manière qu'il ne fallait pas l'assimiler à la notification initiale de la réclamation.

262. On a noté en outre que, si le projet d'articles ne régissait que les relations entre États, ces relations pouvaient être affectées par le fait que des individus ou des entités autres que les États étaient les bénéficiaires de la réparation, c'est-à-dire que des réclamations pouvaient être formulées à leur profit. On a donc proposé de reconnaître que les individus pouvaient avoir leur mot à dire dans le choix de la forme de la réparation.

263. En ce qui concerne le paragraphe 2, on a proposé d'en faire un article distinct, intitulé « Conditions de l'exercice de la protection diplomatique », parce qu'il n'était pas clairement lié au paragraphe 1.

264. On a dit craindre que la référence, à l'alinéa *a* du paragraphe 2, à la règle de la nationalité des réclamations ne préjuge des travaux futurs sur le sujet de la protection diplomatique. En outre, on a estimé que l'expression « nationalité des réclamations » était imprécise, et qu'il serait préférable de parler de la nationalité de la personne au nom de laquelle un État formulait une réclamation.

265. En ce qui concerne l'alinéa *b* du paragraphe 2, on a fait observer que l'inclusion d'un article sur la règle de l'épuisement des recours internes dans le projet d'articles limiterait la liberté de la Commission en relation avec le sujet de la protection diplomatique. Il était donc préférable d'utiliser une formule plus neutre, et de dire, par exemple, que les recours internes devaient avoir été épuisés conformément aux règles applicables du droit international. En procédant ainsi, on éviterait aussi de préjuger la question de savoir quelle approche – de fond ou procédurale – de la règle de l'épuisement des recours internes il fallait préférer. Pour d'autres membres, la formule utilisée par le Rapporteur spécial semblait pencher pour la théorie procédurale, et il était bien qu'il en soit ainsi. Néanmoins, il pourrait être plus judicieux de faire figurer dans la quatrième partie une clause de sauvegarde générale concernant le droit de la protection diplomatique.

266. En réponse, le Rapporteur spécial a rappelé que la Commission avait déjà examiné la question de l'épuisement des recours internes à l'occasion de l'examen de son deuxième rapport[78] et qu'elle avait conclu que la question devait être laissée en suspens, parce que l'approche à retenir (de fond ou procédurale) dépendait du contexte.

[77] *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 240.

[78] Deuxième rapport (*supra* note 20), par. 220 à 243.

Lorsqu'il était clair qu'il y avait déjà eu une violation (par exemple, en cas de torture), l'épuisement des recours internes était une condition procédurale pouvant faire l'objet d'une renonciation; dans d'autres cas, le déni de justice était le fond même de la réclamation. Il pouvait aussi y avoir des cas limites. La formulation de l'article 46 *ter* ne visait pas à préjuger la question. En outre, une référence expresse dans le projet d'articles était préférable, puisqu'on pouvait à tout le moins arguer que la règle de l'épuisement des recours internes s'appliquait hors du domaine de la protection diplomatique, par exemple aux réclamations individuelles formulées en matière de droits de l'homme en vertu du droit international général. Il était important que les dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme visent la règle de l'épuisement des recours internes comme étant celle applicable en vertu du droit international général.

267. Quant au principe *non ultra petita*, on a dit qu'il ne fallait pas le faire figurer dans le projet d'articles, car les tribunaux avaient le droit, dans les cas exceptionnels, de fixer une indemnisation supérieure à ce que demandait l'auteur de la réclamation. Son inclusion risquait aussi de limiter la liberté d'action des tribunaux internationaux de combiner comme ils le jugeaient bon les modes de réparation. D'autres membres ont cependant estimé que ce principe faisait partie intégrante du droit positif.

c) *Perte du droit d'invoquer la responsabilité (article 46* quater*)*

268. Selon un avis, le mot « renonciation » était employé dans un sens beaucoup trop large. Il a été suggéré dans ces conditions de faire appel à la place à la notion plus générale d'« acquiescement ». On a fait valoir que l'expression « sans condition » et l'adjectif « non équivoque » appelaient des éclaircissements. Il a été suggéré de prévoir par ailleurs le cas d'une renonciation partielle au droit d'invoquer une forme de réparation donnée, autrement dit que le choix du mode de réparation était une forme de renonciation partielle. L'avis a été exprimé aussi que le règlement ne saurait être tenu pour une forme de renonciation, mais qu'il devrait être traité séparément, parce qu'il ne suffisait pas qu'un État agisse unilatéralement. Le règlement devait être le fruit de l'action des deux États. Des doutes ont été par ailleurs émis quant à l'opportunité d'assimiler l'acceptation sans condition d'une offre de réparation à une renonciation.

269. La question a été posée de savoir ce qu'il advenait du fait illicite et de l'obligation de cessation et de réparation en cas de perte du droit d'invoquer la responsabilité. À ce propos, on a fait observer que l'obligation de réparation subsistait et que le fait illicite ne pouvait devenir licite que si la renonciation au droit d'invoquer la responsabilité équivalait à un consentement *ex post*.

270. Sur la question du délai et de la prescription extinctive, on a souscrit à l'avis du Rapporteur spécial selon lequel l'écoulement du temps ne suffisait pas en soi à rendre une demande en réparation irrecevable. Il était douteux que la prescription extinctive fût reconnue en droit international général dans le cas de toutes les catégories de réclamations. Elle n'était certainement pas indiquée dans le contexte des « crimes », réputés être imprescriptibles. De même, on a fait valoir les difficultés qu'il y avait à appliquer l'idée de prescription dans le cas des États qui étaient passés par un processus de décolonisation, car, très souvent, les éléments de preuve qui leur permettraient d'invoquer la responsabilité d'un autre État ne leur avaient pas été remis lors de leur accession à l'indépendance : la CIJ avait tenu compte de ce contexte dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*[79]. De même, l'expression « délai raisonnable » a été jugée trop vague. En revanche, d'autres membres ont considéré que cette notion était utile, en ce qu'elle laissait au tribunal le soin de déterminer, à partir des particularités de chaque réclamation, si le retard survenu dans la notification constituait un motif de perte du droit d'invoquer la responsabilité. Il n'était pas sûr que l'affaire *LaGrand*[80] citée dans le rapport fut un exemple approprié de perte du droit d'invoquer la responsabilité.

271. Une préférence a été exprimée en faveur du remplacement du dernier membre de phrase « l'État responsable pouvait raisonnablement croire que la réclamation ne serait plus maintenue » par une indication du comportement du requérant, car faire état de ce que la partie défenderesse avait cru pouvait soulever des problèmes quant à l'administration de la preuve. On a considéré aussi que tout ce membre de phrase était vague et subjectif et qu'il pouvait être supprimé.

d) *Pluralité d'États lésés (article 46* quinquies*)*

272. La proposition du Rapporteur spécial a été généralement approuvée, de même que l'idée que, contrairement à l'optique du projet d'articles adopté en première lecture, les relations internationales contemporaines revêtaient de plus en plus la forme de relations plurilatérales, phénomène qu'il était nécessaire de refléter dans le projet d'articles.

273. Toutefois, on a aussi émis l'avis que la situation envisagée à l'article 46 *quinquies* était par trop simpliste. On a cité l'exemple des réclamations multiples qui pouvaient être présentées au nom de particuliers (ressortissants étrangers) dans le cadre du régime européen de protection des droits de l'homme contre un État partie à la Convention européenne des droits de l'homme. Outre que le particulier pouvait lui-même présenter une réclamation, tout autre État partie à la Convention pouvait lui aussi soumettre une plainte contre l'État partie en cause. En outre, l'État de la nationalité avait le droit d'invoquer la responsabilité de l'État en question dans le dommage causé à ses nationaux dans le cadre du régime général de la responsabilité. De plus, tout autre État aurait le droit d'invoquer la responsabilité au sens strict si la violation était une violation flagrante d'une obligation *erga omnes*. Quatre différents types de conséquences pouvaient donc être envisagés pour un seul et même fait illicite. De même, la disposition à l'étude ne tenait pas suffisamment compte de la participation d'une organisation internationale aux actions menées conjointement par plusieurs États, ni en particulier de la responsabilité individuelle des États membres d'une organisation au sein de laquelle

[79] Voir *supra* note 77.

[80] *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999*, p. 9.

ils étaient censés agir selon le régime de la responsabilité solidaire. L'avis a été exprimé que le fait que les États agissaient conformément à une décision d'une organisation internationale n'avait aucune incidence sur l'illicéité de leur comportement. Il a été cependant souligné que la question de la responsabilité des organisations internationales outrepassait le champ du projet d'articles à l'étude.

274. Des avis divergents ont été émis quant à l'adéquation de l'exemple cité de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux. De l'avis de certains membres, même si elle pouvait servir à illustrer le régime de la responsabilité solidaire *(joint and several liability)*, la Convention était un exemple isolé qui n'avait pas fait école et ne pouvait être considérée comme attestant l'existence d'une tendance donnée en droit international. D'autres membres ont considéré que la mention de la Convention était tout à fait justifiée et qu'il faudrait aussi citer son article VI, qui réunissait des éléments de responsabilité internationale *(liability)* et de responsabilité des États *(responsibility)*. Des doutes ont été exprimés quant à l'utilité de l'exemple des accords mixtes conclus dans le cadre de l'Union européenne, qui faisaient l'objet d'un régime qui leur était propre. Le Rapporteur spécial a fait observer que le rapport avait pour but de recenser la pratique en la matière, qu'elle coïncidât ou non avec les conclusions formulées. Lui-même avait maintenu que ni le régime de la responsabilité solidaire visé dans la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux ni celui des accords mixtes conclus dans le cadre de l'Union européenne ne reflétaient la position générale du droit international.

e) *Pluralité d'États responsables du même fait internationalement illicite (article 46* sexies*)*

275. L'article proposé a recueilli un appui, mais on a fait observer que le paragraphe 1 soulevait des problèmes, parce qu'on ne savait pas très bien quand il y avait « même fait internationalement illicite » dans le cas d'une pluralité d'États auteurs. Il se pouvait qu'il y ait une pluralité de faits illicites commis par différents États contribuant au même dommage. Par exemple, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*[81], on pouvait prétendre qu'il y avait effectivement deux faits illicites, et non pas un. D'autres membres ont considéré que l'affaire du *Détroit de Corfou* montrait que le droit international penchait pour la responsabilité solidaire. Si le fait internationalement illicite de plusieurs États avait contribué au même dommage, chacun de ces États était tenu à la réparation du préjudice dans son ensemble, quitte à se retourner contre les États coresponsables, comme dans le cas de l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*[82].

276. S'agissant du caractère subsidiaire des analogies tirées des systèmes juridiques nationaux dans le contexte de l'article 46 *sexies*, dont il était question au paragraphe 275 du rapport, il a été noté que les principes généraux de droit visés à l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ reposaient sur des analogies tirées des systèmes juridiques nationaux. D'autres membres ont noté que ces analogies présentaient un intérêt limité, en l'occurrence en raison des différences existant entre les systèmes nationaux et les terminologies.

277. S'agissant du libellé du paragraphe 1, il a été suggéré de mettre l'accent sur les conséquences et non sur l'établissement de la responsabilité. Le Rapporteur spécial a expliqué que le mot « responsabilité » renvoyait à l'ensemble du projet d'articles.

278. À propos du paragraphe 2, une préférence a été exprimée en faveur de sa reformulation et de son incorporation dans l'article 44, consacré à l'indemnisation. S'agissant de l'alinéa *a* du paragraphe 2, on a émis l'avis que la règle interdisant le double recouvrement pouvait s'appliquer non seulement lorsqu'il existait une pluralité d'États responsables, mais aussi de façon plus générale; d'un autre côté, point n'était besoin de faire état du recouvrement de l'indemnisation par « une personne ou une entité » autre qu'un État, cette question relevant davantage du sujet de la protection diplomatique, étant entendu que l'État pouvait être lésé dans la personne de ses ressortissants. En outre, on a indiqué qu'il serait préférable de faire mention de la réparation plutôt que de l'indemnisation.

279. Des avis partagés ont été émis à propos du sous-alinéa i de l'alinéa *b*, sur la question des règles relatives à la recevabilité de la procédure. Il a été proposé de transférer cette disposition dans le commentaire dès lors que le projet d'articles n'avait pas à s'intéresser aux questions de procédure, et d'un autre côté on a appuyé le maintien de cette disposition.

280. À propos du sous-alinéa ii de l'alinéa *b*, il a été observé que l'exigence de contribution était une règle relevant de la *common law* et non du droit romaniste. Il serait donc préférable d'utiliser une expression plus neutre.

15. Conclusions du Rapporteur spécial sur le chapitre premier

281. Le Rapporteur spécial a noté qu'un accord général s'était dégagé au sein de la Commission en faveur de l'incorporation dans le projet d'articles d'un chapitre consacré à l'invocation de la responsabilité d'un État, distinct des chapitres traitant des conséquences directes d'un fait internationalement illicite.

282. À propos de l'article 46 *ter*, le Rapporteur spécial a déclaré avoir considéré qu'en anglais le mot *notice* était moins formel que le mot *notification*. Des divergences de vues avaient été exprimées sur le caractère plus ou moins formel de la notification, et sur la question de savoir si celle-ci devait être faite par écrit ou non. Le Rapporteur spécial, à titre provisoire, partageait l'avis de la majorité de la Commission selon lequel elle ne devrait pas être faite par écrit.

283. La question plus fondamentale concernait celle du choix entre les différents modes de réparation. La situation était totalement différente dans le cas où la question de la réparation, y compris la restitution, était liée à celle de la continuité de l'exécution de l'obligation. Il se pour-

[81] Voir *supra* note 62.

[82] Voir *supra* note 77.

rait que l'État lésé ne soit pas seul compétent pour dégager l'État responsable du devoir de continuer à exécuter l'obligation. Rien dans la doctrine en la matière ne permettait de résoudre le problème.

284. Restait donc à examiner le cas du rétablissement de la situation telle qu'elle existait antérieurement, lorsque le maintien de l'exécution de l'obligation n'était pas requis. La question était de savoir si, dans ces circonstances, l'État lésé pouvait librement choisir le mode de réparation, ou, dans les cas où la restitution était possible, si l'État responsable pouvait insister sur la restitution en lieu et place de l'indemnisation. Si l'État lésé avait déjà subi une perte susceptible d'évaluation financière qui n'avait pas été réparée intégralement par la restitution, l'État responsable pouvait-il insister sur la restitution ? À la connaissance du Rapporteur spécial, jamais pareille situation ne s'était produite, et le problème n'était pas aisé à résoudre dans l'abstrait. Il avait retenu l'adverbe « valablement » s'agissant de la renonciation, mais ce terme pouvait aussi s'appliquer, du moins implicitement, au choix de la forme de réparation en vertu de l'article 46 *ter*.

285. Quant à la question de savoir si les articles devraient être plus détaillés, s'agissant et de la validité du choix opéré et de la situation où il y avait plus d'un État lésé et où les États lésés n'étaient pas d'accord entre eux, le Rapporteur spécial pensait qu'ils ne devraient pas l'être, en partie parce que la pratique des États ne donnait aucune orientation et en partie parce que cela dépendrait dans une large mesure des circonstances particulières du fait et des règles en jeu. La déduction à tirer du chapitre II de la deuxième partie était probablement que, dans les cas où la restitution était possible, chaque État lésé avait droit à la restitution. Il se pourrait que ce droit l'emporte sur le choix opéré par un autre État lésé, à tout le moins lorsque ce choix avait pour effet de dénier ce droit. Mais de l'avis du Rapporteur spécial, il conviendrait de laisser jouer cette déduction car il était impossible d'envisager tout l'éventail des cas possibles.

286. Le Rapporteur spécial convenait avec la majorité que le paragraphe 2 de l'article 46 *ter* devrait être maintenu en tant qu'article distinct. Cette disposition posait la question plus générale du rapport entre le projet d'articles sur la responsabilité des États et le projet d'articles sur la protection diplomatique. La protection diplomatique n'était pas distincte de la responsabilité des États : un État agissant pour le compte de l'un de ses nationaux invoquait néanmoins la responsabilité des États. La suppression de la mention de la règle de l'épuisement des recours internes susciterait force préoccupations parmi les gouvernements, vu en particulier la place qu'elle occupait dans le projet d'articles adopté en première lecture. De plus, cette règle s'appliquait non seulement dans le cadre de la protection diplomatique mais aussi dans le cas de violations individuelles des droits de l'homme, violations qui relevaient non pas du droit de la protection diplomatique mais du droit de la responsabilité des États. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial penchait pour un article distinct reprenant la teneur du paragraphe 2 qui figurerait dans la deuxième partie *bis*, sans préjudice du débat contradictoire sur la question de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de fond ou une règle de procédure.

287. À propos de l'article 46 *quater*, relatif à la perte du droit d'invoquer la responsabilité, le Rapporteur spécial a noté que l'alinéa *a* avait recueilli un appui général, même s'il avait été suggéré de traiter de la notion de règlement par opposition à celle de renonciation. S'agissant de l'alinéa *b*, il a noté qu'il avait été observé qu'il existait une distinction entre le cas d'un délai déraisonnable revenant à un retard excessif ou *mora* et le cas où un retard pris par un État causait un préjudice effectif à l'État responsable.

288. S'agissant de la question de l'existence d'une pluralité d'États lésés ou d'États responsables, le Rapporteur spécial a noté qu'un appui général s'était dégagé en faveur de la démarche modérée qu'il avait suivie pour formuler les articles correspondants. Aucun appui ferme ne s'était manifesté au cours du débat en faveur d'une démarche plus catégorique privilégiant la théorie de la responsabilité solidaire. Le Rapporteur spécial a fait observer que l'affaire du *Détroit de Corfou*[83], qui avait été interprétée comme mettant en jeu deux faits illicites distincts ayant occasionné le même dommage, pouvait être interprétée d'une autre manière, à savoir comme le fait que deux États avaient agi de connivence dans le cadre d'un fait illicite unique. Cela étant, il a proposé que le Comité de rédaction examine la question de l'application de l'article 46 *sexies* au cas où il existait plusieurs faits illicites ayant causé chacun le même dommage.

289. Au sujet de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 46 *sexies*, le Rapporteur spécial s'est opposé à la proposition tendant à supprimer la mention « une personne ou une entité ». Il se trouvait à n'en pas douter des cas de recouvrement par l'entité individuelle lésée dans le cadre d'une procédure interne ou d'une procédure devant un tribunal international. Il était nécessaire de tenir compte dans ces cas du principe prohibant le double recouvrement. S'agissant de l'alinéa *b* du paragraphe 2, le Rapporteur spécial est convenu que le sous-alinéa i énonçait une règle de recevabilité au regard des tribunaux qui n'avait pas sa place dans l'article. Elle pourrait peut-être faire l'objet d'une clause de sauvegarde générale dans la quatrième partie. Le Rapporteur spécial a noté qu'il n'y avait aucun désaccord quant au fond sur le sous-alinéa ii.

16. Présentation par le Rapporteur spécial de la deuxième partie *bis*, intitulée « Mise en œuvre de la responsabilité des États » *(suite)*

Chapitre II. – Contre-mesures

a) *Observations générales sur les contre-mesures*

290. Le Rapporteur spécial a fait observer que la section D du chapitre III de son troisième rapport concernait uniquement la prise de contre-mesures par un État lésé, tel que défini au paragraphe 2 de l'article 40 *bis*, et que la question des contre-mesures collectives était envisagée dans le chapitre IV de son rapport (voir *infra* par. 355 à 357).

[83] Voir *supra* note 62.

291. Il a rappelé que, si les projets d'articles adoptés en première lecture établissaient un lien entre la prise de contre-mesures et le règlement des différends, il avait tenu compte de la décision prise par la Commission à titre provisoire, lors de sa cinquante et unième session, d'élaborer sur les contre-mesures des dispositions sans lien spécifique avec de nouvelles dispositions relatives au règlement des différends, et d'envisager les questions touchant le règlement des différends dans le projet d'articles à la lumière de l'ensemble du texte[84].

292. Les articles proposés reflétaient une restructuration visant à résoudre un certain nombre de difficultés théoriques et autres, tout en maintenant la substance des articles 47 à 50 adoptés en première lecture. Tel qu'adopté en première lecture, l'article 47 était une disposition hybride en ce qu'elle visait à définir les contre-mesures tout en essayant de les limiter, ce qui créait des problèmes. L'article 48 créait un problème, celui de la relation entre la procédure de demande de réparation et la prise des contre-mesures, qui était le plus controversé de l'ensemble du texte, et qu'il essayait de résoudre par une distinction entre mesures conservatoires et autres mesures dont la formulation n'était pas satisfaisante. Tel qu'adopté en première lecture, l'article 49 avait été conçu sous la forme d'une double négation, et le Rapporteur spécial en proposait une formulation plus stricte à la lumière des orientations données par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros*[85]. L'article 50 traitait de deux questions différentes du point de vue conceptuel : celle de savoir quelles obligations pouvaient être suspendues à titre de contre-mesures, et celle de savoir quels effets les contre-mesures ne pouvaient pas avoir, par exemple porter atteinte aux droits de l'homme ou aux droits d'États tiers.

293. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'à la cinquante et unième session il avait proposé l'ajout d'un article 30 *bis* traitant de l'exception d'inexécution en tant que circonstance excluant l'illicéité[86]. À l'époque, la Commission avait décidé de reporter l'examen de ce projet d'article jusqu'à ce qu'elle soit à même, à la lumière des articles relatifs aux contre-mesures qu'elle devait examiner à la présente session, d'en évaluer la nécessité et de se prononcer sur sa formulation précise. Pour les raisons que le Rapporteur spécial exposait aux paragraphes 363 à 366 de son troisième rapport, il ne proposait plus d'inclure cette disposition dans le projet d'articles.

b) *Les contre-mesures en tant que circonstance excluant l'illicéité (article 30)*

294. Le Rapporteur spécial a fait observer que la Commission avait décidé lors de sa cinquante et unième session de conserver, dans le chapitre V de la première partie, un article sur les contre-mesures en tant que circonstance excluant l'illicéité, mais d'attendre, pour donner au texte de cet article sa forme définitive, d'avoir examiné les contre-mesures prévues dans le chapitre III de la deuxième partie tel qu'adopté en première lecture[87]. Le Rapporteur spécial proposait maintenant une nouvelle formulation de l'article 30, plus simple[88].

c) *Objet et contenu des contre-mesures (article 47)*

295. Le Rapporteur spécial a souligné la distinction fondamentale qui existait entre la suspension d'une obligation et la suspension de son exécution. La Convention de Vienne de 1969 envisageait la suspension des obligations conventionnelles mais n'indiquait pas comment de telles obligations devaient être remises en vigueur. En partie pour éviter toute confusion avec la suspension des traités, on s'était abstenu, dans les projets d'articles adoptés en première lecture, d'utiliser le mot « suspension ». L'article 47 se contentait de dire que des contre-mesures étaient prises lorsqu'un État n'exécutait pas ses obligations. Mais cette approche posait problème, car dire qu'un État « n'exécute pas ses obligations » couvrait tous les types de situation, y compris celles dans lesquelles le dommage pouvait être irréparable et permanent.

296. Pour le Rapporteur spécial, l'essence de la notion de contre-mesure était qu'il s'agissait de la suspension par l'État lésé de l'exécution d'une obligation due à l'État responsable dans l'intention d'amener ce dernier à exécuter ses obligations de cessation et de réparation. Cette notion était énoncée dans le texte qu'il proposait pour l'article 47[89], et était assujettie aux limitations prévues dans les autres articles du chapitre II.

297. Le Rapporteur spécial a souligné que les contre-mesures susceptibles d'être prises n'étaient pas des contre-mesures réciproques, au sens que l'ancien rapporteur spécial, M. Riphagen, donnait à ce terme[90], à savoir des contre-mesures en relation avec la même obligation ou une obligation connexe. La question était de savoir si la notion de contre-mesures réciproques devait être introduite soit exclusivement soit au moins partiellement comme base de distinction dans le domaine des contre-mesures. Le Rap-

[84] *Annuaire... 1999,* vol. II (2e partie), A/54/10, par. 426 à 453, p. 90 à 93.

[85] Voir *supra* note 35.

[86] *Annuaire... 1999,* vol. II (2e partie), A/54/10, par. 334 à 347, p. 82 et 83.

[87] Ibid., par. 332 et 333 et 426 à 453, p. 82 et 90 à 93, respectivement.

[88] Le texte de l'article 30 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 30. – Les contre-mesures en tant que circonstance excluant l'illicéité*

L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure licite telle que prévue aux articles [47] à [50 *bis*]. »

[89] Le texte de l'article 47 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 47. – Objet et contenu des contre-mesures*

1. Sous réserve des articles suivants, un État lésé peut prendre des contre-mesures contre un État responsable d'un fait internationalement illicite pour l'inciter à s'acquitter de ses obligations en vertu de la deuxième partie, aussi longtemps qu'il ne s'est pas acquitté de ces obligations et pour autant que cela soit nécessaire à la lumière de ses réponses à la demande qu'il s'en acquitte.

2. Les contre-mesures sont limitées à la suspension de l'exécution d'une ou plusieurs obligations internationales à la charge de l'État prenant ces mesures envers l'État responsable. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir son troisième rapport, par. 293 à 297 et 321 à 333.

[90] Voir son sixième rapport (*supra* note 9), art. 8, p. 11.

porteur spécial approuvait la décision prise par la Commission en première lecture de rejeter cette distinction[91]. Limiter les contre-mesures aux contre-mesures réciproques créerait une situation dans laquelle plus répréhensible était le comportement de l'État responsable, moins il y avait de chances que des contre-mesures soient disponibles, parce que plus le comportement était répréhensible, plus il y avait de chances qu'il porte atteinte, par exemple, à des obligations en matière de droits de l'homme. Le vieil adage « dent pour dent » ne pouvait servir de base aux contre-mesures dans le monde moderne.

298. Un autre élément important qui manquait dans les projets d'articles adoptés en première lecture était la question du retour à la licéité si les contre-mesures produisaient leur effet et que les parties parvenaient à un règlement. Le Rapporteur spécial proposait de traiter de cette question en recourant à la notion de suspension de l'exécution d'une obligation, et non de l'obligation elle-même, énoncée au paragraphe 2 du texte qu'il proposait pour l'article 47. L'obligation demeurait en vigueur, et il n'était pas question qu'elle soit suspendue. L'obligation était là comme quelque chose par rapport à quoi les contre-mesures pouvaient être évaluées. Le Rapporteur spécial a fait observer que dans l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros*[92] la CIJ avait vu dans la réversibilité un élément substantiel de la notion de contre-mesure. Il approuvait cette idée dans son principe, et la question était de savoir comment lui donner effet, étant donné que pendant qu'elles étaient en vigueur, les contre-mesure avaient pour l'État responsable des effets négatifs dont personne ne suggérait qu'ils devaient être « défaits » rétrospectivement.

d) *Obligations non soumises à des contre-mesures et contre-mesures interdites (articles 47* bis *et 50)*

299. Le Rapporteur spécial a proposé de scinder l'article 50 tel qu'adopté en première lecture en deux dispositions. Les articles qu'il proposait distinguaient ainsi entre les obligations dont l'exécution ne pouvait être suspendue à titre de contre-mesures (art. 47 *bis*[93]) et les obligations auxquelles il ne pouvait être porté atteinte à titre de contre-mesures (art. 50[94]). Cette distinction était importante du point de vue de l'impact des contre-mesures sur les droits de l'homme. Les obligations en matière de droits de l'homme ne pouvaient être suspendues à titre de contre-mesures, car par définition les contre-mesures étaient prises contre un État et non contre des individus. Le problème se posait néanmoins de l'impact possible des contre-mesures sur les obligations en matière de droits de l'homme, une question traitée à l'article 50.

300. L'alinéa *a* de l'article 47 *bis* précisait que les contre-mesures n'étaient pas des représailles coercitives, des représailles belligérantes ni l'emploi de la force. Quant à l'alinéa *b*, sur l'immunité diplomatique et consulaire, la disposition correspondante adoptée en première lecture n'avait guère été critiquée et avait, d'une manière générale, été approuvée par les gouvernements dans leurs observations. L'alinéa *c*, relatif aux obligations de règlement des différends par une tierce partie, était implicite dans l'article 48 adopté en première lecture. Il était évident qu'un État ne pouvait suspendre une obligation relative au règlement pacifique des différends à titre de contre-mesure. L'article 50 adopté en première lecture traitait aussi des droits de l'homme, et indiquait qu'ils ne pouvaient faire l'objet de contre-mesures. Il apparaissait néanmoins clairement à la lecture de la définition des contre-mesures qui figure à l'article 47 que les obligations en matière de droits de l'homme elles-mêmes ne pouvaient être suspendues. Par contre, le Rapporteur spécial proposait un alinéa *d*, qui traitait d'une question distincte et plus limitée, à savoir les représailles touchant des obligations à caractère humanitaire. L'alinéa *e* avait été conservé dans l'article 47 *bis* car l'exécution d'obligations découlant de normes impératives du droit international général ne pouvait être suspendue que dans les cas prévus par ces obligations elles-mêmes.

301. Pour ce qui est de l'article 50, le Rapporteur spécial a rappelé que la référence, à l'alinéa *b* tel qu'adopté en première lecture, à des mesures de contrainte économique ou politique extrêmes visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de l'État responsable avait été très critiquée. C'est pourquoi il proposait une disposition plus simple, l'alinéa *a*, aux termes duquel les contre-mesures ne devaient pas porter atteinte à l'intégrité territoriale ou constituer une intervention dans le domaine réservé de l'État responsable.

302. Le Rapporteur spécial a aussi noté que, même licites au regard du projet d'articles, les contre-mesures ne pouvaient porter atteinte aux droits de tiers. Si des tiers avaient un droit contre l'État lésé, cet État était responsable vis-à-vis d'eux de toute atteinte à ce droit. Les tiers comprenaient les êtres humains, les bénéficiaires des droits fondamentaux de la personne humaine, et donc le nouvel alinéa *b* couvrait aussi les droits de l'homme.

---

[91] Voir *Annuaire... 1996,* vol. II (2e partie), A/51/10, note 200, p. 71.

[92] Voir *supra* note 35.

[93] Le texte de l'article 47 *bis* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 47* bis. – *Obligations non soumises à des contre-mesures*

Les obligations suivantes ne peuvent pas être suspendues à titre de contre-mesures :

a) Les obligations relatives à la menace ou à l'emploi de la force prévues dans la Charte des Nations Unies;

b) Les obligations relatives à l'inviolabilité des agents, locaux, archives ou documents diplomatiques ou consulaires;

c) Toute obligation relative au règlement des différends par tierce partie;

d) Les obligations à caractère humanitaire excluant toute forme de représailles contre les personnes qu'elles protègent;

e) Toute autre obligation existant en vertu des normes impératives du droit international général. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir son troisième rapport, par. 334 à 343.

[94] Le texte de l'article 50 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 50. – Contre-mesures interdites*

Les contre-mesures ne doivent pas :

a) Porter atteinte à l'intégrité territoriale ou constituer une intervention dans le domaine réservé de l'État responsable;

b) Porter atteinte aux droits de tierces parties, notamment aux droits fondamentaux de l'homme. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, ibid., par. 311 à 319 et 347 à 354.

e) *Conditions du recours à des contre-mesures (article 48)*

303. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'avant de prendre des contre-mesures un État devait d'abord invoquer la responsabilité de l'État auteur en lui demandant d'exécuter ses obligations : jusque-là, tout le monde était d'accord. Dans le texte qu'il proposait pour l'article 48[95], le paragraphe 1 énonçait l'obligation fondamentale de soumettre une demande à l'État responsable. De plus, le paragraphe 2 prévoyait la possibilité pour l'État lésé de prendre des contre-mesures à titre provisoire si cela était nécessaire pour préserver ses droits. L'expression « mesures conservatoires » n'était pas utilisée, car elle renvoyait à la procédure judiciaire, et le Rapporteur spécial lui avait préféré la notion de « mise en œuvre provisoire » des contre-mesures. Le paragraphe 3 énonçait une autre condition, à savoir que si les négociations ne conduisaient pas au règlement du différend dans un délai raisonnable, l'État lésé pouvait prendre des contre-mesures pleines et entières.

304. Si la Commission décidait qu'il ne fallait pas distinguer entre les contre-mesures « provisoires » et les autres, le Rapporteur spécial proposait une variante destinée à remplacer les paragraphes 1 à 3 de l'article 48[96].

f) *Proportionnalité (article 49)*

305. Le Rapporteur spécial a déclaré que la nouvelle formulation de l'article 49 qu'il proposait visait à souligner que la proportionnalité était une condition *sine qua non* de la licéité[97]. Elle cherchait donc à répondre à certaines des préoccupations exprimées par les États quant au rôle décisif que la condition de proportionnalité aurait à jouer. Sa proposition était inspirée de la formule adoptée par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros*[98].

g) *Suspension et cessation des contre-mesures (article 50* bis*)*

306. Le Rapporteur spécial a rappelé que l'article 48 adopté en première lecture prévoyait la possibilité de suspendre les contre-mesures après la cessation du fait internationalement illicite et l'engagement d'une procédure obligatoire de règlement des différends. Le texte adopté en première lecture passait sous silence la question de la cessation des contre-mesures, et plusieurs États avaient conseillé de prévoir une disposition en ce sens. La CIJ avait abordé la question de manière indirecte dans l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros*, mais sous l'angle de la réversibilité des mesures. Le Rapporteur spécial proposait donc l'article 50 *bis*[99], qui prévoyait à la fois la suspension des contre-mesures (par. 1 et 2) et leur cessation (par. 3). En ce qui concernait d'abord la suspension, prévue au paragraphe 1, le Rapporteur spécial avait conservé le point de vue adopté en première lecture, approuvé par les gouvernements et inspiré, dans une certaine mesure, des observations du tribunal arbitral dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*[100].

17. Résumé du débat sur la deuxième partie *bis* *(suite)*

Chapitre II. – Contre-mesures

a) *Observations générales sur les contre-mesures*

307. Des membres de la Commission ont approuvé les projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial, dans lesquels certains voyaient une amélioration par rapport au

[95] Le texte de l'article 48 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 48. – Conditions du recours à des contre-mesures*

1. Avant de prendre des contre-mesures, un État lésé doit :

a) Soumettre à l'État responsable une demande motivée l'appelant à remplir ses obligations;

b) Notifier à cet État les contre-mesures qu'il a l'intention de prendre;

c) Accepter de négocier de bonne foi avec cet État.

2. L'État lésé peut, à partir de la date de la notification, mettre en œuvre à titre provisoire les contre-mesures qui peuvent être nécessaires pour préserver ses droits en vertu du présent chapitre.

3. Si les négociations ne conduisent pas à la résolution du différend dans un délai raisonnable, l'État lésé, agissant conformément au présent chapitre, peut prendre les contre-mesures en question.

4. Un État ayant recours à des contre-mesures doit remplir les obligations qui lui incombent à l'égard du règlement des différends en vertu de toute procédure de règlement des différends en vigueur entre lui et l'État responsable. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, ibid., par. 298 à 305 et 355 à 360.

[96] Le texte proposé en lieu et place des paragraphes 1 à 3 de l'article 48 par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« 1. Avant que des contre-mesures ne soient prises, l'État responsable doit avoir reçu une demande visant à ce qu'il s'acquitte de ses obligations, conformément à l'article 46 *ter*, et doit ne pas l'avoir fait ou avoir refusé de le faire. »

[97] Le texte de l'article 49 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 49. – Proportionnalité*

Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et de ses effets préjudiciables sur la partie lésée. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir son troisième rapport, par. 306 à 310 et 346.

[98] Voir *supra* note 35.

[99] Le texte de l'article 50 *bis* proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 50* bis. – *Suspension et cessation des contre-mesures*

1. Les contre-mesures doivent être suspendues si :

a) Le fait internationalement illicite a cessé; et

b) Le différend est soumis à un tribunal ou un autre organe qui est habilité à émettre des injonctions ou à rendre des décisions obligatoires pour les parties.

2. Nonobstant le paragraphe 1, les contre-mesures peuvent être reprises en application du présent chapitre si l'État responsable ne se conforme pas à une demande ou à une injonction émanant du tribunal ou de l'organe, ou, d'une autre manière, ne met pas en œuvre de bonne foi la procédure de règlement des différends.

3. Il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'État responsable s'est acquitté des obligations qui lui incombent par rapport au fait internationalement illicite en vertu de la deuxième partie. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir son troisième rapport, par. 300, 305, 359 et 361.

[100] *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, sentence arbitrale du 9 décembre 1978, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente : E/F.80.V.7), p. 454 et suiv.

texte adopté en première lecture et qui ont été décrits comme établissant un juste équilibre entre les intérêts des États lésés et ceux des États responsables de faits illicites.

308. Les dispositions proposées ont également été bien accueillies par certains membres qui y voyaient une indication de l'idée que les contre-mesures étaient une réalité de fait, qui résultait du fait que le système international ne disposait pas des moyens d'exécution qu'offraient les systèmes nationaux. De plus, le droit international coutumier admettait la licéité des contre-mesures en tant que dernier recours dans certaines circonstances, et dans les limites de la nécessité et de la proportionnalité. En fait, il a été reconnu que la prolifération des régimes juridiques dans le système international avait augmenté la probabilité d'une violation des obligations internationales et, donc, celle du recours aux contre-mesures pour obtenir réparation. L'élaboration d'un régime de contre-mesures équilibré serait donc probablement plus utile que le silence pour limiter les abus. D'autre part, un membre a dit préférer parler des contre-mesures sous la forme négative, afin de faire bien comprendre leur caractère exceptionnel.

309. Plusieurs membres ont continué d'exprimer leur opposition aux contre-mesures et au fait qu'elles soient réglementées dans le projet d'articles. Il a été soutenu que l'inclusion des contre-mesures limitait l'acceptabilité du projet d'articles, aux yeux surtout des États les plus petits qui risquaient de subir les conséquences de contre-mesures imposées abusivement par des États puissants, même s'il fallait reconnaître qu'à l'occasion ces États plus petits y recouraient eux aussi entre eux. Il a également été déclaré que le droit coutumier n'offrait pas de bases suffisantes pour les contre-mesures. De plus, celles-ci avaient souvent des effets non réversibles. Si la Commission choisissait de traiter de la question des contre-mesures, les dispositions correspondantes devaient être concises et de caractère général.

310. De surcroît, le recours aux contre-mesures et les notions de contre-mesures provisoires et de proportionnalité étaient autant de sources potentielles de désaccord entre l'État qui se considérait lésé et l'État *censément* responsable – la responsabilité restant encore à déterminer. L'État soi-disant lésé ne pouvait résoudre unilatéralement ce désaccord, dont le règlement passait forcément par un mécanisme de règlement pacifique des différends. Plusieurs membres ont donc souhaité voir restauré le lien entre contre-mesures et règlement des différends, selon la proposition contenue dans le projet d'articles adopté en première lecture, car cela donnerait aux contre-mesures un appui plus solide en droit international. Il a été suggéré de prendre en compte des situations où il n'existerait pas de clause de règlement des différends entre les États concernés.

311. D'autres membres encore ont soutenu que le découplage des contre-mesures et du règlement des différends était acceptable, étant donné que le produit final des travaux de la Commission serait peut-être un instrument souple – une déclaration de l'Assemblée générale – et qu'il y avait de plus en plus de régimes spéciaux visant à réglementer les moyens par lesquels on pouvait inciter les États à revenir dans la voie de la légalité.

312. Pour sa part, le Rapporteur spécial estimait qu'il n'était pas possible d'établir un lien automatique entre l'adoption de contre-mesures et le règlement des différends mais que les articles pouvaient s'insérer dans les dispositifs de règlement des différends existants ou en cours d'élaboration, de sorte que l'État auquel était imputée une violation crédible du droit international serait à même d'empêcher l'adoption de contre-mesures contre lui en interrompant momentanément ou définitivement le fait censément illicite et en soumettant le litige à l'un quelconque des mécanismes judiciaires disponibles.

313. De nombreuses propositions de rédaction ont été faites, qui consistaient notamment à réduire le nombre de dispositions et à prévoir une définition juridique des contre-mesures. Il a été proposé aussi d'établir dans le projet d'articles une distinction explicite entre des notions aussi étroitement liées que sont les contre-mesures, les représailles, la rétorsion et les sanctions. D'autres membres ont proposé d'inclure expressément dans le projet les notions de contre-mesures réciproques et de réversibilité. Pour certains, les contre-mesures convenaient mieux dans le contexte des délits internationaux que dans celui des violations constituant des crimes internationaux; d'autres pensaient le contraire.

314. On a d'une manière générale approuvé la décision prise par le Rapporteur spécial de retirer sa proposition, faite à la cinquante et unième session, tendant à insérer un article 30 *bis* au chapitre V de la première partie pour y traiter, à titre de circonstance excluant l'illicéité, de la non-exécution d'une obligation provoquée par la non-exécution antérieure d'une obligation par un autre État.

b) *Les contre-mesures en tant que circonstance excluant l'illicéité (article 30)*

315. L'idée d'inclure, au chapitre V de la première partie, un article 30 faisant des contre-mesures licites une circonstance excluant l'illicéité a été approuvée d'une manière générale, cette possibilité ayant été reconnue par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros*[101] et par le tribunal arbitral dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*[102]. Inversement, il a été dit que l'article 30 était peut-être inutile, à la lumière des articles 47 *bis* et 50 *bis*. Au surplus, on a estimé qu'en réalité la circonstance excluant l'illicéité n'était pas la contre-mesure elle-même mais le fait internationalement illicite auquel elle ripostait.

c) *Objet et contenu des contre-mesures (article 47)*

316. Le texte proposé par le Rapporteur spécial pour l'article 47 a été approuvé mais plusieurs propositions, concernant la forme pour la plupart, ont été présentées. Il a par exemple été conseillé de prévoir le cas de la violation d'une obligation à l'égard d'un État tiers, comme le faisait le paragraphe 3 de l'article adopté en première lecture. D'autres membres ont estimé que ce serait inutile, puisque, par définition, les contre-mesures étaient adoptées à l'encontre d'un État défaillant et que leur effet dissuasif se limitait à cet État. Cela pouvait être explicité dans les articles 30 et 47, mais une disposition distincte sur les tierces parties n'était pas utile et pouvait prêter à confusion.

[101] Voir *supra* note 35.

[102] Voir *supra* note 100.

317. La plupart des membres ont approuvé l'idée du Rapporteur spécial de rejeter les contre-mesures réciproques puisqu'il était quasiment impossible, en pratique, que des représailles correspondent par leur substance à l'obligation violée. Mais l'idée d'ajouter au texte une mention explicite relative au principe de réversibilité a été soutenue.

318. Toute formule laissant entendre que les contre-mesures étaient un droit positif ou « subjectif » de l'État lésé a été jugée critiquable. Aussi pouvait-on reformuler le paragraphe 1 sous une forme négative ou sous une forme plus neutre – par exemple : « Un État lésé ne peut pas prendre de contre-mesures à moins que » – ou en s'inspirant du texte adopté en première lecture. Quant à la partie finale du paragraphe 1, il a été proposé soit de la supprimer, soit de la rendre plus claire de manière, par exemple, à limiter les contre-mesures au strict nécessaire, en fonction des circonstances. En aucun cas les contre-mesures ne devraient avoir un caractère punitif. Il a également semblé souhaitable de dire qu'il fallait être absolument certain, avant de prendre une contre-mesure, de la commission d'un fait internationalement illicite.

319. Quant au paragraphe 2, un membre a souhaité qu'on le supprime parce qu'il risquait de soulever dans la pratique des problèmes d'interprétation et que la question de la suspension de l'exécution avait été délibérément laissée de côté par la Commission pendant l'examen en première lecture. À cet égard, le renvoi à l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros* pour justifier le maintien de la notion de suspension a été jugé inapproprié. D'autres membres ont estimé que la mention de la suspension de l'exécution était acceptable puisqu'elle couvrait à la fois le retrait d'une interdiction et la suspension d'une obligation positive.

d) *Obligations non soumises à des contre-mesures et contre-mesures interdites (articles 47* bis *et 50)*

320. Une majorité des membres s'est prononcée contre la proposition du Rapporteur spécial visant à subdiviser l'article 50 adopté en première lecture en deux articles distincts et a déclaré préférer soit revenir à un article unique consacré aux contre-mesures interdites, soit incorporer la teneur de l'article dans l'article 48. Selon une autre opinion, on devrait, au cas où la distinction serait maintenue, placer l'article 47 *bis* immédiatement avant l'article 50.

321. Tout en appuyant l'article 47 *bis*, on a déclaré préférer une formulation plus générale à une liste énumérant les contre-mesures interdites. Une autre solution consisterait à simplifier ou à abréger l'article 47 *bis*, en renvoyant, dans une mention unique, aux normes impératives du droit international général, car la plupart des exceptions, sinon toutes, concernaient des normes impératives. Il a été suggéré aussi d'y inclure une règle générale confirmant que les contre-mesures étaient interdites lorsque l'obligation qui serait ainsi violée toucherait la communauté internationale dans son ensemble. En réponse, le Rapporteur spécial a proposé, quant à lui, d'indiquer que les contre-mesures ne pouvaient affecter que les obligations en vigueur liant l'État responsable et l'État lésé.

322. À propos de l'alinéa *a*, on a exprimé l'avis qu'il fallait mentionner expressément l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force.

323. S'agissant de l'alinéa *c*, on s'est demandé comment l'exécution d'une obligation concernant un règlement des différends par tierce partie pouvait dans la pratique être suspendue à titre de contre-mesure. Le défaut de comparution d'une partie à une procédure obligatoire de règlement des différends ne mettrait pas en soi fin à la procédure. De plus, il a été soutenu qu'en règle générale il faudrait laisser à l'État responsable la possibilité de remédier à la situation créée, notamment dans les cas où un traité énonçant l'obligation en cause prévoyait des mécanismes de mise en œuvre ou de règlement de différends. Si ces mécanismes s'avéraient inefficaces, l'État lésé pouvait alors légitimement recourir à des contre-mesures en vertu du droit international coutumier. Il a été suggéré aussi de prévoir explicitement le cas où un traité interdisait expressément l'adoption de contre-mesures, comme le faisait l'article 33 adopté en première lecture, qui prévoyait expressément le cas où une disposition conventionnelle excluait la possibilité d'invoquer l'état de nécessité.

324. Il a été suggéré de remanier l'alinéa *d* sur le modèle de la disposition adoptée en première lecture, ou d'incorporer un paragraphe supplémentaire excluant les droits de l'homme du jeu des représailles. On s'est aussi demandé si l'alinéa *e* devait être maintenu, dès lors que la notion même de norme impérative renfermait l'idée que la norme était intangible.

325. À propos de l'article 50, il était possible de modifier le titre proposé, pour bien préciser que l'article traitait de l'effet des contre-mesures. S'agissant de l'alinéa *a*, le mot « intervention » a suscité des préoccupations, car il était difficile de le définir dans la pratique. Certains membres souhaitaient revenir à la formule employée à l'alinéa *b* de l'article 50 adopté en première lecture, c'est-à-dire « mesures de contrainte économique ou politique extrêmes visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'État qui a commis le fait internationalement illicite », que l'on retrouvait couramment dans les résolutions de l'Assemblée générale et qui posait un principe important pour les pays en développement. D'autres membres ont approuvé la démarche du Rapporteur spécial, qui n'avait pas fait état de « l'indépendance politique de l'État », cette idée étant contenue implicitement dans l'expression « intégrité territoriale ». Selon un autre point de vue, la référence au « domaine réservé des États » ne correspondait pas à l'évolution du droit international, le paragraphe 7 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies imposant une limite à cette règle. Cette opinion a été contestée par d'autres membres.

326. À propos de l'alinéa *b*, on a souscrit au raisonnement du Rapporteur spécial selon lequel les obligations en matière de droits de l'homme étaient exclues du jeu des contre-mesures. Par ailleurs, la mention des droits de l'homme fondamentaux en relation avec l'expression « tierces parties », expression qui n'était applicable qu'aux États ou à d'autres sujets de droit international, a suscité des préoccupations. Dans ce sens, on a considéré que mieux vaudrait traiter de la question des droits de

l'homme dans une disposition distincte. Il a été par ailleurs souligné que la plupart des contre-mesures auraient quelque incidence sur certains droits de l'homme, notamment dans le domaine social et économique. D'autres préoccupations ont été exprimées à propos de la référence aux droits de l'homme « fondamentaux » et des interprétations divergentes auxquelles elle pourrait donner lieu dans la pratique. On a fait valoir aussi qu'il était douteux que l'interdiction d'adopter des contre-mesures équivalentes vaille pour toute violation des droits de l'homme ou qu'une distinction doive être établie entre diverses catégories de droits. Un appui a été exprimé en faveur de l'incorporation d'une disposition supplémentaire interdisant les contre-mesures portant atteinte à l'environnement.

327. Répondant aux observations formulées, le Rapporteur spécial a souligné que l'analyse des obligations en matière de droits de l'homme était complexe dans le cas des contre-mesures. Une contre-mesure qui était en soi licite pouvait constituer une violation de droits de l'homme si elle se prolongeait dans le temps, comme, par exemple, un embargo commercial. Le droit des contre-mesures devait être coordonné avec le droit international en vigueur relatif aux droits de l'homme. Le Rapporteur spécial a donc proposé de traiter des effets des contre-mesures au regard des droits de l'homme dans un article unique reprenant les articles 47 *bis* et 50, sans indiquer si certains droits de l'homme étaient fondamentaux ou non, car le contenu des droits eux-mêmes déterminerait la licéité des contre-mesures.

e) *Conditions du recours à des contre-mesures (article 48)*

328. À propos de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 48, on a fait observer qu'en principe les contre-mesures devaient être précédées d'une demande de l'État lésé, demande à laquelle l'État responsable se serait abstenu de répondre. Cette demande devait être exprimée très clairement afin que l'État responsable ne puisse se méprendre et comprenne bien la gravité des conséquences à prévoir. Au sujet de l'alinéa *b*, on a exprimé l'avis qu'il était prématuré de notifier l'adoption de contre-mesures avant le début des négociations. Par ailleurs, l'alinéa pouvait être supprimé, car informer l'État responsable de la nature exacte des contre-mesures envisagées risquait d'aller à l'encontre du but recherché. Il a été suggéré aussi de remanier l'article afin d'inclure dans le processus de notification l'offre de négociation. À propos de l'alinéa *c*, il a été suggéré de remplacer le mot « accepter » par le mot « proposer » ou « offrir ». On a par ailleurs considéré que l'article proposé, s'il insistait à juste titre sur la bonne foi de l'État responsable, ne disait rien de la bonne foi de l'État lésé. Si l'État responsable acceptait l'offre de négociation, ou s'il consentait à soumettre le différend à une procédure judiciaire ou arbitrale, l'État lésé ne pouvait pas être autorisé à recourir unilatéralement à des contre-mesures.

329. À propos du paragraphe 2, il a été proposé de supprimer la distinction entre les contre-mesures « conservatoires » et les autres contre-mesures car, en l'absence de cadre juridique les régissant, les « contre-mesures conservatoires » englobaient dans les faits et dans la pratique tous les éléments constitutifs des contre-mesures proprement dites. Il conviendrait plutôt de mettre l'accent sur le caractère exceptionnel des contre-mesures, de quelque type que ce soit.

330. Au sujet du paragraphe 3, on s'est interrogé sur le bien-fondé de l'emploi du mot « différend ». De même, on a jugé l'expression « délais raisonnables » trop vague. D'autres membres ont considéré que cette expression offrait à l'État lésé une garantie satisfaisante contre des négociations interminables et stériles.

331. Le texte abrégé présenté par le Rapporteur spécial en remplacement des paragraphes 1 à 3[103] a recueilli un appui.

332. S'agissant du paragraphe 4, l'avis a été exprimé que la notion de bonne foi exigeait que l'État qui s'était engagé à soumettre un différend à l'arbitre ou au juge ne contrevienne pas à cette obligation par des actes illicites. De plus, lorsque les États en cause relevaient d'un cadre institutionnel imposant des procédures de règlement pacifique des différends, il fallait tout d'abord épuiser ces procédures avant de prendre des contre-mesures. En outre, il a été proposé de renforcer le paragraphe 4 de manière à refléter, par souci d'équilibre, la nécessité de soumettre les différends aux procédures de règlement disponibles avant d'adopter des contre-mesures, et ce, en prévoyant dans le projet un régime de règlement des différends par tierce partie tout en trouvant un moyen pratique de séparer la question des contre-mesures et celle du règlement des différends.

f) *Proportionnalité (article 49)*

333. La nouvelle formulation de l'article 49 proposée par le Rapporteur spécial, décrite comme plus simple et plus claire que celle adoptée en première lecture, a été en général appuyée, même si certains membres ont estimé que le libellé proposé méritait plus ample examen. Une telle disposition ne pouvait garantir la licéité, l'État lésé lui-même étant, de fait, autorisé à mesurer la proportionnalité des contre-mesures. Une formulation plus précise du principe de proportionnalité était nécessaire.

334. Il a en outre été dit, à propos de l'idée d'équilibre avec le préjudice subi ou la gravité du fait illicite, que les contre-mesures étaient tolérées en vue d'inciter l'État auteur à se conformer à ses obligations, non à titre de punition ou de sanction. Ainsi, la proportionnalité ne visait que le degré des mesures nécessaires pour assurer le respect des obligations. La référence à la gravité du fait internationalement illicite et à ses effets sur la partie lésée n'ajoutait aucun élément juridiquement pertinent.

g) *Suspension et cessation des contre-mesures (article 50* bis*)*

335. L'insertion, proposée par le Rapporteur spécial, de l'article 50 *bis* dans le projet a été généralement appuyée.

336. À propos du paragraphe 1, une préférence a été exprimée pour l'emploi de l'expression « Il doit être mis fin aux contre-mesures » plutôt que de la formule « Les

[103] Voir *supra* note 96.

contre-mesures doivent être suspendues ». La question a été posée de savoir si l'alinéa *b* visait également les décisions du Conseil de sécurité et les ordonnances de la CIJ. Le Rapporteur spécial a indiqué que les décisions du Conseil n'étaient pas concernées par l'article. Il a également été souligné que rien ne justifiait l'idée que la soumission d'un différend à un tribunal devait automatiquement suspendre les contre-mesures, alors que la soumission du même différend à un tribunal à un stade plus précoce, comme cela était envisagé à l'article 48, n'empêchait pas automatiquement qu'elles soient prises en premier lieu. En outre, la disposition prévoyait la suspension automatique des contre-mesures, même lorsqu'un tribunal habilité à ordonner la suspension ne le faisait pas.

337. S'agissant du paragraphe 2, il a été noté que la référence pure et simple à « une injonction » d'un tribunal international pouvait être interprétée comme visant même des décisions de procédure, ce qui ne devait pas être le cas. Il a donc été proposé que la disposition soit précisée par une formule comme « sur le fond » ou « sur le bien-fondé de l'affaire ». Selon un autre avis, le paragraphe 2 devait être supprimé.

18. Conclusions du Rapporteur spécial sur le chapitre II

338. Le Rapporteur spécial a rappelé que la plupart des États avaient accepté, soit à contrecœur, soit par conviction, l'élaboration de dispositions relatives aux contre-mesures. En dépit du peu d'empressement à envisager des contre-mesures, il a souscrit à l'idée qu'une réglementation vaut mieux que l'absence de droit, car les contre-mesures sont un fait. De plus, la Commission devait faire clairement le départ entre la question générale de la position du projet sur le règlement des différends et le lien spécifique entre règlement des différends et contre-mesures. La question générale dépendait de la décision qui serait prise quant à la forme que prendrait en définitive le projet et, en attendant, l'article 48 établissait un lien aussi étroit que possible entre les contre-mesures et le règlement des différends sans introduire dans le texte de nouvelles formes de règlement des différends.

339. En ce qui concerne l'article 30, le Rapporteur spécial a indiqué que les membres s'étaient en général prononcés pour son maintien sous une forme simplifiée.

340. Le Rapporteur spécial a reconnu que sa tentative de distinction entre l'article 47 *bis* et l'article 50 avait échoué et qu'il faudrait en conséquence fusionner la teneur de ces articles.

341. À propos de l'article 47, le Rapporteur spécial a reconnu l'opportunité de préciser que les contre-mesures ne pouvaient être prises que si certaines conditions étaient respectées, en laissant l'article 30 régler tout effet illicite.

342. S'agissant des articles 47 et 47 *bis*, deux questions avaient été posées : celle de la réversibilité, et celle du caractère bilatéral des obligations suspendues. De l'avis du Rapporteur spécial, la Commission pourrait même énoncer que les contre-mesures doivent être réversibles et doivent se rapporter à des obligations n'existant qu'entre l'État lésé et l'État visé.

343. En ce qui concerne l'article 48, le Rapporteur spécial a noté que le texte qu'il avait proposé constituait un compromis raisonnable entre les deux positions opposées, qui privilégiaient soit une disposition simple, soit le non-recours aux contre-mesures jusqu'à l'épuisement des négociations. Il a approuvé la proposition de supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 48.

344. S'agissant de l'article 49, le débat au sein de la Commission avait également fait ressortir un accord général sur le fait d'intégrer dans le projet d'articles l'idée que les contre-mesures devaient à la fois correspondre et être proportionnelles au préjudice causé par le fait illicite, même si la question des modalités précises de cette intégration devait être approfondie.

345. La Commission ayant, de façon générale, approuvé l'article 50 *bis*, le Rapporteur spécial a estimé que la disposition devait être conservée, quelle que soit la décision prise à propos de l'article 48.

19. Présentation par le Rapporteur spécial de la question de l'invocation de la responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale

a) *Considérations générales*

346. Le Rapporteur spécial a indiqué que le chapitre IV de son troisième rapport traitait de questions dont la Commission avait déjà débattu pendant la période quinquennale en cours, à propos de l'examen qu'il avait fait dans son premier rapport de l'article 19 adopté en première lecture[104] et, pendant la session en cours, dans le cadre de la discussion de l'article 40 *bis*.

347. Le texte adopté en première lecture était allé au-delà de la codification en incluant dans l'article 19 la notion controversée de « crimes » d'État, mais sans développer cette idée de façon importante. Il avait aussi, par le truchement des articles 40 et 47 combinés, établi implicitement à l'intention des États non directement lésés un régime de contre-mesures qui était beaucoup trop large, en ce qu'il donnait, par exemple, à des États tiers le droit de prendre des contre-mesures dans le cas de n'importe quelle violation des droits de l'homme.

348. Le Rapporteur spécial a évoqué le débat qu'avait tenu la Commission à sa cinquantième session au sujet de l'article 19 et sa décision provisoire concernant la manière dont elle traiterait la question, rapportée dans les termes suivants :

> [...] il a été pris note du fait qu'aucun consensus ne s'était réalisé sur la question du mode de traitement des « crimes » et des « délits » dans le projet d'articles et qu'il fallait étudier plus avant les manières possibles de régler les questions de fond qui se posaient. Il a donc été convenu que : *a*) sans préjudice des vues de quiconque parmi les membres de la Commission, le projet d'article 19 serait laissé de côté pour le moment pendant que la Commission poursuivrait l'examen d'autres aspects de la première partie du projet; *b*) il faudrait examiner si les questions soulevées par le projet d'article 19 ne pourraient pas être résolues par un développement systématique, dans le projet d'articles, de notions telles que les obligations *erga omnes*, les normes impératives du *jus cogens*

[104] Voir *supra* note 18.

et une éventuelle catégorie regroupant les violations les plus graves d'obligations internationales.[105]

On avait progressé dans la voie suggérée à la cinquantième session, en particulier grâce à une « désintégration » de la notion de crime international à propos de divers aspects du projet d'articles, par exemple en revoyant l'article 40 et en introduisant dans le projet d'articles, de façon beaucoup plus systématique, les notions d'obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble et de norme impérative. Le chapitre IV de son rapport était centré sur les questions restant à résoudre et devait être considéré à la lumière de l'ensemble des travaux qui l'avaient précédé.

349. Il fallait admettre que le droit de la responsabilité des États n'était pas le principal instrument de règlement des problèmes visés à l'article 19. Face à une catastrophe majeure résultant d'un comportement illicite tel qu'un génocide ou l'invasion d'un Etat, on ne pouvait prétendre résoudre les problèmes à l'aide des seules règles de la responsabilité des États, sans aucune réponse organisationnelle ni action coordonnée de la part de la communauté internationale. La mention de « crimes » à l'article 19 faisait référence, historiquement, au comportement de gouvernements qui n'étaient pas tenus de rendre des comptes à leur peuple et agissaient à leurs propres fins, la population étant souvent la victime directe ou indirecte de leur action. L'idée de pénaliser, dans une situation semblable, la population tout entière était difficilement acceptable. Il fallait se garder de penser que le fait de qualifier un comportement de criminel pouvait suffire à résoudre de tels problèmes.

350. Il était révélateur, à cet égard, que la communauté internationale ait commencé à adopter des méthodes plus rigoureuses pour le traitement des individus responsables de ces crimes, par le moyen notamment du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. La façon d'aller de l'avant pourrait consister à tenir ces individus responsables de leurs actes, au lieu d'en faire porter la responsabilité à la population victime, au nom de quelque concept de crime d'État. Non que la responsabilité de l'État ne fût pas engagée : selon les règles classiques d'attribution de la responsabilité, l'État était responsable de tels actes. En fait, l'article 19 s'appuyait sur le même principe d'attribution que celui qui était applicable dans le cas de tout autre fait internationalement illicite. Or, si l'article 19 visait des « crimes » à proprement parler, il aurait eu ses règles d'attribution propres, comme dans n'importe quel code pénal.

351. Quant à la question du droit pour tout État d'invoquer la responsabilité en cas de violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, la Commission avait admis, dans son principe, la possibilité d'un tel droit à l'issue de son débat sur les propositions antérieures du Rapporteur spécial concernant l'article 40 *bis*. Ce droit devrait être énoncé clairement dans le projet d'articles mais la question qui se posait était celle de son étendue. Selon le Rapporteur spécial, il s'appliquait incontestablement à la cessation du fait illicite, c'est-à-dire que tous les États devaient être considérés comme ayant un intérêt juridique à faire cesser la violation d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, le corollaire étant que tous les États pouvaient prétendre à l'élément de satisfaction consistant en une déclaration réparatoire, même s'ils n'avaient pas droit individuellement à d'autres formes de satisfaction. En outre, selon le Rapporteur spécial, ces États seraient au moins habilités à demander la restitution au nom des victimes des crimes.

352. Un tel droit devait être assujetti à des limitations, pour tenir compte d'autres considérations. Par exemple, la situation pourrait devenir chaotique si plusieurs États se mettaient à exiger des choses différentes au nom de la responsabilité des États. Selon le Rapporteur spécial, trois scénarios étaient envisageables. Premièrement, s'agissant de la violation d'une obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble, la principale victime pouvait être un État, par exemple l'État objet d'une agression. Dans pareille situation, c'était l'État victime qui devait commander les réactions au titre de la responsabilité des États : autrement dit les États tiers ne devaient réagir qu'à titre secondaire, qu'il s'agît de contre-mesures ou de l'invocation de la responsabilité. Ces États tiers pouvaient exiger la cessation mais, une fois que le comportement avait cessé, c'était à l'État victime qu'il appartenait au premier chef de s'occuper de la question du règlement du différend. Deuxièmement, dans le cas où il n'y avait pas d'État lésé par la violation, par exemple lorsque la victime était la population de l'État responsable, ou un groupe particulier au sein de cette population, comme cela s'était passé au Cambodge, il n'y avait pas d'État au nom duquel la communauté internationale pût réagir. L'idée qu'il y avait là simplement une déficience du système étatique, qui sortait donc du champ de la responsabilité des États, était trop restrictive. La communauté internationale devait pouvoir intervenir en pareil cas, quelle que fût la position de l'État responsable, et demander la cessation du fait illicite, un élément minimum de satisfaction et la restitution. La troisième situation était celle dans laquelle il n'y avait aucune victime identifiable. On pouvait citer, par exemple, les violations d'obligations à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble concernant l'environnement, dont les effets à long terme se faisaient sentir sur l'humanité tout entière mais qui ne lésaient personne en particulier, comme dans le cas du réchauffement de la planète. Dans une telle situation, les États membres de la communauté internationale devaient pouvoir demander au moins la cessation.

353. D'autre part, si l'on voulait instaurer dans le système international un régime des crimes, il faudrait y introduire au minimum la notion de sanction. Ce régime pourrait aussi inclure d'autres aspects des systèmes pénaux qui n'étaient pas envisageables dans le cadre du système international existant. À propos de la question des sanctions, le Rapporteur spécial a cité l'exemple d'un État qui s'était vu imposer une « amende » par une juridiction internationale, la Cour de justice des Communautés européennes[106]. Il s'agissait toutefois de la première expérience de l'Union européenne en la matière, et il fallait voir comment les choses évolueraient. Ce cas démontrait toutefois la nécessité de mettre sur pied un

[105] *Annuaire... 1998*, vol. II (2e partie), par. 331, p. 80 et 81.

[106] Cour de justice des Communautés européennes, affaire C-387/97 *(Commission des Communautés européennes c. République hellénique)*, arrêt du 4 juillet 2000.

système de sanctions approprié, avec garantie des droits de la défense, juridiction obligatoire et règles de procédure appropriées, toutes choses qui faisaient défaut dans le contexte qui était celui de l'examen, par la Commission, du projet d'articles sur la responsabilité des États.

354. Le Rapporteur spécial a souligné l'intérêt d'expressions susceptibles de remplacer le terme « crimes », comme « faits internationalement illicites de nature grave » ou « faits illicites d'une exceptionnelle gravité », faits dont certains constituaient en eux-mêmes des infractions distinctes (par exemple l'agression ou le génocide), et d'autres des formes aggravées de violations d'obligations générales (par exemple la torture systématique). Les faits visés par ces expressions étaient ainsi définis par le contexte et par la gravité de la violation aussi bien que par le contenu de l'obligation primaire. Pour plus de clarté, le Rapporteur spécial proposait d'inclure un nouvel article dans le chapitre premier de la deuxième partie[107].

b) *Contre-mesures collectives (articles 50 A et 50 B)*

355. Le Rapporteur spécial a distingué, à propos de la question des contre-mesures collectives, entre deux situations : 1) celle où un État était victime de la violation et 2) celle où aucun État n'était victime de la violation. À son avis, lorsqu'un État avait lui-même le droit de prendre des contre-mesures à la suite de la violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble ou d'une quelconque obligation multilatérale, les autres États parties à l'obligation devaient pouvoir lui prêter assistance, à sa demande et dans la limite des contre-mesures qu'il aurait lui-même pu prendre. Il s'agissait là d'une forme de contre-mesures « collectives », en ce sens qu'elles pouvaient être adoptées par l'un quelconque des États concernés dans un intérêt collectif et présentaient une analogie directe avec la légitime défense collective. Les autres États étaient eux-mêmes intéressés parce qu'ils étaient (en tant que membres d'un groupe ou de la communauté internationale) bénéficiaires de l'obligation violée.

356. Une question plus difficile était celle de l'adoption de contre-mesures collectives dans une situation où il n'y avait pas d'État victime. La pratique des États, à cet égard, était embryonnaire, partielle, non clairement universelle et controversée. L'*opinio juris* associée à cette pratique manquait elle aussi de clarté. La Commission avait donc des raisons de décider de la laisser pour plus tard, en adoptant une clause de sauvegarde. Cette façon de procéder demeurait une option pour le cas où il ne serait pas possible d'arriver à un accord, mais la Commission devrait, de l'avis du Rapporteur spécial, formuler une proposition concrète afin que la Sixième Commission puisse faire connaître ses observations, lesquelles serviraient de base à une décision finale. Le Rapporteur spécial proposait donc que les États parties à une obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble aient le droit de prendre des contre-mesures collectives en réponse à une violation grave et bien établie de cette obligation : selon lui, c'était le moins qu'on pût faire face à des violations flagrantes, telles qu'un génocide.

357. Le Rapporteur spécial proposait deux articles sur les contre-mesures, à faire figurer au chapitre III de la deuxième partie *bis* avant l'article 50 *bis*, dont le premier avait pour objet les contre-mesures au nom d'un État lésé (art. 50 A)[108] et le second les contre-mesures en cas de violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble (art. 50 B)[109].

c) *Conséquences des violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (article 51)*

358. Le Rapporteur spécial a indiqué que les conséquences juridiques supplémentaires qui, selon l'article 52 adopté en première lecture, découlaient d'un « crime » au sens de l'article 19, soit avaient été éliminées lors de l'examen en deuxième lecture, soit étaient mineures. Cependant, on pouvait soutenir qu'en cas de violation flagrante d'obligations qui étaient des obligations à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble, et dans une situation où il n'y avait pas d'État lésé, d'autres États, membres de la communauté internationale, devaient pouvoir demander au moins des dommages-intérêts aggravés au nom des victimes réelles ou de la communauté internationale dans son ensemble, et non pour leur propre compte. Le Rapporteur spécial proposait d'ajouter dans la deuxième partie un nouveau chapitre III intitulé « Violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble », contenant un article unique, l'article 51[110], qui était l'article 53 adopté en première lecture. Mais comme il serait bizarre qu'une violation grave n'ait de conséquences juridiques

[107] Le texte de l'article proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« Les obligations de l'État responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États, à tous les autres États parties ou à la communauté internationale dans son ensemble, selon la nature et le contenu de l'obligation internationale et les circonstances de sa violation, qu'un État soit ou non le bénéficiaire final de l'obligation. »

[108] Le texte de l'article 50 A proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 50 A. – Contre-mesures au nom d'un État lésé*

Tout autre État habilité à invoquer la responsabilité d'un État en vertu de [l'article 40 *bis*, paragraphe 2,] peut prendre des contre-mesures à la demande et au nom d'un État lésé, sous réserve des conditions posées par cet État et dans la mesure où cet État est lui-même habilité à prendre ces contre-mesures. »

[109] Le texte de l'article 50 B proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 50 B. – Contre-mesures en cas de violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble*

1. Dans les cas mentionnés à l'article 51 où aucun État particulier n'est lésé par la violation, tout État peut prendre des contre-mesures, sous réserve du présent chapitre et conformément à celui-ci, afin de garantir la cessation de la violation et la réparation dans l'intérêt des victimes.

2. Lorsque plus d'un État prennent des contre-mesures en vertu du paragraphe 1, ces États doivent coopérer pour s'assurer que les conditions posées dans le présent chapitre pour recourir à des contre-mesures sont remplies. »

que pour les États tiers, le Rapporteur spécial proposait que l'État responsable d'une telle violation soit tenu au paiement de dommages-intérêts punitifs ou aggravés demandés au nom des victimes. L'article 51 devrait comporter une définition de la violation grave. L'article 19, qui ne jouait absolument aucun rôle dans le reste du projet d'articles, pourrait être supprimé. Bien que le point de vue selon lequel il n'existait pas en droit international de dommages-intérêts punitifs ne manquât pas de fondement, le Rapporteur spécial estimait qu'on pouvait néanmoins les mentionner, en tout cas comme l'une des options possibles. Il proposait également de réserver, au paragraphe 4, les conséquences pénales ou autres que le droit international, y compris le droit international en développement, pourrait attacher ultérieurement à la violation. Enfin, il proposait d'ajouter à l'article 40 *bis* un paragraphe précisant ce que les États de chacune des deux catégories d'États de base, à savoir les États lésés et les autres États, pouvaient demander dans ce contexte[111].

20. Résumé du débat sur l'invocation de la responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale

a) *Considérations générales*

359. L'approche générale adoptée par le Rapporteur spécial a été accueillie favorablement, bien que de nombreuses observations aient été formulées et beaucoup d'améliorations rédactionnelles suggérées.

360. À propos du compromis réalisé par la Commission à sa cinquantième session, l'avis a été exprimé qu'un exposé systématique des obligations *erga omnes* et des normes impératives constituerait un substitut satisfaisant à l'article 19. À l'inverse, il a été déclaré que, malgré le vaillant effort fait par le Rapporteur spécial pour arriver à un compromis au sein de la Commission sur la question des crimes internationaux, sa proposition n'était pas entièrement satisfaisante pour les tenants de la notion de « crime » international. On pouvait supprimer l'article 19, tout en maintenant la référence aux crimes internationaux dans le texte du paragraphe 1 de l'article 51, car cette notion faisait désormais partie intégrante du langage du droit international. La Commission ne devait pas donner l'impression, en suivant la démarche du Rapporteur spécial, d'abandonner la notion de crime; ce qu'elle voulait dire, c'est que cette notion n'avait pas sa place, ou principalement sa place, dans le projet d'articles sur la responsabilité des États. Aussi a-t-il été suggéré, si l'on supprimait l'article 19 et qu'il ne soit plus question de « crimes » dans le projet d'articles, d'inscrire au programme de travail à long terme de la Commission une étude sur la notion de crime international.

361. D'autres membres ont demandé avec force que l'on fasse attention à ne pas mettre en péril tout l'exercice accompli. On a contesté l'idée que l'expression « crime d'État » était admise en droit international, et celle que la suppression de l'article 19 reviendrait nécessairement à renoncer au concept de crime international. S'il était préférable de supprimer l'article, c'était pour éviter un débat prolongé sur cette notion et pouvoir se concentrer plutôt sur les conséquences des violations graves d'obligations internationales, violations devant être déterminées, comme toutes les autres, conformément aux dispositions de la première partie du projet d'articles.

362. D'autres membres encore ont considéré que le mot « crime » faisait partie de la terminologie du droit international, même s'il était l'objet d'interprétations très différentes. Selon une de ces interprétations, le mot « crime » n'avait pas en droit international de connotation pénale. Il marquait la gravité du comportement de l'État responsable. La reconnaissance de l'existence d'un crime dérivait de la prémisse qu'un État pouvait commettre des crimes, tels qu'un génocide, qui ne sauraient être assimilés à des violations banales – même si elles étaient regrettables – d'obligations internationales.

363. L'avis a été exprimé, d'autre part, que le texte faisait une confusion entre des catégories qui étaient distinctes, à savoir les obligations *erga omnes*, qui découlaient de normes impératives, et les obligations collectives. Il a été proposé d'étudier plus avant la question des violations de normes impératives et d'insérer dans le texte une clause de sauvegarde indiquant que le projet d'articles ne préjugeait pas des conséquences supplémentaires que pourrait faire naître la violation d'une norme impérative du droit international.

---

[110] Le texte de l'article 51 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 51. – Conséquences des violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble*

1. Ce chapitre s'applique à la responsabilité internationale qu'entraîne la violation grave et manifeste par un État d'une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble.

2. Une telle violation fait naître, pour l'État qui en est responsable, toutes les conséquences juridiques découlant de tout autre fait internationalement illicite et, de surcroît, [des dommages-intérêts punitifs] [des dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation].

3. Elle fait également naître, pour tous les autres États, les obligations :

a) De ne pas reconnaître comme licite la situation créée par la violation;

b) De ne pas prêter aide ou assistance à l'État qui a commis la violation pour maintenir la situation ainsi créée;

c) De coopérer pour appliquer les mesures visant à mettre fin à la violation et, autant que possible, à en éliminer les conséquences.

4. Les paragraphes 2 et 3 sont sans préjudice des conséquences pénales ou autres supplémentaires que la violation peut faire naître en droit international. »

[111] Le texte du paragraphe que le Rapporteur spécial a proposé d'ajouter à l'article 40 *bis* se lit comme suit :

« Un État mentionné au paragraphe 2 peut demander :

a) La cessation du fait internationalement illicite, conformément à l'article 36 *bis*;

b) Au nom de l'État lésé et avec son consentement, la réparation due à cet État conformément à l'article 37 *bis* et au chapitre II;

c) Lorsqu'il n'y a pas d'État lésé :

i) La restitution dans l'intérêt de la personne ou de l'entité lésée, conformément à l'article 43, et

ii) [Des dommages-intérêts punitifs] [des dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation], conformément au paragraphe 2 de l'article 51, à la condition que ces dommages-intérêts soient utilisés au bénéfice des victimes de la violation. »

b) *Contre-mesures collectives (articles 50 A et 50 B)*

364. Bien que différentes vues aient été émises au sein de la Commission au sujet de la notion de contre-mesures collectives figurant dans le texte des articles 50 A et 50 B proposés, les deux articles ont bénéficié de réactions favorables.

365. L'avis a été émis que la Commission, plutôt que de codifier le droit de la responsabilité des États, était en train d'édifier un système d'ordre public multilatéral, alors que l'évolution de l'ordre juridique international était liée aux progrès de la communauté internationale et non pas simplement à l'élaboration de normes. S'efforcer prématurément de créer des règles sur les contre-mesures collectives risquait de nuire à la fois au projet d'articles et au développement progressif des notions nouvelles envisagées.

366. On s'est aussi interrogé sur le point de savoir dans quelle mesure la question relevait de la responsabilité des États, par opposition au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Selon certains, l'idée de contre-mesures collectives ne pouvait être défendue que dans le contexte de l'action d'organisations internationales compétentes, qu'il s'agît d'organisations régionales ou universelles; il était très difficile d'admettre que le droit de réagir pût être délégué sur une base ad hoc à un groupe de pays agissant en dehors de tout cadre institutionnel. D'autre part, on a estimé que le projet d'articles n'établissait pas la distinction voulue entre les contre-mesures individuelles, qu'elles fussent prises par un État ou par un groupe d'États, et d'autres institutions existantes telles que la légitime défense collective et divers arrangements de sécurité collectifs. La violation d'obligations *erga omnes* pouvait en effet être d'une ampleur propre à susciter l'adoption de mesures au titre de l'Article 51 ou du Chapitre VII ou VIII de la Charte des Nations Unies.

367. L'avis a également été émis que l'analyse de la pratique des États ne démontrait ni n'attestait l'existence d'un ensemble de mesures juridiques acceptées par tous les États sur lequel asseoir les « contre-mesures collectives » en tant que nouvelle institution juridique. Par ailleurs, il a été contesté que de telles mesures fussent prises exclusivement par des États occidentaux. Divers exemples de contre-mesures collectives prises par des États non occidentaux démontraient le contraire. Pour d'autres membres, l'examen de la pratique des États ne révélait pas l'existence de contre-mesures collectives, mais celle de mesures inspirées de mobiles politiques. Ce point de vue ne reflétait pas une position universelle parmi les États ni les décisions prises, par exemple, au sein de la Commission des droits de l'homme. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'en donnant des exemples de telles mesures collectives, il n'avait pas pris – et ne s'attendait pas à ce que la Commission prenne – position sur leur licéité. Il n'avait cité les mesures que pour illustrer le contexte dans lequel la question s'était posée.

368. D'autres membres ont fait observer que, loin de refléter une évolution nouvelle spectaculaire, le régime proposé aurait un champ d'application très limité car il existait déjà dans plusieurs domaines du droit international des règles régissant les cas de violation qui excluaient ou limitaient strictement de telles actions en réponse. En outre, les contre-mesures collectives seraient soumises aux limitations de base auxquelles les contre-mesures étaient assujetties par le chapitre II de la deuxième partie *bis* et ne s'appliqueraient qu'aux violations graves, manifestes et bien établies. Un régime praticable de contre-mesures collectives pacifiques pourrait constituer un substitut viable à l'usage de la force pour inciter un État à revenir à la licéité.

369. Le souhait a été exprimé que le droit de prendre des contre-mesures collectives soit de préférence circonscrit au groupe des États de la même région. Il a aussi été proposé que, chaque fois qu'une prise de décision collective était requise, l'adoption de contre-mesures collectives soit subordonnée à une telle procédure. En outre, le principe *non bis in idem* pouvait s'appliquer par analogie, afin d'éviter que la violation ne puisse donner lieu à des sanctions multiples. Au surplus, la dénomination « contre-mesures collectives » a été jugée peu appropriée, car elle évoquait une antinomie par rapport aux contre-mesures bilatérales. Or, l'action envisagée était une réaction à la violation d'obligations collectives, et cette réaction pouvait être le fait aussi bien d'un seul État que d'un groupe d'États. Il a été préconisé d'adopter une autre formule, telle que « sanctions multilatérales ».

370. Quant à la portée de telles mesures, l'avis a été exprimé que, dans la plupart sinon dans la totalité des cas, il n'y était recouru que pour faire cesser le fait illicite allégué, et non pour obtenir réparation. Il a donc été proposé de limiter l'objet des contre-mesures collectives, dans le projet d'articles, à la recherche de la cessation du fait illicite et d'assurances et garanties de non-répétition. Le Rapporteur spécial a répondu qu'il lui paraissait difficile de limiter les contre-mesures collectives à la cessation car il pouvait y avoir des situations, une fois qu'avait cessé le fait illicite, requérant la restitution : ainsi, après la cessation d'un crime contre l'humanité, ses conséquences, par exemple le déplacement massif de la population visée, persistaient.

371. Certains membres ont fait observer que l'article 50 A suscitait les mêmes réserves que les cas d'invitation faite par un État à d'autres dans l'exercice de la légitime défense, ou d'intervention suite à une invitation dans les situations de crise humanitaire. La prudence a été conseillée : quand un État n'était pas directement lésé, il fallait limiter sa possibilité d'intervenir. Or, l'article 50 A ne le faisait pas et pourrait donner lieu à des abus. En outre, il fallait faire mention de la gravité de la violation : en effet, le texte proposé semblait autoriser de telles contre-mesures collectives quelle que fût la gravité de la violation, sous réserve seulement que soit respecté le critère de la proportionnalité. L'avis a été émis qu'en fait la distinction entre l'article 50 A et l'article 50 B était marginale et même artificielle. Les deux propositions avaient un point de départ commun, à savoir qu'il y ait violation d'une règle d'importance essentielle qui concernait la communauté internationale dans son ensemble et justifiait que tous les membres de cette communauté réagissent. Dans le contexte de l'article 50 A, les États autres que l'État lésé n'intervenaient pas au nom de celui-ci mais en tant que membres de la communauté internationale dont les intérêts étaient menacés. Leur action pouvait avoir pour but d'obtenir la cessation de la violation, des garanties et assurances de non-répétition et réparation. S'il

s'agissait d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, tous les États pouvaient prendre des contre-mesures collectives en vertu de l'article 50 A. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'article 50 A visait au contraire une situation tout à fait différente de celle qu'envisageait l'article 50 B. L'article 50 A avait trait à la situation où l'obligation violée était une obligation envers un groupe d'États, et où un État particulier était spécifiquement lésé par la violation. Les autres États parties à l'obligation pouvaient prendre des contre-mesures collectives au nom de l'État lésé, dans la mesure où celui-ci y consentait, et dans les limites de la sphère d'action qui lui était ouverte. Plusieurs États partageant le même intérêt collectif réagissaient à une violation unique au nom de la victime particulière. Cela n'avait rien à voir avec les violations graves d'obligations envers la communauté internationale que visait l'article 51. Tel qu'il était formulé, l'article 50 B ne concernait que le cas où il n'y avait pas d'État lésé au sens du paragraphe 1 de l'article 40 *bis*. Dans ces conditions, l'article 50 A avait un champ d'application beaucoup plus large.

372. S'agissant de l'article 50 B, l'avis a été émis que la philosophie sous-tendant l'arrêt rendu par la CIJ dans les affaires du *Sud-Ouest africain*[112], selon laquelle les États ne pouvaient agir que lorsque leur intérêt national était en jeu, avait porté un coup au droit international et qu'il fallait se féliciter du désaveu apporté à cette approche par les divers articles à l'examen. On s'est demandé si l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble était une notion fixée une fois pour toutes et si cette notion impliquait nécessairement l'existence d'une procédure de règlement des différends permettant d'établir l'existence de cet intérêt. La question a aussi été posée de savoir s'il était justifié de parler des intérêts des victimes. Dans des cas comme le génocide, c'était la communauté internationale tout entière qui était intéressée. D'autres membres ont exprimé leur désaccord : l'intérêt concret des victimes d'une telle violation devait primer sur toute autre considération, et il fallait donc prévoir une disposition permettant d'intervenir et d'obtenir réparation au nom des victimes.

373. À propos du libellé de l'article 50 B, l'avis a été émis que son titre était formulé en termes trop généraux car il pouvait également couvrir les cas visés par l'article 50 A. Le paragraphe 1 devrait faire aussi mention des assurances et garanties de non-répétition. Le terme « victimes », qui avait des connotations pénales, pourrait être remplacé par une autre expression.

c) *Conséquences des violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (article 51)*

374. Un certain nombre de membres ont approuvé la proposition du Rapporteur spécial, qui constituait dans l'ensemble une amélioration par rapport à l'ancien article 19, et représentait un compromis équilibré. D'autres s'y sont vivement opposés : il n'y avait guère de différence entre créer des distinctions dans la deuxième partie sur la base de distinctions qualitatives dans les règles primaires et créer de nouvelles règles. Cela revenait à réintroduire l'article 19 par la porte de service et cela ne relevait même pas du développement progressif, encore moins de la codification. En outre, l'article 51 présupposait l'établissement d'un système de sanctions collectives de caractère essentiellement punitif, assimilables aux mesures coercitives prévues dans la Charte des Nations Unies. Il n'était absolument pas indispensable de créer un tel système parallèle.

375. D'autres membres ont estimé que les propositions n'allaient pas assez loin. Si la commission d'un crime ne pouvait en soi constituer une base de compétence autonome pour les tribunaux internationaux, elle ouvrait la voie à une *actio popularis*. En outre, il était possible de prévoir une forme de règlement des différends par analogie avec l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969. De plus, l'existence d'un crime avait des incidences sur le choix du mode de réparation : en particulier, l'État directement lésé ne pouvait pas renoncer à la réparation intégrale, puisque c'étaient les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble qui étaient protégés.

376. En ce qui concerne le paragraphe 1, on a fait observer que le titre du chapitre III, « Violations graves d'obligations... », ne correspondait pas à la formule utilisée au paragraphe 1, à savoir « violation grave et manifeste ». Le mot « manifeste » a été jugé problématique car il laissait entendre que les actions flagrantes d'un État étaient qualitativement pires que des actions indirectes ou occultes. Il a été suggéré de parler de violations « bien établies » ou « établies de manière fiable ».

377. On a également émis l'avis que le paragraphe 1 devrait faire l'objet d'un article distinct et qu'on devrait en développer le contenu en reprenant le paragraphe 2 de l'article 19 adopté en première lecture. En outre, cet article pourrait contenir une énumération non exhaustive de la plupart des violations graves, comme dans le paragraphe 3 de l'article 19. Le Rapporteur spécial a accepté l'idée de scinder l'article 51 en deux en y incorporant de nouveaux éléments. Toutefois, il était opposé, comme beaucoup d'autres membres, à l'insertion de l'article dans la première partie, ou à l'idée de donner des exemples précis dans le texte par opposition au commentaire.

378. S'agissant du paragraphe 2, il a été recommandé de se montrer prudent lorsqu'on parlait de « dommages punitifs », mais on a appuyé par ailleurs le maintien de cette notion dans le texte, qui corrigeait une omission de l'article 19. On a toutefois émis l'avis que cette expression avait des connotations trop pénales et n'était pas étayée par la pratique actuelle. L'article 228 du Traité instituant la Communauté européenne (numérotation révisée conformément au Traité d'Amsterdam), cité en exemple au paragraphe 382 du troisième rapport, a été considéré comme un cas spécial qui n'indiquait pas du tout une tendance du droit international général. On a exprimé en outre des doutes quant à l'applicabilité de la disposition dans la pratique, étant donné qu'elle était liée à la possibilité d'une réaction des mécanismes institutionnels aux crimes internationaux des États. Des membres ont dit préférer l'autre formule proposée, soit « dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation ».

379. À propos de l'alinéa *a* du paragraphe 3, il a été souligné que l'obligation de non-reconnaissance était fondée sur une pratique abondante et que cette non-reconnais-

[112] Voir *supra* note 67.

sance dans un contexte juridique constituait surtout une réaction à la nullité d'un acte et pas seulement à son illégalité.

380. On a posé la question de savoir si l'alinéa *b* n'était pas couvert par l'article 27 du chapitre IV de la première partie puisqu'il traitait de la participation au fait illicite. Le Rapporteur spécial a répondu que dans l'article 27 l'accent était mis sur l'aide ou l'assistance fournie pour la commission du fait illicite, alors que dans l'alinéa *b* il était mis sur le maintien de la situation créée par le fait illicite. Dans bien des cas, cela ne changerait rien parce que l'obligation primaire, qui était une obligation continue, serait violée dans le contexte du maintien de la situation. Mais on pouvait envisager d'autres situations, par exemple celle d'un comportement équivalent à un crime contre l'humanité qui avait conduit une population à fuir dans un autre État. La question était de savoir si la population devait être autorisée à retourner dans ses foyers une fois que le comportement aurait cessé. Dans un tel contexte, l'alinéa *b* avait un rôle à jouer.

381. Selon un point de vue, l'alinéa *c* posait un problème car il pouvait être interprété comme signifiant que des États seraient tenus de coopérer avec un autre État qui prendrait unilatéralement des contre-mesures. Les implications de cet alinéa pour le droit de la neutralité n'étaient pas claires non plus. Au minimum, l'alinéa *c* devait être limité aux mesures que cet État était en droit de prendre en vertu du droit international.

382. Quant au paragraphe 4, il a été estimé que la référence aux « conséquences pénales » n'était pas claire. De vives réserves ont été émises au sujet de l'existence de conséquences « pénales » en droit international en ce qui concerne les États. Il a été jugé en outre approprié de réserver pour l'avenir les conséquences supplémentaires, même s'il fallait reconnaître que les développements futurs concerneraient probablement des violations spécifiques. En fait, le paragraphe 4 était absolument inutile puisque, quelle que soit la forme que prendrait le projet d'articles, il ne pourrait pas empêcher le développement du droit coutumier ou conventionnel.

383. Il a été suggéré en outre de prévoir dans l'article 51 que les individus impliqués dans une violation grave commise par un État ne soient pas en droit de se prévaloir, dans une procédure pénale ou civile engagée dans un autre État, du fait qu'ils ont agi en tant qu'agents de l'État; il serait paradoxal que le droit international protège des comportements que par ailleurs il condamne tout particulièrement. En outre, l'insertion d'une telle disposition dans le texte permettrait d'ajouter un élément dissuasif. En réponse à ces observations, le Rapporteur spécial a noté que cette proposition portait sur une question qui ne relevait pas à proprement parler de la responsabilité des États mais plutôt de la responsabilité pénale des individus. En outre, il n'était pas convaincu par l'idée que l'État devenait « transparent » uniquement dans des circonstances exceptionnelles. En réalité, en matière de violations du droit international, l'État était toujours transparent en tant qu'État, c'est-à-dire qu'il avait toujours à répondre de ses actes, et l'individu, qu'il ait ou non une fonction officielle, avait généralement à répondre des siens selon les règles en vigueur du droit pénal international. Il serait paradoxal de les priver d'une immunité que le droit pénal international n'avait jamais, depuis 1945, reconnue.

21. Conclusions du Rapporteur spécial concernant le débat sur l'invocation de la responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale

384. Le Rapporteur spécial s'est référé aux vues exprimées par les membres qui s'étaient montrés sceptiques ou avaient émis des doutes au sujet de la solution de compromis proposée, et qui avaient proposé d'autres solutions comme, par exemple, récapituler la question dans une clause de sauvegarde unique. Tout en partageant certaines des préoccupations exprimées, il lui paraissait utile de procéder comme il l'envisageait dans sa proposition de compromis, du moins pour susciter des réactions de la Sixième Commission et parce que cette proposition constituait un compromis entre les opinions radicalement divergentes exprimées au sein de la Commission. Même si le moment n'était pas encore venu d'établir un régime élaboré des « crimes », on s'accordait néanmoins généralement à reconnaître qu'il convenait d'admettre l'idée de base qu'il existait des obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble, obligations qui par définition étaient importantes et dont la violation concernait donc tous les États. Il pouvait se produire des violations mineures de ces obligations (par exemple, des cas isolés de traitement inhumain ne justifiant pas une réaction multilatérale), mais dans d'autres cas, comme dans ceux du génocide et de l'agression, du fait de la définition des obligations elles-mêmes, les violations en question seraient nécessairement graves.

385. Concernant les contre-mesures collectives, le Rapporteur spécial a relevé que les articles 50 A et 50 B qu'il proposait avaient bénéficié d'une large approbation, même si certaines préoccupations avaient été exprimées. La pratique montrait clairement que, lorsqu'un État était individuellement lésé et était individuellement en droit de prendre des contre-mesures, un autre État ayant un intérêt juridique dans l'application de la norme violée pouvait être autorisé à l'aider.

386. L'article 50 B constituait une version modifiée et réduite de la disposition adoptée en première lecture et avait été largement accepté, même par plusieurs membres qui n'admettaient, semblait-il, les contre-mesures que lorsqu'elles étaient multilatérales. Bien qu'il ne soit pas favorable à ce que ces formes de réaction multilatérale soient limitées à une seule région, le Rapporteur spécial a accepté l'idée que les mesures de ce type prises dans une seule région puissent refléter une préoccupation collective. Il a également convenu que les réactions à des violations d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble pouvaient être prises par un seul État, mais qu'elles pouvaient aussi être prises par un certain nombre d'États.

387. À propos de l'article 51, le Rapporteur spécial a noté que le renvoi de ce texte au Comité de rédaction avait été généralement approuvé, et il s'est dit disposé à envisager de scinder cet article en deux ou plusieurs dispositions, comme cela avait été suggéré. Il n'était pas favorable à l'idée de modifier le titre de l'article en faisant référence à la notion d'obligations « essentielles ». Il y avait beaucoup d'obligations envers la communauté internationale qui étaient « essentielles », mais les relations

individuelles étaient essentiellement bilatérales, par exemple dans le cas de l'immunité diplomatique. Il fallait plutôt conserver l'idée fondamentale énoncée dans l'affaire de la *Barcelona Traction*[113], c'est-à-dire celle d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble dont chaque État individuellement avait intérêt à ce qu'elles soient respectées.

388. Le Rapporteur spécial a entièrement admis que l'on pourrait améliorer la définition de la catégorie de violations énoncée au paragraphe 1 de l'article 51 en reprenant une partie du contenu du paragraphe 2 de l'article 19 adopté en première lecture. Bien que le paragraphe 4 de l'article 51 ne soit pas nécessaire eu égard à l'article 38 adopté en première lecture, il préférait qu'il soit maintenu étant donné les possibilités de développements futurs dans ce domaine. En revanche, il ne tenait pas particulièrement au terme « pénal », d'autant que sa suppression n'aurait pas d'incidence sur l'application de cette disposition. Il n'était pas non plus opposé à ce que l'on supprime la référence aux conséquences « punitives ».

389. Pour ce qui était de la question de la « transparence » de l'État et des conséquences qu'auraient de graves violations d'obligations essentielles impliquant une responsabilité pénale individuelle, il a réitéré son avis selon lequel cette question ne devait pas figurer dans le projet d'articles puisqu'elle relevait soit de la responsabilité pénale individuelle des personnes, soit de l'immunité des États. Il préférait réserver la position juridique, qui avait de toute façon été envisagée dans le cadre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, en particulier dans le contexte de l'article 27 combiné à l'article 98 du Statut.

22. Présentation par le Rapporteur spécial des dispositions générales (quatrième partie)

a) *Dispositions particulières prévues par d'autres règles applicables (article 37)*

390. Le Rapporteur spécial a dit que la Commission avait approuvé l'inclusion dans le projet d'articles d'une disposition sur la *lex specialis*, sur la base de l'article 37 adopté en première lecture. Il proposait une reformulation de l'article 37[114] car il ne suffisait pas qu'il existe un texte, par exemple une disposition d'un traité international, qui traite de ce point particulier pour que ce soit une *lex specialis*. Il fallait aussi que ce texte en traite de telle manière que l'on puisse dire en l'interprétant qu'il visait à exclure toute autre conséquence. C'est ce qui manquait dans le texte adopté en première lecture et qui était incorporé dans sa proposition.

b) *Responsabilité d'une organisation internationale ou pour le comportement de celle-ci (article A)*

391. L'article A[115], qui traitait de la responsabilité d'une organisation internationale ou pour le comportement de celle-ci, avait été adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction à la cinquantième session[116] et avait bénéficié de l'appui général de la Commission.

c) *Règles déterminant le contenu d'une obligation internationale (article B)*

392. Le Rapporteur spécial a suggéré que la Commission envisage une disposition complémentaire du paragraphe 5 de l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969, qui soit sans préjudice du droit des traités. Cependant, le projet d'articles sur la responsabilité des États ne portait pas sur l'existence ou le contenu d'une obligation primaire mais traitait uniquement des conséquences de la violation. Le Rapporteur spécial proposait donc une formule plus générale, comme l'article B[117], qui s'appliquait aussi bien au droit des traités qu'au droit international coutumier.

d) *Relation avec la Charte des Nations Unies (article 39)*

393. L'article 39, tel qu'il avait été adopté en première lecture, avait été vivement critiqué, y compris par le rapporteur spécial précédent, M. Arangio-Ruiz. Le Rapporteur spécial, estimant ces critiques justifiées, proposait donc pour l'article 39 un texte plus simple[118] qui ne pourrait pas être considéré comme un amendement déguisé de la Charte des Nations Unies.

---

[113] Voir *supra* note 43.

[114] Le texte de l'article 37 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 37. – Dispositions particulières prévues par d'autres règles applicables*

Les dispositions des présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'un fait internationalement illicite d'un État ou ses conséquences juridiques sont déterminées exclusivement par d'autres règles de droit international qui se rapportent à ce fait. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir son troisième rapport, par. 415 à 421.

[115] Le texte de l'article A proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article A. – Responsabilité d'une organisation internationale ou pour le comportement de celle-ci*

Les présents articles sont sans préjudice de toute question qui peut se présenter au regard de la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale. »

[116] Voir *Annuaire... 1998*, vol. I, 2562e séance, par. 72, p. 304 et 305.

[117] Le texte de l'article B proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article B. – Règles déterminant le contenu d'une obligation internationale*

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à l'existence ou au contenu d'une obligation internationale d'un État, dont la violation peut entraîner la responsabilité des États. »

[118] Le texte de l'article 39 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 39. – Relation avec la Charte des Nations Unies*

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État d'après les présents articles sont sans préjudice de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. »

Pour l'analyse de cet article par le Rapporteur spécial, voir son troisième rapport, par. 422 à 426.

e) *Autres clauses de sauvegarde*

394. De l'avis du Rapporteur spécial, les clauses de sauvegarde susmentionnées étaient les seules nécessaires. Pour les raisons indiquées au paragraphe 428 de son rapport, il n'approuvait pas l'inclusion de clauses de sauvegarde sur la protection diplomatique, ou sur les questions de nullité et de non-reconnaissance ou de non-rétroactivité. Une clause de définition était aussi inutile. Toutefois, si la Commission devait finalement opter pour un projet d'articles qui se présente sous forme d'un projet de convention, d'autres dispositions seraient nécessaires.

23. Résumé du débat sur les dispositions générales (quatrième partie)

a) *Dispositions particulières prévues par d'autres règles applicables (article 37)*

395. Le nouveau libellé proposé par le Rapporteur spécial pour cette disposition a été approuvé. On a fait observer que la solution juridique basée sur l'interprétation, suggérée par le Rapporteur spécial, était la seule approche plausible de la question de la relation entre les régimes de la *lex specialis* et le régime général de la responsabilité des États. Différents avis ont été exprimés au sujet de l'expression « dans la mesure où » : certains pensaient qu'elle prêtait à confusion et était superflue, d'autres au contraire qu'elle était utile étant donné que d'autres règles du droit international pouvaient être partiellement applicables au même comportement illicite. En conséquence, le mot « exclusivement » était inapproprié. On s'est également demandé si les mots « les conditions d'un fait internationalement illicite … ou ses conséquences juridiques » englobaient la définition d'un tel fait, les principes généraux, le fait de l'État en vertu du droit international et la violation elle-même.

b) *Responsabilité d'une organisation internationale ou pour le comportement de celle-ci (article A)*

396. L'article proposé a été approuvé. Il a été noté que la Commission pourrait étudier à l'avenir le sujet de la responsabilité des organisations internationales.

c) *Règles déterminant le contenu d'une obligation internationale (article B)*

397. L'inclusion de cette disposition dans le projet d'articles a été approuvée.

d) *Relation avec la Charte des Nations Unies (article 39)*

398. Le nouveau libellé proposé par le Rapporteur spécial pour cette disposition, qui a été jugé meilleur que celui qui avait été adopté en première lecture, a été approuvé. On a également émis l'avis que, si le projet d'articles devait être adopté sous la forme d'une déclaration, il ne serait pas nécessaire d'y inclure une disposition sur la relation avec la Charte des Nations Unies. L'Article 103 de la Charte suffisait à régler le problème et l'article 39 serait donc inutile. Selon une autre opinion, l'article 39 était particulièrement important pour garantir la primauté de l'Article 103 par rapport à l'instrument sous la forme duquel le projet d'articles se présenterait.

399. En outre, on a fait observer que la question était plus complexe car le projet d'articles sur la responsabilité des États et la Charte des Nations Unies se situaient sur deux plans différents. Il fallait donc maintenir cet article, quoique sous une forme moins restrictive puisque le texte proposé pour l'article 39 était limité aux conséquences d'un fait internationalement illicite. Il n'y avait pas de raison, par ailleurs, de limiter cette disposition à l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. Cela se concevait dans le contexte de la Convention de Vienne de 1969 étant donné que l'Article 103 traitait de la hiérarchie des traités entre eux, mais ce n'était pas le cas dans le contexte de la responsabilité des États. Tout ce qu'il fallait dire, c'était que le projet d'articles était sans préjudice de la Charte.

e) *Autres clauses de sauvegarde*

400. La proposition du Rapporteur spécial tendant à ne pas inclure de clause de sauvegarde concernant l'immunité diplomatique dans le projet d'articles a été généralement approuvée, mais un membre a dit préférer qu'une telle clause figure dans le projet d'articles, mais dans la deuxième partie *bis*, et non dans la quatrième partie.

401. Il a été observé que, si le texte final du projet d'articles devait prendre la forme d'une déclaration, il ne faudrait pas y inclure de disposition sur la non-rétroactivité dans l'espoir que le projet d'articles serait considéré comme étant déclaratoire de droit existant et ayant donc un effet rétroactif. À l'inverse, s'il s'agissait finalement d'un traité, il faudrait y incorporer d'autres dispositions, y compris une clause de non-rétroactivité.

24. Conclusions du Rapporteur spécial sur les dispositions générales (quatrième partie)

402. Le Rapporteur spécial a relevé que les textes qu'il avait proposés pour la quatrième partie avaient été généralement approuvés.

403. Pour les raisons indiquées par certains des membres, il n'était pas favorable à la suppression de l'article 39, compte tenu en particulier du débat nourri que cet article avait suscité au cours de la première lecture. Une version plus simple était plus appropriée.

404. En ce qui concerne l'article 37, et pour répondre à l'argument selon lequel le terme « exclusivement » n'était pas nécessaire compte tenu de l'expression « dans la mesure où », bien qu'il s'agisse plutôt d'un problème de rédaction, il fallait reconnaître que le fait qu'une conséquence particulière s'attache à une norme particulière ne suffisait pas en lui-même pour faire jouer le principe de la *lex specialis*. Il fallait quelque chose de plus, c'est-à-dire que la disposition vise à exclure d'autres conséquences, ce que traduisait le mot « exclusivement ».

405. À l'issue de cet examen du projet d'articles adopté en première lecture, le Rapporteur spécial a remercié les membres de la Commission de la patience dont ils avaient fait preuve face à une documentation extrêmement abondante et de nombreuses questions difficiles, ainsi que le secrétariat et ses propres assistants.

ANNEXE

PROJETS D'ARTICLES ADOPTÉS À TITRE PROVISOIRE PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION EN DEUXIÈME LECTURE[119]

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

PREMIÈRE PARTIE

LES FAITS INTERNATIONALEMENT ILLICITES DES ÉTATS

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article premier. – Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites

Tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale.

Article 2. [3][120] – ***Éléments du fait internationalement illicite de l'État***

Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsque :

a) Un comportement consistant en une action ou une omission est attribuable à l'État en vertu du droit international; et

b) Ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.

Article 3. [4] – ***Qualification d'un 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.

CHAPITRE II

FAIT DE L'ÉTAT D'APRÈS LE DROIT INTERNATIONAL

Article 4. [5] – ***Attribution à l'État du comportement de ses organes***

1. Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement de tout organe de cet État agissant en cette qualité, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires 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 publique territoriale.

2. Aux fins du paragraphe 1, un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.

Article 5. [7] – ***Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique***

Le comportement d'une entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4 [5], mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer les prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

Article 6. [8] – ***Attribution à l'État d'un comportement mené en fait sur ses instructions ou bien sous sa direction ou son contrôle***

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes, si la personne ou le groupe de personnes agissait en fait sur les instructions ou sous la direction et le contrôle de cet État en ayant ce comportement, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

Article 7. [8] – ***Attribution à l'État d'un certain comportement mené en l'absence des autorités officielles***

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

[119] Pour la présentation, par le Président du Comité de rédaction, du rapport du Comité, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2662e séance, p. 413.

[120] Les numéros entre crochets correspondent aux numéros des articles adoptés en première lecture.

Article 8. [9] – ***Attribution à l'État du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre État***

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

Article 9. [10] – ***Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur pouvoir ou en contradiction avec leurs instructions***

Le comportement d'un organe de l'État ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ou ladite entité ayant agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé son pouvoir ou a contrevenu aux instructions concernant son exercice.

Article 10. [14, 15] – ***Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre***

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

2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui réussit 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 un État de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit au mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État selon les articles 4 [5] à 9 [10].

Article 11. – Comportement qui est entériné ou fait sien par l'État

Un comportement qui n'est pas attribuable à un État selon les articles 4 [5], 5 [7], 6 [8], 7 [8], 8 [9] ou 10 [14, 15] est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si, et dans la mesure où, l'État entérine ou fait sien le comportement en question.

CHAPITRE III

VIOLATION D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE

Article 12. [16, 17, 18] – ***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 le caractère de celle-ci.

Article 13. [18] – ***Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État***

Le fait d'un État n'est pas considéré comme une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par l'obligation en question au moment où le fait a lieu.

Article 14. [24] – ***Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale***

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

2. La violation d'une obligation internationale par le fait d'un 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 d'un 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 ce qui est requis par cette obligation internationale.

Article 15. [25] – ***Violation constituée par un fait composé***

1. La violation d'une obligation internationale, de la part d'un État, par une série d'actions ou d'omissions définie dans son ensemble comme illicite, se produit avec 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 l'obligation internationale.

CHAPITRE IV

RESPONSABILITÉ D'UN ÉTAT À L'ÉGARD DU FAIT D'UN AUTRE ÉTAT

Article 16. [27] – ***Aide ou assistance dans la commission d'un fait internationalement illicite***

Un État qui aide ou assiste un autre État dans la commission d'un 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.

Article 17. [28] **– *Direction et contrôle exercé dans la commission d'un fait internationalement illicite***

Un État qui exerce sur un autre État une direction et un contrôle dans la commission d'un 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.

Article 18. [28] **– *Contrainte sur un autre État***

Un 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 de la sorte en connaissance des circonstances du fait.

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.

CHAPITRE V

CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICÉITÉ

Article 20. [29] **– *Consentement***

Le consentement valable d'un 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.

Article 21. – Respect de normes impératives

L'illicéité du fait d'un État est exclue si ce fait est exigé, étant donné les circonstances, par une norme impérative du droit international général.

Article 22. [34] **– *Légitime défense***

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

Article 23. [30] **– *Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite***

L'illicéité du fait d'un État non conforme à ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure dirigée envers cet autre État dans les conditions énoncées aux articles 50 [47] à 55 [48].

Article 24. [31] **– *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, c'est-à-dire à 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 force majeure résulte, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, du comportement de l'État qui l'invoque; ou

b) Si l'État a assumé le risque que survienne une telle situation.

Article 25. [32] **– *Détresse***

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur du fait en question n'avait raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes confiées à sa garde.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

a) Si la situation de détresse résulte, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, du comportement illicite de l'État qui l'invoque; ou

b) Si le fait en question était susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

Article 26. [33] **– *État de nécessité***

1. Un État ne peut invoquer la 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, la nécessité ne peut être invoquée par un État comme cause d'exclusion de l'illicéité :

a) Si l'obligation internationale en question découle d'une norme impérative du droit international général;

b) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer la nécessité; ou

c) Si l'État qui invoque la nécessité a contribué à la situation de nécessité.

Article 27. [35] **– *Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité***

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité en vertu du 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 des dommages ou pertes matériels effectivement causés par le fait en question.

DEUXIÈME PARTIE

CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DES ÉTATS

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 28. [36] **– *Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite***

La responsabilité internationale d'un État qui, conformément aux dispositions de la première partie, résulte d'un fait internationalement illicite entraîne les conséquences juridiques énoncées dans la présente partie.

Article 29. [36] – ***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.

Article 30. [41, 46] **– *Cessation et non-répétition***

L'État responsable du fait internationalement illicite est tenu :

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.

Article 31. [42] **– *Réparation***

1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.

2. Le préjudice comprend tout dommage, matériel ou moral, subi en conséquence du fait internationalement illicite d'un État.

Article 32. [42] **– *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.

Article 33. [38] **– *Autres conséquences d'un fait internationalement illicite***

Les règles du droit international applicables continuent de régir les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État qui ne sont pas énoncées dans les dispositions de la présente partie.

Article 34. – 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, selon la nature et le contenu de l'obligation internationale violée et les circonstances de la violation, qu'un État en soit ou non le bénéficiaire final.

2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale d'un État fait naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État.

CHAPITRE II

LES FORMES DE LA RÉPARATION

Article 35. [42] **– *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, de manière unique ou combinée, conformément aux dispositions du présent chapitre.

Article 36. [43] – ***Restitution***

L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de procéder à la restitution, c'est-à-dire au 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.

Article 37. [44] **– *Indemnisation***

1. L'État responsable d'un 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.

Article 38. [45] – *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 n'a pas été réparé par la restitution ou l'indemnisation.

2. La satisfaction peut consister dans 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.

Article 39. – Intérêts

1. Des intérêts sur toute somme principale exigible selon le présent chapitre sont dus dans la mesure qui est 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 le principal aurait dû être versé jusqu'au jour où l'obligation de payer est remplie.

Article 40. [42] – *Contribution au dommage*

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au dommage due à l'action ou l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité par rapport à laquelle la réparation est demandée.

CHAPITRE III

VIOLATIONS GRAVES D'OBLIGATIONS ESSENTIELLES ENVERS LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

Article 41. – Application du présent chapitre

1. Le présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale découlant d'un fait internationalement illicite qui constitue une violation grave par un État d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble et essentielle pour la protection de ses intérêts fondamentaux.

2. La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote que l'État responsable s'est abstenu de façon flagrante ou systématique d'exécuter l'obligation, risquant de causer une atteinte substantielle aux intérêts fondamentaux protégés par celle-ci.

Article 42. [51, 53] – *Conséquences de violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble*

1. Une violation grave au sens de l'article 41 peut entraîner pour l'État qui en est responsable l'obligation de verser des dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation.

2. Elle fait naître, pour tous les autres États, les obligations :

a) De ne pas reconnaître comme licite la situation créée par la violation;

b) De ne pas prêter aide ou assistance à l'État responsable pour maintenir la situation ainsi créée;

c) De coopérer autant que possible pour mettre fin à la violation.

3. Le présent article est sans préjudice des conséquences prévues au chapitre II et de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner une violation à laquelle s'applique le présent chapitre.

DEUXIÈME PARTIE *BIS**

MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

CHAPITRE PREMIER

INVOCATION DE LA RESPONSABILITÉ D'UN ÉTAT

Article 43. [40] – *L'État lésé*

Un État est habilité en tant qu'État lésé à invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due à :

a) Cet État individuellement; ou

b) 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 porter atteinte à la jouissance des droits ou à l'exécution des obligations de tous les États concernés.

Article 44. – Invocation de la responsabilité par un 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.

* La Commission a mis de côté la troisième partie (Règlement des différends) du projet d'articles adopté en première lecture, d'où la lacune.

Article 45. [22] – *Recevabilité de la demande*

La responsabilité d'un 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) La demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes et si toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées.

Article 46. – Perte du droit d'invoquer la responsabilité

La responsabilité d'un État ne peut pas être invoquée si :

a) L'État lésé a valablement renoncé à la demande de manière non équivoque;

b) L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande.

Article 47. – Invocation de la responsabilité par plusieurs États

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.

Article 48. – Invocation de la responsabilité de plusieurs États

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 recouvrer, par le biais de l'indemnisation, davantage que le dommage qu'il a subi;

b) Est sans préjudice de tout droit de recours à l'égard des autres États responsables.

Article 49. – Invocation de la responsabilité par des États autres que l'État lésé

1. Sous réserve du paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est habilité à 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;

b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.

2. Un État habilité à invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable :

a) La cessation du fait internationalement illicite et les assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30 [41, 46];

b) L'accomplissement de l'obligation de réparation conformément au chapitre II de la deuxième partie, dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

3. Les conditions posées par les articles 44, 45 [22] et 46 à l'invocation de la responsabilité par un État lésé s'appliquent également à l'invocation de la responsabilité par un État habilité à le faire en vertu du paragraphe 1.

CHAPITRE II

CONTRE-MESURES

Article 50. [47] – *Objet et limites des contre-mesures*

1. Un État lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre d'un État responsable d'un fait internationalement illicite que pour inciter cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie.

2. Les contre-mesures sont limitées à la suspension de l'exécution d'une ou de plusieurs obligations internationales que l'État prenant les mesures doit à l'État responsable.

3. Les contre-mesures doivent autant que possible être prises d'une manière qui n'empêche pas la reprise de l'exécution de l'obligation ou des obligations en question.

Article 51. [50] – *Obligations non soumises à des contre-mesures*

1. Les contre-mesures ne peuvent entraîner aucune dérogation :

a) À l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est prévue dans la Charte des Nations Unies;

b) Aux obligations concernant la protection des droits de l'homme fondamentaux;

c) Aux obligations de caractère humanitaire excluant toute forme de représailles contre les personnes qu'elles protègent;

d) Aux autres obligations découlant des normes impératives du droit international général;

e) Aux obligations de respecter l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires.

2. Un État qui prend des contre-mesures n'est pas dégagé des obligations qui lui incombent en application

de toute procédure de règlement des différends en vigueur entre lui et l'État responsable.

Article 52. [49] – *Proportionnalité*

Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause.

Article 53. [48] – *Conditions du recours à des contre-mesures*

1. Avant de prendre des contre-mesures, l'État lésé doit demander à l'État responsable, conformément à l'article 44, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie.

2. L'État lésé doit notifier à l'État responsable toute décision de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cet État.

3. Nonobstant le paragraphe 2, l'État lésé peut prendre les contre-mesures provisoires et urgentes qui peuvent être nécessaires pour préserver ses droits.

4. Des contre-mesures autres que celles visées au paragraphe 3 ne peuvent être prises tant que les négociations se poursuivent de bonne foi et ne sont pas indûment retardées.

5. Des contre-mesures ne peuvent être prises et, si elles sont déjà prises, doivent être suspendues dans un délai raisonnable si :

a) Le fait internationalement illicite a cessé; et

b) Le différend est soumis à une juridiction ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties.

6. Le paragraphe 5 ne s'applique pas si l'État responsable ne met pas en œuvre de bonne foi la procédure de règlement des différends.

Article 54. – Contre-mesures par des États autres que l'État lésé

1. Tout État habilité en vertu du paragraphe 1 de l'article 49 à invoquer la responsabilité d'un État peut prendre des contre-mesures à la demande et pour le compte de tout État lésé par la violation, dans la mesure où cet État est lui-même habilité à prendre des contre-mesures en vertu du présent chapitre.

2. Dans les cas visés à l'article 41, tout État peut prendre des contre-mesures, conformément au présent chapitre, dans l'intérêt des bénéficiaires de l'obligation violée.

3. Lorsque plus d'un État prennent des contre-mesures en vertu du présent article, les États concernés doivent coopérer pour s'assurer que les conditions posées dans le présent chapitre pour recourir à des contre-mesures sont remplies.

Article 55. [48] – *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 par rapport au fait internationalement illicite en vertu de la deuxième partie.

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 56. [37] – **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 ses conséquences juridiques sont déterminées par des règles spécifiques de droit international.

Article 57. – Responsabilité d'une organisation internationale ou pour le comportement de celle-ci

Les présents articles sont sans préjudice de toute question qui peut se présenter au regard de la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale.

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 en tant qu'organe ou agent de l'État.

Article 59. [39] – *Relation avec la Charte des Nations Unies*

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État d'après les présents articles sont sans préjudice de la Charte des Nations Unies.