RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/507 et Add. 1 à 4*

Troisième rapport sur la responsabilité des États, par M. James Crawford, rapporteur spécial

[*Original : anglais*]
[*15 mars, 15 juin, 10 et 18 juillet et 4 août 2000*]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport		6
Ouvrages cités dans le présent rapport		7
	Paragraphes	
INTRODUCTION	1-11	11
A. Étapes de l'achèvement de la deuxième lecture	1-4	11
B. Deuxième et troisième parties telles qu'adoptées en première lecture : Considérations générales	5-11	12
Chapitres		
I. DEUXIÈME PARTIE. CONSÉQUENCES JURIDIQUES D'UN FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE D'UN ÉTAT	12-119	15
A. Chapitre premier. Principes généraux	13-119	15
1. Titre et contenu du chapitre premier	13-16	15
2. Le principe général de réparation	17-43	16
a) Dispositions actuelles	17-22	16
b) Principe général proposé	23-37	18
c) Article 42, paragraphes 3 et 4	38-43	21
3. Cessation et questions connexes	44-59	22
a) Dispositions actuelles	44-48	22
b) Place de la cessation dans le projet d'articles	49-50	23
c) Question de la place et de la formulation du projet d'articles	51-52	24
d) Assurances et garanties de non-répétition	53-59	24
4. Autres conséquences juridiques découlant du droit international coutumier	60-65	25
5. L'État lésé	66-118	26
a) Article 40. Sens de l'expression « État lésé »	66-81	26
b) Quelques questions préliminaires	82-96	31
c) Options pour la reformulation de l'article 40	97-118	35
6. Conclusions concernant la deuxième partie, chapitre premier	119	41
B. Chapitre II. Les formes de la réparation	120-223	42
1. Considérations générales	120-123	42
2. Restitution	124-146	43
a) Article 43 actuel	124-129	43
b) Cessation, restitution et indemnisation : problèmes de classification et de priorité	130-143	46

* Incorporant les documents A/CN.4/507/Add.1/Corr.1, A/CN.4/507/Add.2/Corr.1 et 2 et A/CN.4/507/Add.3/Corr.1.

Chapitres	*Paragraphes*	*Pages*
c) Les exceptions à la restitution	144	49
d) La formulation de l'article 43	145-146	50
3. Indemnisation	147-166	50
a) Article 44 actuel	147-153	50
b) La fixation de l'indemnisation : principe général ou critères détaillés ?	154-160	51
c) Les limitations à l'indemnisation	161-164	55
d) Conclusion	165-166	55
4. Satisfaction	167-194	56
a) Article 45 actuel	167-177	56
b) La nature de la satisfaction comme mode de réparation	178-181	57
c) Les formes spécifiques de satisfaction	182-192	58
d) Les limitations à la satisfaction : article 45, paragraphe 3	193	61
e) Conclusion sur l'article 45	194	61
5. Intérêts	195-214	61
a) La question des intérêts dans le projet d'articles	195-198	61
b) Le rôle des intérêts dans le cadre de la réparation	199-212	62
c) Une disposition sur les intérêts ?	213-214	65
6. Atténuation de la responsabilité	215-222	65
a) Faute contributive	216-221	65
b) Atténuation du dommage	222	67
7. Conclusions concernant la deuxième partie, chapitre II	223	67
II. Structure des autres parties du projet d'articles	224-226	68
III. Invocation de la responsabilité par un État lésé	227-367	68
A. Considérations générales	227-262	68
1. Le droit de l'État lésé de choisir la forme de la réparation	232-233	69
2. Conditions formelles d'invocation de la responsabilité	234-238	69
3. Questions relatives à la recevabilité des réclamations	239-242	70
a) Épuisement des voies de recours internes (art. 22)	241	71
b) Nationalité des réclamations	242	71
4. Limites à l'obtention de la réparation	243-249	71
a) Le principe *non ultra petita*	244-247	71
b) La règle prohibant le double recouvrement	248-249	73
5. Perte du droit d'invoquer la responsabilité	250-262	73
a) Renonciation	253-256	73
b) Prescription	257-259	74
c) Règlement	260-261	76
d) Extinction ou suspension de l'obligation violée	262	77
B. Cas impliquant une pluralité d'États lésés ou responsables	263-283	77
1. La situation juridique existante	266-281	78
a) Pluralité d'États responsables	267-278	78
b) Pluralité d'États lésés	279-281	82
2. Dispositions proposées	282-283	82
C. Conclusions relatives à la deuxième partie *bis*, chapitre premier	284	83
D. Contre-mesures d'un État lésé	285-367	83
1. Introduction	286-291	84
2. Examen du chapitre III actuel (art. 47 à 50)	292-319	85
a) Article 47 (Contre-mesures d'un État lésé)	293-297	85
b) Article 48 (Conditions de recours à des contre-mesures)	298-305	86
c) Article 49 (Proportionnalité)	306-310	89
d) Article 50 (Contre-mesures interdites)	311-319	90

Chapitres	*Paragraphes*	*Pages*
3. Révision des dispositions sur les contre-mesures d'un État lésé	320-362	93
a) Définition des contre-mesures	321-333	93
b) Obligations non soumises au régime des contre-mesures	334-343	96
c) Conditions de recours à des contre-mesures et de leur maintien	344-360	98
d) Cessation des contre-mesures	361	102
e) Formulation de l'article 30	362	102
4. Les contre-mesures et l'exception d'inexécution	363-366	102
5. Conclusions relatives aux contre-mesures prises par un État lésé	367	104
IV. Invocation de la responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale	368-413	105
A. Considérations générales	369-385	105
1. Droit de chaque État d'invoquer la responsabilité pour les violations d'obligations envers la communauté internationale	373-375	107
2. Limites au droit d'invoquer la responsabilité pour le compte d'autrui	376-379	107
a) L'État victime	377	107
b) Les violations autres que les États : les peuples et les populations	378	107
c) Les violations « sans victime » d'obligations envers la communauté	379	108
3. Questions relatives aux amendes et à la procédure	380-385	108
B. Contre-mesures collectives	386-405	110
1. Examen de la pratique des États	391-394	111
2. Une évaluation	395-400	113
3. Conclusion possible	401-406	114
C. Conséquences supplémentaires des « violations graves » d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble	407-411	115
1. Obligations supplémentaires pour les autres États confrontés à des violations graves d'obligations envers la communauté	410	116
2. Préserver la possibilité de futurs développements	411	116
D. Résumé des conclusions relatives à la deuxième partie, chapitre III, et à la deuxième partie *bis*	412-413	117
V. Quatrième partie. Dispositions générales	414-429	118
A. Dispositions actuelles	415-426	118
1. Article 37 (*Lex specialis*)	415-421	118
2. Article 39 (Relation avec la Charte des Nations Unies)	422-426	119
B. Ajouts proposés à la quatrième partie	427-428	120
C. Résumé des conclusions relatives à la quatrième partie	429	120

Liste des tableaux

	Paragraphes	*Pages*
1. États autorisés à invoquer la responsabilité en matière d'obligations multilatérales	107	38
2. Mesure dans laquelle des États différemment atteints peuvent invoquer les conséquences juridiques de la responsabilité des États	118	41

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

	Sources
Acte général de la Conférence de Berlin (Berlin, 26 février 1885)	*British and Foreign State Papers*, 1884-1885, vol. LXXVI, p. 4.
Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919]	H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international : continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens*, 3e série, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, t. XI, p. 323.
Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne (Genève, 27 juillet 1929)	Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 118, nº 2733, p. 303.
Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (Genève, 30 octobre 1947)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 55, nº 814, p. 187.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 12 août 1949)	Ibid., vol. 75, nos 970 à 973, p. 31 et suiv.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) [Genève, 8 juin 1977]	Ibid., vol. 1125, nº 17512, p. 3.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, nº 2889, p. 221.
Protocole nº 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention (Strasbourg, 11 mai 1994)	Ibid., vol. 2061, nº 2889, p. 7.
Traité instituant la Communauté européenne (Rome, 25 mars 1957), tel qu'amendé par le Traité d'Amsterdam (2 octobre 1997)	*Journal officiel de l'Union européenne*, nº C 340, vol. 40, 10 novembre 1997, p. 173.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Ibid., vol. 500, nº 7310, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, nº 8638, p. 261.
Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965)	Ibid., vol. 575, nº 8359, p. 159.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 993, nº 14531, p. 3.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, nº 14668, p. 171.
Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969) [ci-après dénommée Convention de Vienne 1969]	Ibid., vol. 1155, nº 18232, p. 331.
Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux (Londres, Moscou, Washington, 29 mars 1972)	Ibid., vol. 961, nº 13810, p. 187.
Convention pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel (Paris, 16 novembre 1972)	Ibid., vol. 1037, nº 15511, p. 151.
Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974), telle qu'amendée par le Protocole à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980)	Ibid., vol. 1511, nº 26121, p. 99.

	Sources
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, nº 31363, p. 3.
Accord de coopération entre la Communauté économique européenne et la République socialiste fédérative de Yougoslavie (Bruxelles, 24 janvier 1983)	*Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 41, p. 2.
Convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone (Vienne, 22 mars 1985)	Ibid., vol. 1513, nº 26164, p. 293.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986) [ci-après dénommée Convention de Vienne de 1986]	A/CONF.129/15.
Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Montréal, 16 septembre 1987)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1522, nº 26369, p. 3.
Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Marrakech, 15 avril 1994)	Ibid., vol. 1869, nº 31874
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Ibid., vol. 2187, nº 38544, p. 3.

Ouvrages cités dans le présent rapport

ABI-SAAB, Georges

Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale : étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en œuvre, Paris, Pedone, 1967. 279 p.

« The uses of article 19 », *European Journal of International Law*, Florence, vol. 10, nº 2, 1999, p. 339 à 351.

AKEHURST, Michael

« Reprisals by third States », *British Year Book of International Law, 1970*, Londres, vol. 44, p. 1 à 18.

ALDRICH, George H.

The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal, Oxford, Clarendon Press, 1996. 590 p.

ALSTON, Philip

« The Commission on Human Rights », *in* Philip Alston (dir.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 126 à 210.

ANNACKER, Claudia

« Part two of the International Law Commission's draft articles on State responsibility », *German Yearbook of International Law*, Berlin, vol. 37, 1994, p. 206 à 253.

ARANGIO-RUIZ, Gaetano

« Article 39 of the ILC first-reading draft articles on State responsibility », *Rivista di diritto internazionale*, Milan, vol. LXXXIII, 2000, p. 747 à 769.

ARGENT, Pierre D'

« Le fonds et la commission de compensation des Nations Unies », *Belgian Review of International Law*, Bruxelles, vol. XXV, 1992-2, p. 485 à 518.

ATIYAH, P. S.

An Introduction to the Law of Contract, 5e éd., Oxford, Clarendon Press, 1995. 479 p.

BANQUE MONDIALE

Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, vol. I, *Survey of Existing Instruments*, Washington, 1992.

BARKER, John Holly

The Valuation of Income-Producing Property in International Law, Université de Cambridge, 1998. (Doctorat d'université.)

BEDERMAN, David J.

« Article 40(2)(E) & (F) of the ILC draft articles on State responsibility: standing of injured States under customary international law and multilateral treaties », *Proceedings of the 92nd Annual Meeting of the American Society of International Law: The Challenge of Non-State Actors*, Washington, 1er – 4 avril 1998, p. 291 à 294.

« Contributory fault and State responsibility », *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, nº 2, hiver 1990, p. 335 à 369.

BETTAUER, Ronald J.

« The United Nations Compensation Commission: developments since October 1992 », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 89, nº 2, avril 1995, p. 416 à 423.

BOELAERT-SUOMINEN, Sonja

«Iraqi war reparations and the laws of war: a discussion of the current work of the United Nations Compensation Commission with specific reference to environmental damage during warfare », *Austrian Journal of Public and International Law*, Vienne, vol. 50, 1996, p. 225 à 316.

BOTHE, Michael

« Neutrality in naval warfare: what is left of traditional international law? », *in* Astrid J. M. Delissen et Gerard J. Tanja (dir.), *Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p. 387 à 405.

BOWETT, Derek William

« Crimes of State and the 1996 report of the International Law Commission on State responsibility », *European Journal of International Law*, Florence, vol. 9, nº 1, 1998, p. 163.

BROWER, Charles N. et Jason D. BRUESCHKE

The Iran-United States Claims Tribunal, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998. 931 p.

BROWNLIE, Ian

System of the Law of Nations: State Responsibility, t. I, Oxford, Clarendon Press, 1983.

CAFLISCH, Lucius

« La pratique suisse de matière de droit international public 1975 », *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXII, 1976, p. 69 à 166.

CHARNEY, Jonathan I.

« Third State remedies in international law », *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, nº 1, hiver 1989, p. 57 à 101.

CHATTERJEE, Charles

« The use of the discounted cash flow method in the assessment of compensation: comments on the recent World Bank guidelines on the treatment of foreign direct investment », *Journal of International Arbitration*, Genève, vol. 10, nº 4, décembre 1993, p. 19 à 27.

CHRISTENSON, Gordon A.

« State Responsibility and the UN Compensation Commission: compensating victims of crimes of State », *in* Richard B. Lillich (dir.), *The United Nations Compensation Commission*, Irvington-on-Hudson (N. Y.), Transnational, 1995, p. 311 à 364.

COING, Helmut

« Dawes Plan », *in* Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992.

CRAWFORD, James

« The standing of States: a critique of article 40 of the ILC's draft articles on State responsibility », *in* Mads Andenas (dir.), *Judicial Review in International Perspective:* Liber Amicorum *in Honour of Lord Slynn of Hadley*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.

CROOK, John R.

« The United Nations Compensation Commission: a new structure to enforce State responsibility », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 87, nº 1, janvier 1993, p. 144 à 157.

DAGAN, Hanoch

Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values, Cambridge, Cambridge University Press, 1997. 195 p.

DECAUX, Emmanuel

« Responsabilité et réparation », *La responsabilité dans le système international : colloque du Mans*, Paris, Pedone, 1991, p. 147 à 190.

DOMINICÉ, Christian

« La réparation non contentieuse », *La responsabilité dans le système international : colloque du Mans*, Paris, Pedone, 1991, p. 191 à 223.

« De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État», *International Law in an Evolving World:* liber amicorum *in tribute to Professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, p. 505 à 522.

« De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État », *L'ordre juridique international entre tradition et innovation : recueil d'études*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, p. 349 à 365.

« The international responsibility of States for breach of multilateral obligations », *European Journal of International Law*, Florence, vol. 10, nº 2, 1999, p. 353 à 363.

DUGARD, C. J. R.

« The Organization of African Unity and colonialism: an enquiry into the plea of self-defence as a justification for the use of force in the eradication of colonialism », *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 16, 1967, p. 157 à 190.

DUPUY, Pierre-Marie

« Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1984-V*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, vol. 188, p. 9 à 134.

ERASMUS, Gavin M.

Compensation for Expropriation: A Comparative Study, Oxford, Jason Reese in association with the United Kingdom National Committee of Comparative Law, 1990.

FERGUSON-BROWN, Kevin

« The legality of economic sanctions against South Africa in contemporary international law », *South African Yearbook of International Law*, Pretoria, vol. 14, 1988-1989, p. 59 à 84.

FITZMAURICE, sir Gerald

The Law and Procedure of the International Court of Justice, Cambridge, Grotius, 1986. 860 p.

FLEISCHHAUER, Carl-August

« Prescription », *in* Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, p. 1105 à 1108.

FRIEDLAND, Paul D. et Eleanor WONG

« Measuring damages for the deprivation of income-producing assets: ICSID case studies », *Foreign Investment Law Journal*, vol. 6, nº 1, printemps 1991, p. 400 à 430.

FRIGESSI DI RATTALMA, Marco

« Le régime de responsabilité internationale institué par le conseil d'administration de la commission de compensation des Nations Unies », *RGDIP*, vol. CI, 1997, p. 45 à 90.

FROWEIN, Jochen A.

« Reactions by not directly affected States to breaches of public international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1994-IV*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, vol. 248, p. 345 à 437.

GAJA, Giorgio

« Should all references to international crimes disappear from the ILC draft articles on State responsibility? », *European Journal of International Law*, Florence, vol. 10, nº 2, 1999, p. 365 à 370.

GATTINI, Andrea

« La riparazione dei danni di guerra causati dall'Iraq », *Rivista di diritto internazionale*, Milan, vol. LXXVI, 1993, p. 1000 à 1046.

GOTANDA, John Yukio

« Awarding interest in international arbitration », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 90, nº 1, janvier 1996, p. 40 à 63.

Supplemental Damages in Private International Law, La Haye, Kluwer Law International, 1998. 250 p.

GOWLLAND-DEBBAS, Vera

Collective Responses to Illegal Acts in International Law: United Nations Action in the Question of Southern Rhodesia, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990. 753 p.

GRAY, Christine D.

Judicial Remedies in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1987. 250 p.

« The choice between restitution and compensation », *European Journal of International Law*, Florence, vol. 10, nº 2, 1999, p. 413 à 423.

GRAEFRATH, Bernhard

« Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1984-II*, vol. 185, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985.

« Iraqi reparations and the Security Council », *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 55, 1995, p. 1 à 68.

« International crimes and collective security », *in* Karel Wellens (dir.), *International Law Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, p. 237 à 252.

GREIG, D.W.

« Reciprocity, proportionality and the law of treaties », *Virginia Journal of International Law*, vol. 34, nº 2, hiver 1994, p. 295 à 403.

GROTIUS, Hugo

De Jure Belli ac Pacis : Libri Tres (Le droit de la guerre et de la paix) [1625], traduction de Jean Barbeyrac, Amsterdam, 1724, vol. II.

HAHN, Michael J.

Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie (La suspension unilatérale des obligations du GATT en tant qu'exercice de représailles), Berlin, Springer, 1996. [Sommaire en anglais.]

HART, Herbert Lionel Adolphus et A. M. (Tony) HONORÉ

Causation in the Law, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1985. 516 p.

HEISKANEN, Veijo et Robert O'BRIEN

« UN Compensation Commission panel sets precedents on Government claims », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 92, nº 2, avril 1998, p. 339 à 350.

HIGGINS, Rosalyn

« The taking of property by the State: recent developments in international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1982-III*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983, vol. 176, p. 259 à 391.

HOHFELD, Wesley Newcomb

Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays, New Haven, Yale University Press, 1923.

HONDIUS, Ewoud H.

« General report», *Extinctive Prescription On the Limitation of Actions: Reports to the XIVth Congress, International Academy of Comparative Law*, Athènes (Vouliagmeni), Grèce, 31 juillet – 7 août 1994, La Haye, Kluwer Law International, 1995, p. 1 à 25.

HONORÉ, A. M.

« Causation and remoteness of damage », *in* André Tunc (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, t. I, chap. 7, Tübingen, Mohr, 1983. 156 p.

HOOGH, Andreas Johannes Joseph DE

Obligations Erga Omnes *and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, La Haye, Kluwer, 1996. 397 p.

INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW

San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, Louise Doswald-Beck (dir.), Cambridge, Grotius, 1995. 257 p.

HUNTER, Martin et Volker TRIEBEL

« Awarding interest in international arbitration », *Journal of International Arbitration*, Genève, vol. 6, nº 1, mars 1989, p. 7 à 23.

HUTCHINSON, D. N.

« Solidarity and breaches of multilateral treaties », *British Year Book of International Law, 1988*, Oxford, vol. 59, p. 151 à 215.

IBRAHIM, Ashraf Ray

« The doctrine of laches in international law », *Virginia Law Review*, Charlottesville, vol. 83, nº 3, avril 1997, p. 647 à 692.

IOVANE, Massimo

La riparazione nella teoria e nella prassi dell' illecito internazionale, Milan, Giuffrè, 1990. 340 p.

JENNINGS, sir Robert et sir A. WATTS (dir.)

Oppenheim's International Law, vol. 1, *Peace*, tomes 2 à 4, 9e éd., Harlow, Longman, 1992.

JØRGENSEN, Nina H. B.

« A reappraisal of punitive damages in international law », *British Yearbook of International Law, 1997*, Oxford, vol. 68, p. 247 à 266.

KAWASAKI, Kyoji

« The notion of "injured State" in the law of international responsibility of States: the ILC's draft article 5 of part two on State responsibility », *Shudo Law Review*/Shudo hogaku, vol. 11, 1989, p. 319 à 353; vol. 12, 1990, p. 95 à 120; vol. 13, 1991, p. 225 à 262. En japonais (en trois parties).

« The "injured State" in the international law of State responsibility», *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 28, 2000, p. 17 à 31.

KENT, Bruce

The Spoils of War: The Politics, Economics, and Diplomacy of Reparations 1918-1932, Oxford, Clarendon Press, 1989. 462 p.

KEYNES, John Maynard

The Economic Consequences of the Peace, Londres, Macmillan, 1919. 279 p.

KHALILIAN, Seyed Khalil

« The place of discounted cash flow in international commercial arbitrations: awards by Iran-United States Claims Tribunal », *Journal of International Arbitration*, Genève, vol. 8, nº 1, mars 1991, p. 31 à 50.

KLEIN, Pierre

La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens, Bruxelles, Bruylant, 1998.

KOSKENNIEMI, Martti

« L'affaire du passage par le Grand-Belt », *Annuaire français de droit international, 1992*, Paris, vol. XXXVIII, p. 905 à 947.

LIEBLICH, William C.

« Determinations by international tribunals of the economic value of expropriated enterprises », *Journal of International Arbitration*, Genève, vol. 7, nº 1, mars 1990, p. 37 à 76.

« Determining the economic value of expropriated income-producing property in international arbitrations », *Journal of International Arbitration*, Genève, vol. 8, nº 1, mars 1991, p. 59 à 80.

LILLICH, Richard B. (dir.)

The United Nations Compensation Commission, Irvington-on-Hudson (N.Y.), Transnational, 1995. 486 p.

LINDEMANN, Hans-Heinrich

« Die Auswirkungen der Menschenrechtsverletzungen auf die Vertragsbeziehungen zwischen den Niederlanden und Surinam » (Les effets résultant de violations des droits de l'homme sur les relations contractuelles entre les Pays-Bas et le Surinam), *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 44, 1984, p. 64 à 93.

MANN, F. A.

« Compound interest as an item of damage in international law », *Further Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 377 à 385.

MANTOUX, Étienne

La paix calomniée ou les conséquences économiques de M. Keynes, Paris, Gallimard, 1946. 329 p.

MARKESINIS, B. S.

The German Law of Obligations, Vol. II, The Law of Torts: A Comparative Introduction, 3e éd., Oxford, Clarendon Press, 1997. 1016 p.

MIGLIORINO, Luigi

« Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction: à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du *Rainbow Warrior* », *RGDIP*, vol. 96, 1992, p. 61 à 74.

MOORE, John Bassett

History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. IV, Washington, United States Government Printing Office, 1898.

NEFF, Stephen C.

« Boycott and the law of nations: economic warfare and modern international law in historical perspective », *British Year Book of International Law, 1989*, Oxford, vol. 59, p. 113 à 149.

NORTON, Patrick M.

« A law of the future or a law of the past? Modern tribunals and the international law of expropriation », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 85, nº 3, juillet 1991, p. 474 à 505.

NOYES, John E. et Brian D. SMITH

« State responsibility and the principle of joint and several liability », *Yale Journal of International Law*, vol. 13, nº 2, été 1988, p. 225 à 267.

OETER, Stefan

« Methods and means of combat », *in* Dieter Fleck (dir.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 105 à 207.

O'NEILL, Philip D. Jr. et Nawaf SALAM,

« Is the *exceptio non adimpleti contractus* part of the new *lex mercatoria*? », *in* Emmanuel Gaillard (dir.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Paris, ICC, 1993, p. 147 à 159.

PADELLETTI, Maria Luisa

Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale, Milan, Giuffrè, 1990. 239 p.

PARTSCH, Karl Josef

« Reprisals», *in* Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 2000, p. 200 à 205.

PELLET, Alain

« Vive le crime ! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international », in *Le droit international à l'aube du XXIe siècle : Réflexions de codificateurs* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.97.V.4), p. 287 à 315.

« Can a State commit a crime? Definitely, yes! », *European Journal of International Law*, Florence, vol. 10, nº 2, 1999, p. 425 à 434.

PELLONPÄÄ, Matti

« Compensable claims before the Tribunal: expropriation claims », *in* Richard B. Lillich et Daniel Barstow Magraw (dir.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility*, Irvington-on-Hudson (N.Y.), Transnational, 1998, p. 185 à 266.

PENROSE, Edith, George JOFFE et Paul STEVENS

« Nationalisation of foreign-owned property for a public purpose: an economic perspective on appropriate compensation», *Modern Law Review*, vol. 55, 1992, p. 351 à 367.

PERRIN, Georges

« La détermination de l'État lésé : les régimes dissociables et les régimes indissociables », *in* Jerzy Makarczyk (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 243 à 247.

PINTO, Roger

« Prescription in international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1955-I*, Leyde Sijthoff, 1956, vol. 87, p. 387 à 455.

PISILLO MAZZESCHI, Riccardo

« La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione europea», *La Comunità internazionale*, vol. 53, nº 2, 1998, p. 215 à 235.

PLANIOL, Marcel

Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit, 10e éd., Paris, LGDJ, 1926, vol. 2, p. 241 à 267.

RAGAZZI, Maurizio

The concept of international obligations erga omnes, Oxford, Clarendon Press, 1997. 265 p.

RANDELZHOFER, Albrecht et Christian TOMUSCHAT (dir.)

State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights, La Haye, Martinus Nijhoff, 1999. 296 p.

RAO, Pemmaraju Sreenivasa

« Comments on article 19 of the draft articles on State responsibility adopted by the International Law Commission », *Indian Journal of International Law*, vol. 37, nº 4, 1997, p. 673 à 676.

ROMANO, Cesare P. R.

« Woe to the vanquished? A comparison of the reparations process after World War I (1914-18) and the Gulf war (1990-91) », *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, nº 3, 1997, p. 361 à 390.

ROSAS, Allan

« Mixed Union—mixed agreements », *in* Martti Koskenniemi (dir.), *International Law Aspects of the European Union*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 125 à 148.

ROSENNE, Shabtai

Breach of Treaty, Cambridge, Grotius, 1985. 142 p.

The Law and Practice of the International Court, 1920-1996, vol. II, *Jurisdiction*, 3e éd., La Haye, Martinus Nijhoff, 1997.

« State responsibility and international crimes: further reflections on article 19 of the draft articles on State responsibility », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 30, nos 1 et 2, printemps 1997 – hiver 1998, p. 145 à 166.

ROSENSTOCK, Robert

« An international criminal responsibility of States? », in *Le droit international à l'aube du XXIe siècle : Réflexions de codificateurs* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.97.V.4), p. 265 à 285.

ROUSSEAU, Charles

« Chronique des faits internationaux », *RGDIP*, vol. LXXXVI, 1982, p. 587 à 675.

Droit international public, vol. V, *Les rapports conflictuels*, Paris, Sirey, 1983.

RUBIN, Alfred P.

Ethics and Authority in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1997. 228 p.

RUZIÉ, David

Droit international public, 13e éd., Paris, Dalloz, 1997. 259 p.

SACHARIEW, K.

« State responsibility for multilateral treaty violations: identifying the 'injured State' and its legal status », *Netherlands International Law Review*, vol. XXXV, 1988, p. 273 à 289.

SALMON, Jean

« La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilité internationale », *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, vol. III, Milan, Giuffrè, 1987, p. 371 à 399.

SCHINDLER, Dietrich

« Transformations in the law of neutrality since 1945 », *in* Astrid J. M. Delissen et Gerard J. Tanja (dir.), *Humanitarian Law of*

Armed Conflict Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p. 367 à 386.

SCHWEBEL, Stephen M.

International Arbitration: Three Salient Problems, Cambridge, Grotius, 1987.

SHELTON, Dinah

Remedies in International Human Rights Law, Oxford, Oxford University Press, 1999. 387 p.

SICILIANOS, Linos-Alexandre

Les réactions décentralisées à l'illicite : des contre-mesures à la légitime défense, Paris, LGDJ, 1990, 532 p.

SIEKMANN, R. C. R.

« Netherlands State practice for the parliamentary year 1982–1983 », *Netherlands Yearbook of International Law*, La Haye, vol. XV, 1984, p. 267 à 390.

SIMMA, Bruno

« Bilateralism and community interest in the law of State responsibility », *in* Yoram Dinstein (dir.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p. 821 à 844.

« From bilateralism to community interest in international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1994–VI*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, vol. 250, p. 217 à 384.

STERN, Brigitte

« Un système hybride: la procédure de règlement pour la réparation des dommages résultant de l'occupation illicite du Koweït par l'Irak », *McGill Law Journal*, vol. 37, 1991-1992, p. 625 à 644.

STEWART, David P.

« Compensation and valuation issues », *in* Richard B. Lillich et Daniel Barstow Magraw (dir.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility*, Irvington-on-Hudson (N.Y.), Transnational, 1998, p. 325 à 385.

STOLL, Hans

« Consequences of liability: remedies», *in* André Tunc (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, t. 2, chap. 8, Tübingen, Mohr, 1983.

TALMON, Stefan

Recognition of Governments in International Law: with Particular Reference to Governments in Exile, Oxford, Clarendon Press, 1998. 393 p.

TRIFFTERER, Otto

« Prosecution of States for crimes of State », *International Review of Penal Law*, vol. 67, 1996, p. 341 à 364.

VADAPALAS, Vilenas

« L'intérêt pour agir en responsabilité internationale », *Polish Yearbook of International Law*, Varsovie, vol. XX, 1993, p. 17 à 35.

WALKER, David M.

The Oxford Companion to Law, Oxford, Clarendon Press, 1980. 1366 p.

WEIR, Tony

« Complex liabilities », *in* André Tunc (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, t. 2, chap. 12, Tübingen, Mohr, 1983.

WEISS, Friedl

« Time limits for the prosecution of crimes against international law », *British Year Book of International Law, 1982*, Oxford, vol. 53, p. 163 à 195.

WELLER, Marc

The Crisis in Kosovo 1989–1999: From the Dissolution of Yugoslavia to Rambouillet and the Outbreak of Hostilities, Cambridge, Documents & Analysis Publishing, 1999.

WHITEMAN, Marjorie M.

Damages in International Law, vol. III, Washington, United States Government Printing Office, 1943.

WILLIAMS, Glanville Llewellyn

Joint Obligations: A Treatise on Joint and Joint and Several Liability in Contract, Quasi-Contract and Trusts in England, Ireland and the Common-Law Dominions, Londres, Butterworth, 1949. 179 p.

WITTICH, Stephan

« Awe of the gods and fear of the priests: punitive damages and the law of State responsibility », *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3, nº 1, 1998, p. 101 à 157.

WOODLIFFE, John

« Chernobyl: four years on », *International & Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 39, t. 2, avril 1990, p. 461 à 471.

ZEMANEK, Karl

« New trends in the enforcement of *erga omnes* obligations », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, La Haye, vol. 4, 2000, p. 1 à 52.

ZWEIGERT, Konrad et Hein KÖTZ

An Introduction to Comparative Law, 3e éd. rév., Oxford, Clarendon Press, 1998. 714 p. [Traduit de l'allemand par Tony Weir.]

Introduction[1]

A. – Étapes de l'achèvement de la deuxième lecture

1. À sa cinquante et unième session, tenue en 1999, la Commission a terminé l'analyse, en deuxième lecture, des projets d'articles de la première partie, qu'elle avait entreprise en 1998. Les articles 1 à 35 ont été examinés par le Comité de rédaction, qui a fait rapport à la réunion plénière[2]. Depuis leur examen, de nouveaux commentaires ont été présentés par les gouvernements dans le cadre des débats à la Sixième Commission[3] et des faits

[1] Le Rapporteur spécial tient à remercier Pierre Bodeau, attaché de recherche au « Lauterparcht Research Centre for International Law » de l'Université de Cambridge, pour son importante contribution à la préparation du présent rapport, John Barker, Ann Bodley, Arnaud Macé, Petros Mavroidis, Carole Moal, Jacqueline Peel, Johanne Poirier et Christian Tams, pour leur assistance dans la préparation de ce rapport, ainsi que la fondation Leverhulme Trust pour son généreux soutien financier.

[2] Pour le texte des projets d'article provisoirement adoptés par le Comité de rédaction, voir *Annuaire… 1998*, vol. I, 2562e séance, par. 72, p. 304 et 305, et *Annuaire… 1999*, vol. I, 2605e séance, par. 4, p. 291 à 293. Voir également les rapports du président du Comité de rédaction pour 1998 (M. Simma, *Annuaire… 1998*, vol. I, 2562e séance, p. 304) et 1999 (M. Candioti, *Annuaire… 1999*, 2605e et 2606e séances, p. 291 à 302, et p. 305 à 311).

[3] Voir le résumé thématique des débats qui se sont déroulés à la Sixième Commission lors de ses cinquante-troisième (A/CN.4/496) et cinquante-quatrième sessions (A/CN.4/504).

nouveaux pertinents sont survenus dans la jurisprudence[4]. L'impression générale est que les modifications apportées à titre provisoire à la première partie en 1998 et 1999 ont dans l'ensemble été considérées comme simplifiant tout en la précisant l'orientation première de cette partie, et bien accueillies en conséquence. La notion à la base de la première partie (qui énonce les règles secondaires générales du droit international par lesquelles on détermine si un État s'est rendu coupable d'un fait internationalement illicite) n'a pour l'essentiel pas été remise en question et les chapitres actuels de la première partie ont tous été conservés.

2. Pour sa part, la Commission a réservé, pour y réfléchir davantage, un certain nombre de questions se rapportant à la première partie, comme suit :

a) La nécessité de faire figurer dans le projet une disposition qui traite de la responsabilité des États pour violation d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (obligations *erga omnes*) et la relation de cette disposition avec l'article 19 tel qu'adopté en première lecture[5];

b) La formulation et la place dans le projet de l'ancien article 22 (Épuisement des recours internes)[6];

c) La formulation de l'article 30 (Recours à des contre-mesures en présence d'un fait internationalement illicite, à la lumière du traitement des contre-mesures dans d'autres parties du projet)[7];

d) L'inclusion éventuelle d'une autre circonstance excluant l'illicéité, à savoir l'exception d'inexécution (*exceptio inadimpleti contractus*), proposée par le Rapporteur spécial en 1999[8].

3. Il est à noter que chacune des questions énumérées ci-dessus est examinée en même temps que les dispositions qui figurent dans l'actuelle deuxième partie[9]. De plus, si l'on veut que la Commission puisse terminer sa deuxième lecture des projets d'article d'ici à 2001, comme prévu et comme demandé par l'Assemblée générale, il est essentiel que le texte complet des projets d'article soit présenté à la Sixième Commission cette année, ce qui donnerait à la Commission la possibilité d'analyser le projet d'articles dans son ensemble à la lumière de tous autres commentaires reçus, avant la tenue de sa session suivante.

4. En conséquence, le Rapporteur spécial se propose dans le présent rapport de présenter des recommandations sur l'ensemble de la deuxième partie telle qu'adoptée en première lecture et, ce faisant, d'examiner les quatre questions évoquées au paragraphe 2 ci-dessus. Il serait ainsi en mesure de présenter en 2001 à la Commission à sa cinquante-troisième session un texte complet du projet d'articles, accompagné de commentaires, pour examen et adoption.

B. – Deuxième et troisième parties telles qu'adoptées en première lecture : considérations générales

5. La deuxième partie, telle qu'adoptée en première lecture[10], traite d'un large éventail de questions :

a) Les principes généraux de la responsabilité internationale, dont le plus important est la « définition » de l'expression « État lésé » (chap. Ier, art. 36 à 40);

b) Les « droits de l'État lésé et les obligations de l'État auteur du fait internationalement illicite » examinés dans un chapitre qui pose les principes fondamentaux de la cessation et de la réparation et définit le contenu spécifique de la réparation (chap. II, art. 41 à 46);

c) Les contre-mesures (chap. III, art. 47 à 50);

d) Les conséquences des crimes internationaux tels que définis à l'article 19, examinées brièvement (chap. IV, art. 51 à 53).

6. La question de savoir si la troisième partie qui concerne le règlement des différends doit être maintenue dépend de la décision prise quant à la forme du projet d'articles. Le Rapporteur spécial a déjà exposé les raisons pour lesquelles selon lui il conviendrait de ne pas retenir le lien particulier adopté en première lecture entre le règlement obligatoire des différends et l'adoption de contre-mesures[11]. De nombreux membres de la Commission ont souscrit à ces raisons au cours du débat sur le deuxième rapport[12]. Il est donc ainsi possible et, de l'avis du Rapporteur spécial, souhaitable d'examiner quant au fond le droit de la responsabilité des États, y compris la mise en œuvre de cette responsabilité, avant d'examiner les questions accessoires de la forme du projet d'articles et du règlement des différends.

---

[4] Par exemple, l'arrêt de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Duško Tadić*, nº IT-94-1-A, 15 juillet 1999, *ILM*, vol. 38, nº 6, novembre 1999, p. 1518 à 1623.

[5] Voir *Annuaire... 1998,* vol. II (2e partie), par. 331, p. 80 et 81. Cette question est liée aux doutes exprimés par certains quant à la nécessité de l'article 29 *bis* proposé (Observation d'une norme impérative); voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2e partie), par. 309 à 315, p. 79 et 80.

[6] *Annuaire... 1999*, vol. II (2e partie), par. 223 à 243, p. 70 et 71.

[7] Ibid., par. 448, p. 92.

[8] Ibid., par. 334 à 347, p. 82 et 83. Pour la proposition présentée par le Rapporteur spécial, voir *Annuaire... 1999*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/498 et Add.1 à 4, par. 316 à 331, p. 86 à 91.

[9] Ainsi, chacune des questions énumérées au paragraphe 2 est liée à des questions examinées dans l'actuelle deuxième partie de la manière suivante :

a) Il existe une relation manifeste entre les articles 19, 40 et 51 à 53, alors que, considéré séparément, l'article 19 recouvre une catégorie qui n'entraîne pas de conséquences;

b) Il a été suggéré qu'il serait plus approprié de faire figurer l'article 22 dans une section relative à l'invocation de la responsabilité que dans la première partie;

c) Dans la mesure où le régime des contre-mesures n'est pas traité dans d'autres parties du projet d'articles, il semble particulièrement approprié d'approfondir l'article 30 lui-même, alors que si le sujet est traité dans la deuxième partie, il serait suffisant de réduire la formulation de l'article 30 à un énoncé à caractère de référence croisée;

d) Selon une opinion, l'*exceptio inadimpleti contractus* soit coïnciderait avec le régime des contre-mesures, soit serait adéquatement couverte par lui; la Commission a remis l'examen de cette question dans ce contexte.

[10] Voir *Annuaire... 1996,* vol. II (2e partie), p. 66 à 68, pour la première partie, et p. 68 et 69, pour la troisième partie.

[11] Ibid., voir le paragraphe 2 de l'article 58, p. 69, tel qu'adopté en première lecture, et pour une critique, *Annuaire...1999* (voir *supra* la note 8), par. 386 à 389.

[12] *Annuaire... 1999*, vol. II (2e partie), par. 441 à 447, p. 92.

7. L'examen des questions soulevées à propos de la deuxième partie appelle un certain nombre de remarques initiales :

a) *Application interne du projet d'articles.* Les obligations associées dans la deuxième partie à la cessation, à la réparation et aux contre-mesures sont elles-mêmes des obligations internationales de l'État concerné, reprises dans les articles du projet, qui s'appliquent à toutes les obligations internationales des États. En conséquence, l'article 4, selon lequel un État ne peut pas invoquer les dispositions de son droit interne pour s'abstenir de respecter ses obligations internationales, s'applique aux obligations internationales évoquées dans la deuxième partie. Il en va de même des circonstances qui excluent l'illicéité : ainsi, un État devrait être habilité à faire valoir par exemple la force majeure comme circonstance excluant l'illicéité du non-paiement d'une indemnisation, dans la mesure autorisée par la première partie du chapitre V. Cette caractéristique de la première partie n'a peut-être pas toujours été clairement reconnue lors de la rédaction de la deuxième partie. Par exemple, le fond de l'article 4 est repris au paragraphe 4 de l'article 42 : il y a là une répétition qui, à proprement parler, n'est pas nécessaire et qui pourrait avoir des incidences *a contrario* non souhaitables en ce qui concerne d'autres dispositions de la deuxième partie[13];

b) *La deuxième partie et la distinction entre les dispositions de fond et les dispositions de procédure.* Bien que les articles du projet concernent un domaine qui pourrait être décrit comme les « recours judiciaires »[14], ils sont généralement exprimés en fonction des droits et des obligations des États. Dans de nombreux systèmes juridiques nationaux, les dispositions homologues seraient plus naturellement rapportées aux pouvoirs des tribunaux en matière de voies de recours. Il n'est pas possible de procéder de la sorte dans les systèmes où, *a priori*, il n'y a pas accès aux tribunaux et où divers tribunaux, cours de justice et autres organismes peuvent se trouver confrontés à des questions de responsabilité. En dépit de ces différences, le langage du droit interne (la prétendue « analogie avec le droit privé ») s'insinue souvent dans les décisions judiciaires internationales[15]. Même si les articles du projet ne concernent pas un certain nombre de questions, comme la compétence des cours, on dit souvent que les restrictions imposées aux réparations (par exemple les réparations punitives) découlent des conditions posées dans un compromis ou un accord spécial[16]; il existe alors un chevauchement évident entre les moyens juridictionnels, tels que le pouvoir d'indiquer ou d'ordonner des mesures conservatoires et l'obligation de cessation. Le problème se pose en particulier à propos des déclarations auxquelles les tribunaux internationaux ont souvent recours pour accorderréparation, la constatation formelle d'une violation étant en l'espèce considérée comme réparation suffisante[17]. De fait, dans de nombreuses affaires de responsabilité des États (de même que dans de nombreuses affaires de droit public relevant des tribunaux nationaux), la première réparation recherchée est de nature déclaratoire;

c) *Droits et recours : le problème de la discrétion.* Ces questions soulèvent un point connexe. L'orientation de la deuxième partie, axée sur les droits, non seulement exclurait certains aspects de la réparation tels que la réparation déclaratoire, mais aussi exigerait que le projet d'articles soit rédigé en des termes donnant à penser que la forme appropriée de réparation est préétablie par le droit international. En fait, les cours de justice et les tribunaux internationaux ont fait preuve d'une souplesse considérable lorsqu'ils ont traité des questions de réparation[18]. Dans les systèmes où la règle de la responsabilité peut être formulée en termes de pouvoir ou de discrétion judiciaire, cette approche ne soulève pas de difficultés. En revanche, dans les systèmes conçus tout entiers en fonction de droits et d'obligations[19], la situation est bien différente, et c'est là une des raisons pour lesquelles la deuxième partie a été critiquée aussi bien pour son excessive rigidité que pour son imprécision, nuisant à son utilité[20].

---

[13] Voir également *infra* le paragraphe 42.

[14] Voir Gray, *Judicial Remedies in International Law*; et Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*. La restitution, l'indemnisation, etc., ont été décrites comme des « formes de réparation » par le président du Comité de rédaction dans sa présentation du paragraphe 1 de l'article 42 (*Annuaire... 1992*, vol. I, 2288e séance, par. 17, p. 231).

[15] Voir l'analyse de l'arbitre Mahmassani dans le même passage sur l'exécution et la restitution dans l'affaire *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste*, 1977, *ILR*, vol. 62, p. 198.

[16] Sur la relation entre les réparations punitives et les conditions posées dans un *compromis,* voir, entre autres, l'affaire du *Lusitania*, 1923, vol. VII, in *Recueil des sentences arbitrales* (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.5), p. 41 et 42; l'affaire concernant la *Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre*, 1930, in *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.1), p. 1036 à 1038; et l'affaire *Lilian Byrdine Grimm c. République islamique d'Iran*, 1983, in *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2, Cambridge, Grotius, 1984, p. 78 et 79.

[17] Voir notamment : l'affaire du *Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 4 à 38; l'*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*, in *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.93.V.3), par. 122 et 123, p. 272 et 273 (en anglais) et *RGDIP*, vol. 94, 1990, par. 122 et 123, p. 875 (en français); et, d'une manière générale, Gray, op. cit., p. 127 à 131, ainsi que Shelton, op. cit., p. 68 et 69.

[18] Voir en général l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997*, p. 7. Pour un exemple d'affaire où cette souplesse est pratiquement allée au point de violer le principe *ne ultra petita,* voir l'arbitrage concernant le « *Rainbow Warrior* » (voir *supra* la note 17), par. 116 à 120, p. 874, et par. 124 à 128, p. 876 et 877. Pour une discussion générale de la distinction entre la cessation et la réparation, voir *infra* les paragraphes 47 à 50, ainsi que le paragraphe 54.

[19] Voir toutefois le deuxième paragraphe de l'article 42 qui prévoit que, pour déterminer la réparation, « il est tenu compte » de la négligence, action ou omission délibérée ayant contribué au dommage; voir également l'article 46 qui prévoit des assurances et garanties « le cas échéant ». Les deux articles prévoient non seulement une certaine discrétion ou souplesse, mais une certaine forme de règlement par une tierce partie.

[20] On peut illustrer cette remarque en se référant aux intérêts dus à raison d'une indemnisation non réglée. Certains ont même fait valoir que l'on pouvait aller jusqu'à accorder des intérêts composés; dans d'autres affaires, il peut être approprié de ne verser aucun intérêt; dans d'autres encore, la valeur des montants non réglés peut être prise en compte d'autres manières. Mais il est très difficile de préciser à l'avance les conditions dans lesquelles le paiement d'intérêts (y compris les intérêts composés) peut être approprié. Voir par exemple l'affaire de *La Compaña del desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Republic of Costa Rica*,

(Suite de la note page suivante.)

Tout bien considéré, ces remarques ne remettent pas en question la structure fondamentale de la deuxième partie ou l'approche utilisée à cet égard. Elles devront toutefois être prises en compte lors de l'examen des dispositions individuelles et surtout lors de la rédaction.

8. Telle qu'adoptée en première lecture, la deuxième partie présente des aspects à la fois positifs et négatifs. Au positif, les projets d'article dans leurs aspects essentiels (cessation, réparation et contre-mesures) ont été rédigés à la lumière des rapports, détaillés et précis, établis par le précédent Rapporteur spécial, M. Gaetano Arangio-Ruiz[21]. Ces travaux n'ont certainement pas besoin d'être répétés : on devrait simplement axer l'examen sur la rédaction et, éventuellement, développer certains projets d'article à la lumière notamment des commentaires présentés par les gouvernements. Au négatif, un certain nombre d'éléments doivent être examinés, touchant la deuxième et la troisième partie comme suit :

a) La relation entre les notions de réparation prévue à l'article 42 et de restitution en nature prévue à l'article 43 a été critiquée comme étant peu claire et donnant lieu à chevauchement; d'une manière plus générale, la question de la sélection entre les formes de réparation (notamment entre la restitution et l'indemnisation) appelle un examen plus approfondi;

b) De quelque manière que soit abordée la question des « crimes internationaux » tels que définis à l'article 19 en première lecture, les articles 51 à 53 ont suscité de nombreuses critiques pour être insuffisamment développés et mal intégrés dans le texte[22];

c) Un certain nombre de dispositions générales figurant dans la deuxième partie (par exemple l'article 37 [*lex specialis*] et l'article 39 [relation avec la Charte des Nations Unies]) seraient mieux à leur place dans une section finale de caractère général, conçue de telle sorte que ces dispositions soient applicables au projet d'articles dans son ensemble. D'autres dispositions générales seront peut-être également nécessaires[23];

d) La troisième partie ne traite que du règlement des différends et non de la question de fond plus large de la mise en œuvre de la responsabilité;

e) Sous la rubrique de la mise en œuvre de la responsabilité, on pourrait éventuellement traiter de certains sujets tels que la perte du droit d'invoquer la responsabilité (par analogie avec l'article 45 de la Convention de Vienne de 1969). Un certain nombre d'autres questions pourraient également être traitées dans ce cadre.

9. La division de la deuxième partie en quatre chapitres soulève par ailleurs un certain nombre de questions :

a) Le chapitre premier prétend énoncer les principes généraux applicables : en réalité, il se compose principalement de clauses introductives et de clauses de sauvegarde, et d'une « définition » élargie de l'État lésé. Les principes fondamentaux qui concernent spécifiquement la deuxième partie se retrouvent surtout dans les autres chapitres du rapport;

b) Le chapitre II contient des articles qui traitent de la cessation et de la réparation au sens large (restitution, indemnisation, satisfaction, assurances et garanties de non-répétition). Mais la cessation se distingue de la réparation; elle est traitée en partie par une disposition figurant au chapitre premier (par. 2 de l'article 36). En outre, le chapitre II n'énonce que certains des « droits de l'État lésé »; les chapitres III et IV en précisent d'autres. Il semblerait souhaitable de faire la distinction entre les conséquences d'un fait internationalement illicite qui se rapportent à la question du maintien de l'obligation en question (soit la cessation, et peut-être même les assurances et les garanties de non-répétition) et celles qui ont trait à la réparation au sens strict. Il pourrait aussi être utile de faire figurer au chapitre premier le principe général de la réparation en tant que corollaire des principes généraux énoncés dans les articles 1 et 3. Dans ce sens, le chapitre II peut être utilisé pour préciser le contenu de la réparation par rapport à des cas donnés;

c) Le chapitre III, qui traite des contre-mesures, s'attache moins aux questions de « contenu, formes et degrés » de la responsabilité des États qu'aux réactions de l'État lésé qui peuvent licitement faire suite à la violation d'une obligation internationale. La notion selon laquelle les contre-mesures ont pour vocation non de punir l'État auteur mais de l'inciter à s'acquitter de ses obligations de cessation et de réparation, et jouent un rôle déterminant à cet égard, est exprimée dans l'article 47, et la CIJ l'a entérinée dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[24]. Cela donnerait à entendre que les dispositions relatives aux contre-mesures seraient mieux à leur place dans une partie (ci-après dénommée la deuxième partie *bis*) consacrée à la mise en œuvre de la responsabilité[25];

(Suite de la note 20.)

CIRDJ affaire nº ARB/96/1, sentence rendue le 1er février 2000, par. 96 à 107. La Commission n'a pas retenu en première lecture la proposition présentée par le Rapporteur spécial M. Arangio-Ruiz de traiter de la question des intérêts dans un article distinct; les intérêts ne sont que brièvement évoqués au paragraphe 2 de l'article 44. Voir *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/425 et Add.1, p. 24 à 33, et 60; le commentaire de l'article 8 (actuel article 44), in *Annuaire... 1993*, vol. II (2e partie), par. 24 à 26, p. 75 et 76.

[21] Pour les rapports sur la responsabilité des États présentés par M. Gaetano Arangio-Ruiz, voir : Rapport préliminaire, *Annuaire... 1988*, vol. II (1re partie), p. 6; Deuxième rapport, *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/425 et Add.1, p. 1; Troisième rapport, *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/440 et Add.1, p. 1; Quatrième rapport, *Annuaire... 1992*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3, p. 1; Cinquième rapport, *Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/453 et Add.1 à 3, p. 1; Sixième rapport, *Annuaire... 1994*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/461 et Add.1 à 3, p. 3; Septième rapport, *Annuaire... 1995*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/469 et Add.1 et 2, p. 3; Huitième rapport, *Annuaire... 1996*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/476 et Add.1, p. 1.

[22] Voir *Annuaire... 1998*, vol. II (2e partie), par. 298 à 301, p. 75 et 76.

[23] Voir notamment l'article A proposé (Responsabilité d'une organisation internationale pour les faits d'une organisation internationale) : *Annuaire... 1998*, vol. I, 2562e séance, par. 72, p. 305; *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie), premier rapport du Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/490 et Add. 1 à 7, par. 253 à 259, p. 54 et 55; *Annuaire... 1998*, vol. II (2e partie), par. 427 à 429, p. 89.

[24] *C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 18), par. 83 à 87, p. 55 à 57.

[25] Pour une analyse des raisons avancées par M. Arangio-Ruiz pour faire figurer les contre-mesures dans la deuxième partie, et laisser de côté la notion de mise en œuvre de la responsabilité, voir son rapport préliminaire, *Annuaire... 1988* (voir *supra* la note 21), par. 19, p. 10. Aucune des autres questions relatives à l'invocation de la responsabilité n'a été examinée en dehors des questions touchant les contre-mesures.

d) Le chapitre IV prétend énoncer les conséquences spécifiques du crime international telles que définies dans l'ancien article 19 mais, comme on l'a noté dans le premier rapport[26], celles-ci sont assez anodines et ne comprennent pas les conséquences « pénales » dans le sens où ce terme est normalement compris. Par exemple, elles ne comprennent pas la réparation punitive et encore moins d'autres sanctions applicables aux violations les plus graves du droit international. La Commission a décidé en 1998 de s'efforcer de résoudre les questions soulevées par l'article 19 en faisant valoir la notion d'obligation envers l'ensemble de la communauté internationale, et les normes impératives[27]. Dans la mesure où ces obligations ont des conséquences juridiques immédiates analogues à celles dont il est traité dans le chapitre II, il ne fait aucun doute qu'elles devraient être définies soit dans ce chapitre, soit dans une autre partie de la deuxième partie, et puisqu'elles peuvent entraîner la prise de mesures collectives contre l'État auteur, elles pourraient être traitées dans la deuxième partie *bis* proposée;

e) Il n'est traité nulle part dans la deuxième partie des situations impliquant plusieurs États lésés ou plusieurs États auteurs dans le cadre du même fait internationalement illicite. De même, la deuxième partie ne contient aucune disposition traitant expressément de la relation entre les modes de réparation ouverts à l'État affecté au premier chef par un tel fait et ceux ouverts aux autres États ayant un intérêt juridique à la violation (dits « différemment ou indirectement lésés »)[28]. Ces questions sont particulièrement importantes dans le cas d'obligations multilatérales, soit des obligations envers un groupe d'États considérés collectivement ou la communauté internationale dans son ensemble.

[26] *Annuaire... 1998* (voir *supra* la note 23), par. 51, p. 12.

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

[28] Il y a là une omission d'ailleurs notée dans le commentaire de l'article 6 *bis* [actuel article 42], in *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), note 155, p. 61.

10. Pour ces raisons et d'autres qui seront exposées plus avant dans le présent rapport, il est suggéré que les sections traitant des questions de fond du projet d'articles dont il reste à traiter présentent la structure suivante :

DEUXIÈME PARTIE. CONSÉQUENCES JURIDIQUES D'UN FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE D'UN ÉTAT

Chapitre Ier. Principes généraux

Chapitre II. Les formes de la réparation

[Chapitre III. Affaires impliquant l'existence de plusieurs États]

DEUXIÈME PARTIE *BIS*. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ D'UN ÉTAT

Chapitre Ier. Invocation de la responsabilité d'un État

Chapitre II. Contre-mesures

[Chapitre III. Invocation de la responsabilité envers l'ensemble de la communauté internationale]

QUATRIÈME PARTIE. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

La structure ci-dessus intégrera le fond des projets d'article figurant dans la deuxième partie tel qu'adoptés en première lecture. Elle devrait également permettre de traiter des questions non résolues recensées plus haut.

11. Dans le présent rapport, les articles du projet seront examinés non dans l'ordre dans lequel ils figurent à l'heure actuelle en deuxième partie mais, d'une manière générale, dans le nouvel ordre proposé. Pour les raisons exposées au paragraphe 6 ci-dessus, la troisième partie, relative au règlement des différends, sera laissée de côté pour l'instant.

CHAPITRE PREMIER

Deuxième partie. Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État

12. La deuxième partie est actuellement intitulée « Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale », ce qui n'est ni très clair ni très révélateur de son contenu. Ainsi, par exemple, l'adoption de contre-mesures ne saurait être considérée comme faisant partie du « contenu » de la responsabilité ou comme étant une de ses « formes ». On pourrait contourner cette difficulté en considérant, comme cela a été suggéré, que les contre-mesures sont un aspect de la mise en œuvre de la responsabilité (deuxième partie *bis*). Dans ce cas, un titre plus clair et moins compliqué devrait quand même être donné à la deuxième partie. Le titre « Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État » est proposé.

A. – Chapitre premier. Principes généraux

1. TITRE ET CONTENU DU CHAPITRE PREMIER

13. Le chapitre premier est actuellement intitulé « Principes généraux ». Il comprend cinq articles, qui sont les suivants :

Article 36. Conséquences d'un fait internationalement illicite;

Article 37. *Lex specialis*;

Article 38. Droit international coutumier;

Article 39. Relation avec la Charte des Nations Unies;

Article 40. Sens de l'expression « État lésé ».

Plusieurs de ces articles sont essentiellement des clauses de sauvegarde (art. 36, par. 2, et 37 à 39). L'article 36, paragraphe 1, sert d'introduction. L'article 40 contient une définition dont le sens dépend de l'emploi qui est fait de l'expression « État lésé » dans les articles qui suivent. Comme on l'a noté plus haut, si principes généraux il y a dans la deuxième partie, ils ne se trouvent certainement pas au chapitre premier.

14. Il est toutefois juste de dire que le chapitre premier de la deuxième partie devrait énoncer les principes généraux relatifs aux conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État tout comme le chapitre premier de la première partie fixe les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite. À cet égard, les articles 41 et 42, paragraphe 1, semblent énoncer des principes généraux qui sont à inclure dans ce chapitre et à rapprocher de l'article 36, les différentes formes que peut prendre la réparation devant être examinées au chapitre II. Les dispositions de l'article 40 relèvent aussi des principes généraux; ce n'est qu'à l'issue de l'examen des questions qu'il soulève que l'on pourra décider de l'emplacement de cet article.

15. D'autre part, les articles 37 et 39 énoncent des principes ou des dispositions qui s'appliquent au projet d'article dans son ensemble. Ils devraient être renvoyés à ce qui doit être la quatrième partie.

16. Par conséquent, quatre questions faisant intervenir des principes généraux restent à considérer dans le cadre du chapitre premier. Elles sont les suivantes :

a) Le principe général de la réparation découlant de la commission d'un acte internationalement illicite par un État, ce qui correspond aux articles 36, paragraphe 1, et 42, paragraphe 1;

b) La question de la cessation de tout acte illicite ayant un caractère de continuité par l'État responsable (ce qui correspond aux articles 36, par. 2, et 41). Il convient d'aborder l'article 46 (assurances et garanties de non-répétition) dans le même contexte;

c) La question de la portée des conséquences juridiques d'un acte internationalement illicite décrites dans la deuxième partie, ce qui correspond à l'article 38;

d) La question de la détermination de l'État ou des États qui peuvent être considérés comme étant lésés par un fait internationalement illicite, ce qui renvoie à l'article 40.

Ces points seront examinés l'un après l'autre.

2. Le principe général de réparation[29]

a) *Dispositions actuelles*

i) *Article 36, paragraphe 1*

17. L'article 36 intitulé « Conséquences d'un fait internationalement illicite » sert d'introduction officielle. Le paragraphe 2 porte sur un aspect de la cessation qui est examiné ci-après. Le paragraphe 1 dispose que :

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

D'après le commentaire, le seul objet de cet article est de faire la transition et de marquer le lien entre la première partie et la deuxième partie[30]. Le commentaire note également que l'article 36, paragraphe 1, « n'exclut pas qu'un fait internationalement illicite entraîne des conséquences juridiques dans les relations entre États et *autres** "sujets" de droit international »[31]. Il s'agit là d'une évidence qui découle bien sûr de l'article premier lui-même qui porte sur toutes les obligations internationales de l'État et pas seulement sur celles qu'il a à l'égard d'autres États. Ainsi le projet d'articles couvre par exemple les violations des droits de l'homme, c'est-à-dire les affaires où le principal bénéficiaire de l'obligation n'est pas un État[32]. En revanche, la deuxième partie n'aborde ni la question de l'attribution de la responsabilité à une entité qui n'est pas un État, par exemple une organisation internationale[33] (voire une entité privée lorsqu'une telle attribution est possible)[34], ni celle de la réparation à laquelle peut alors prétendre la victime ou le bénéficiaire principal. Cet oubli apparent sera évoqué à propos de la définition de l'« État lésé » figurant à l'article 40.

18. Rares ont été jusqu'à présent les gouvernements à formuler des observations sur l'article 36 en raison sans doute de son caractère introductif. L'Argentine considère que les chapitres I et II de la deuxième partie « codifient

---

[29] Voir le rapport préliminaire et le deuxième rapport de M. Arangio-Ruiz, *Annuaire… 1988* et *Annuaire… 1989* (voir *supra* la note 21); voir aussi Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, p. 299 à 240; Graefrath, « Responsibility and damage caused: relations between responsibility and damages », p. 9 à 149; Iovane, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell' illecito internazionale*; Decaux, « Responsabilité et réparation »; Dominicé, « La réparation non contentieuse » et « De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État », in *International Law in an Evolving World*.

[30] *Annuaire...1983,* vol. II (2e partie), commentaire de l'article 1er [actuel article 36], par. 1, p. 44.

[31] Ibid., par. 4, p. 45.

[32] Les articles 19, par. 3 *c*, 40, par. 2 *e* iii, et 50 *d*, tels qu'ils ont été adoptés en première lecture, contiennent des références expresses aux obligations en matière de droits de l'homme [*Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 64, 67 et 68].

[33] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 23), par. 123 à 125, p. 33, par. 230 et 231, p. 50, et par. 253 à 259, p. 53 à 55; voir aussi le projet d'article A tel qu'adopté provisoirement par le Comité de rédaction en 1998 (voir *supra* la note 23).

[34] Par exemple, lorsque des parties privées ont qualité pour se porter devant un tribunal international afin de faire reconnaître des droits conférés par des traités (comme les tribunaux du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements et les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme).

comme il convient les règles fondamentales de la responsabilité et les développent de manière satisfaisante »[35]. La France, en ce qui concerne l'article 36, suggère une nouvelle rédaction qui tienne compte des dispositions de l'article 41 relatif à la cessation du comportement illicite. D'après la proposition française, le paragraphe 1 de l'article 36 pourrait être conçu comme une clause de sauvegarde qui serait libellée comme suit :

> Cette obligation [d'exécuter l'obligation violée ou de cesser le comportement illicite] est sans préjudice des conséquences juridiques du fait internationalement illicite visées dans la présente partie[36].

ii) *Article 42, paragraphes 1, 3 et 4*

19. Outre l'article 36, paragraphe 1, il convient également d'examiner l'article 42. Le paragraphe 2 traite de l'atténuation de la responsabilité due à la négligence ou l'action ou omission délibérée de la victime à savoir les cas où il y a eu faute concurrente. Cette notion serait certainement mieux à sa place dans les dispositions plus détaillées du chapitre II que dans celles qui relèvent des principes généraux et sera donc examinée à une étape ultérieure. Les autres dispositions de l'article 42 sont les suivantes :

> ***Article 42. – Réparation***
>
> 1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite une réparation intégrale, sous une ou plusieurs des formes de réparation : restitution en nature, indemnisation, satisfaction et assurances et garanties de non-répétition.
>
> […]
>
> 3. En aucun cas la réparation n'a pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance.
>
> 4. L'État qui a commis le fait internationalement illicite ne peut pas invoquer les dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement.

20. L'article 42 ne figurait pas à l'origine dans les rapports du Rapporteur spécial, M. Arangio-Ruiz, bien que ces rapports abordent certaines des questions qui relèvent de ses dispositions. Le Comité de rédaction entendait « élaborer… un article "chapeau", de caractère général, dans lequel les diverses formes de réparation seraient énumérées et qui regrouperait les conséquences juridiques de fond d'un fait illicite en précisant leurs relations mutuelles »[37]. Le commentaire note que, conformément au sens donné au terme « réparation » à l'article 36, par. 2 *d*, du Statut de la CIJ, le paragraphe 1 « énonce la règle générale selon laquelle une entière réparation doit être assurée et qu'elle doit être de nature à effacer, dans toute la mesure possible, toutes les conséquences du fait internationalement illicite »[38]. Il note également la différence entre l'article 41 (cessation) qui est formulé sous forme d'obligation de l'État fautif et l'article 42 qui se réfère au droit de « l'» État lésé[39].

21. Le commentaire note ensuite que l'obligation de réparer ne s'étend pas aux conséquences indirectes ou éloignées qui peuvent découler d'un fait illicite contrairement à celles qui en découlent directement ou immédiatement :

> [L]e dommage peut avoir été causé par des facteurs concomitants parmi lesquels l'acte illicite a joué un rôle décisif mais non exclusif. En pareil cas, il ne serait ni équitable ni conforme à une application appropriée de la théorie du lien de causalité de tenir l'État auteur responsable de la réparation de tous les dommages – une question qui est examinée de manière approfondie dans le commentaire sur l'article 8 [actuel article 44][40].

22. Les gouvernements qui ont formulé des observations au sujet de l'article 42 approuvent de façon générale le principe de la réparation intégrale consacrée au paragraphe 1. L'Allemagne par exemple déclare souscrire à la règle de base selon laquelle l'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite une réparation intégrale sous la forme mentionnée[41]. La plupart de ces gouvernements ont toutefois formulé des réserves au sujet des paragraphes 2 et 3 qui énoncent « deux exceptions potentiellement importantes à ce principe général de la réparation intégrale »[42]. L'obligation de ne pas priver une population de ses propres moyens de subsistance est jugée particulièrement préoccupante au motif qu'elle pourrait « servir de prétexte à l'État auteur du fait internationalement illicite pour refuser la réparation intégrale »[43]. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord s'interroge quant à lui sur l'utilité du paragraphe 3 pour ce qui est de la réparation. À son avis, la seule forme de réparation à laquelle pourrait se référer le paragraphe 3 est l'indemnisation et, là encore, il soulève des questions épineuses (comme le degré de difficulté financière envisagé). En outre, il n'explique pas pourquoi ce facteur ne serait pas pris en compte dans tous les cas[44]. L'Allemagne, en revanche, considère que le paragraphe a une certaine validité en droit international et

---

[35] *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/488 et Add.1 à 3, commentaires de l'Argentine sur la deuxième partie, p. 135.

[36] Commentaires de la France sur l'article 36 (ibid., par. 2, p. 136).

[37] *Annuaire... 1992*, vol. I, 2288e séance, par. 14, p. 231; voir aussi, ibid., par. 15 à 28, p. 231 et 232, pour les travaux du Comité de rédaction portant sur le nouvel article.

[38] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 6 *bis* [actuel article 42], par. 2, p. 61.

[39] Ibid., par. 4, p. 57.

[40] Ibid., par. 6, p. 58.

[41] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), p. 144. Voir aussi les commentaires des États-Unis (ibid.), du Royaume-Uni (qui considère le projet d'article « largement consensuel ») (ibid.), de la Mongolie (ibid.), et de l'Australie [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Sixième Commission*, 23e séance (A/C.6/54/SR.23), par. 43].

[42] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires des États-Unis sur le paragraphe 1 de l'article 42, p. 144.

[43] *Annuaire…1999*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/492, commentaires du Japon sur l'article 42, p. 120. Voir aussi les États-Unis (qui reconnaissent qu'une demande de réparation immédiate « risquerait de provoquer une instabilité sociale grave » mais n'en critiquent pas moins l'« échappatoire » et les « possibilités d'abus » offertes par le paragraphe 3) [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur le paragraphe 3 de l'article 42, p. 146]; la France (proposant la suppression du paragraphe) [ibid., commentaires sur le paragraphe 3 de l'article 42]; et l'Australie [*Documents officiels de l'Assemblée générale*, *cinquante-quatrième session, Sixième Commission*, 23e séance (A/C.6/54/SR.23), par. 43].

[44] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires du Royaume-Uni sur le paragraphe 3 de l'article 42, p. 146. Le Royaume-Uni propose d'élaborer un article distinct qui pourrait prendre la forme d'une « déclaration de principe concernant la réparation » et préciser « qu'un État lésé ne peut réclamer une forme ou un degré particulier de réparation » (ibid., p. 145).

dans le contexte du projet d'article[45]. Elle se réfère à la pratique internationale qui découle des affaires de violations ayant des effets aussi désastreux que la guerre, où il n'a pas été accordé de réparation intégrale pour chacun des dommages commis. Dans pareils cas, la décision prise se justifiait par la volonté de ne pas réduire l'État vaincu à la misère et provoquer à l'avenir de nouvelles instabilités. L'Allemagne demande une étude approfondie par la Commission de l'application des résolutions 662 (1990) et 687 (1991) du Conseil de sécurité, exigeant une réparation intégrale pour les actes liés à l'agression contre le Koweït[46].

b) *Principe général proposé*

23. Le principe général des conséquences de la commission d'un acte internationalement illicite a été énoncé par la CPJI dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* dans les termes suivants :

> C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même. Les divergences relatives à des réparations, éventuellement dues pour manquement à l'application d'une convention, sont, partant, des divergences relatives à l'application[47].

Dans ce passage, la Cour utilise le mot réparation dans son sens le plus large. Elle rejette la thèse avancée par la Pologne selon laquelle la compétence pour interpréter et appliquer un traité ne donne pas compétence pour régler les différends concernant la forme et le degré de réparation. À ce stade, l'Allemagne ne cherchait plus à obtenir au nom de son ressortissant la restitution de l'usine en question ou des biens saisis à la même occasion[48].

24. Plus tard, dans la même affaire, la Cour a précisé encore davantage le contenu de l'obligation de réparer. Elle a arrêté que :

> Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international[49].

Dans la première phrase, la Cour a donné une définition générale de la réparation, insistant sur le fait que sa fonction était de rétablir l'état qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis[50]. Dans la deuxième phrase, elle aborde l'aspect de la question de la réparation évoqué par le terme « indemnité » due à cause d'un fait illicite, à savoir la restitution en nature ou le paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature et l'allocation de dommages-intérêts pour les pertes subies à cause du fait illicite.

i) *La réparation : obligation ou droit ?*

25. Dans chacun des passages susmentionnés, la Cour est parvenue à formuler le principe de la réparation sans préciser envers qui doit s'exercer l'obligation de réparer, c'est-à-dire sans utiliser le terme « État lésé » ou tout équivalent. Cela était peut-être dû notamment au fait qu'une requête simultanée dont des sociétés allemandes avaient saisi un tribunal d'arbitrage présentait des difficultés pour l'exercice de la juridiction sur une question essentiellement identique sous la forme d'une demande d'indemnisation présentée par deux États. Par contre, l'article 42, pararagraphe 1, comme tous les autres articles de la deuxième partie du chapitre II, sauf l'article 41 (cessation du comportement illicite), définit les droits de l'« État lésé ». Ces dispositions sont efficaces dans un contexte strictement bilatéral où l'obligation de réparer incombe exclusivement à un État et que l'autre État est la seule partie lésée. Cette disposition est toutefois difficile à appliquer dans les cas où l'obligation de réparer concerne simultanément plusieurs États, dont la totalité ou certains d'entre eux ont légalement intérêt à ce que cette obligation ne soit pas respectée. Il est noté dans le commentaire relatif à l'article 42 que :

> ... les implications que peut avoir, pour les dispositions relatives à la réparation, l'existence de plusieurs États lésés, notamment la question des États dits différemment ou indirectement lésés, seront examinées ultérieurement[51].

Comme cela s'est produit, les articles sur la réparation ont été examinés en première lecture en considérant qu'il s'agissait uniquement de manquements à des obligations bilatérales et n'ont pas été réexaminés, par exemple, dans le contexte des articles 51 à 53[52].

26. Cette question sera étudiée de manière plus approfondie lors de l'examen de l'article 40. En ce qui nous concerne à présent, il semble toutefois possible de définir l'obligation générale de la réparation comme étant le corollaire immédiat de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire en tant qu'obligation de l'État concerné résultant d'un fait illicite. Le commentaire à l'article 42 justifie de reconnaître un droit à l'État lésé en tenant compte du fait que c'est par une décision de cet État que le processus de réalisation de ce droit sous ses différentes formes est mis en œuvre[53]. Quant au choix entre plusieurs formes de réparation, tel pourrait également être le cas. Un État lésé par suite d'un fait internationalement illicite a le droit, dans des circonstances normales, de choisir une indem-

[45] Commentaires de l'Allemagne sur le paragraphe 3 de l'article 42 (ibid., p. 145).

[46] Ibid., p. 146.

[47] *Usine de Chorzów,* demande en indemnité (compétence), arrêt, nº 8, *C.P.J.I.*, *Série A*, *nº 9*, 1927, p. 21.

[48] Comme la Cour l'a noté, ibid., p. 17.

[49] *Usine de Chorzów*, *fond*, *arrêt nº 13*, *1928*, *C.P.J.I.*, *Série A*, *nº 17*, p. 47.

[50] Voir Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », p. 94, qui parle de « restauration » pour rendre cette idée générale.

[51] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 6 *bis* [actuel article 42], note 155, p. 61. À cet effet, voir également le commentaire de l'article 8 [actuel article 42], par. 15 (ibid., p. 73).

[52] Le commentaire traite par la suite du principe général de la réparation en termes d'obligations incombant à l'État responsable, sans mentionner la notion d'« État lésé » (ibid., par. 6, p. 61).

[53] Ibid., commentaire de l'article 6 *bis* [actuel article 42], par. 4, p. 61.

nisation plutôt qu'une restitution en nature, de renoncer à obtenir réparation intégrale ou à s'employer à obtenir de l'État auteur du fait illicite des assurances ou garanties de non-répétition dudit fait plutôt que de s'efforcer d'obtenir réparation. Toutefois, indépendamment des questions soulevées lorsque plus d'un État peut invoquer la responsabilité du fait illicite, il n'en demeure pas moins que l'obligation de la réparation découle automatiquement de la commission d'un fait internationalement illicite. Cette obligation, en tant que telle, n'est pas subordonnée à la demande d'indemnisation ou à la protestation d'un État lésé, même si la forme que la réparation devrait revêtir en l'occurrence en est fonction. L'article général proposé devrait donc être formulé en termes des obligations de l'État qui a commis un fait internationalement illicite[54].

ii) *Autres questions de formulation : lien de causalité, préjudice indirect et atténuation du préjudice*

27. L'article général proposé devrait également spécifier que la situation motivant une réparation est d'une manière générale une situation résultant d'un acte illicite et attribuée à un tel acte[55]. L'attribution du préjudice ou de la perte à un fait illicite est en principe un processus juridique et non simplement d'ordre historique ou tendant à déterminer le lien de causalité[56]. Ce principe n'est pas limité à l'indemnisation. Il s'applique, tout au moins, à la restitution en nature et probablement à d'autres formes d'indemnisation également et il est trop important pour être mentionné, comme c'est le cas à présent, uniquement dans le commentaire concernant l'article 44.

28. La question est de déterminer de quelle manière ce lien devrait être formulé. Dans la pratique des États, dans les décisions des tribunaux arbitraux et dans les documents, divers termes sont utilisés. Par exemple, il peut être fait référence aux pertes attribuables [à un acte illicite] en tant que cause immédiate[57] ou à un dommage qui est « trop indirect, trop éloigné et trop incertain pour être évalué »[58] ou à « toute perte ou dommage direct, y compris dommage à l'environnement et l'épuisement de ressources naturelles ou préjudice à des gouvernements, des ressortissants et des sociétés étrangères par suite d'un "acte illicite" »[59]. Pour que le préjudice soit indemnisable, il est nécessaire qu'il soit lié à un acte illicite par une relation de cause à effet, mais ce n'est pas une condition suffisante. Il existe un autre élément qui exclut la possibilité d'être indemnisé des dommage qui, bien qu'ils soient liés à un fait illicite, n'en sont pas proches dans le temps dans la chaîne de causalité. Dans certains cas, le critère de « cause immédiate » peut être utilisé, dans d'autres, le critère de « proximité » ou de « prévisibilité »[60]. D'autres facteurs peuvent toutefois entrer en ligne de compte : par exemple, si le préjudice causé entrait dans le cadre du principe qui a été violé, compte tenu de l'objectif de ce principe[61].

29. En droit international comme en droit national, la question du préjudice lié à l'acte illicite de façon non immédiate n'est pas un aspect du droit qui peut être résolu de manière satisfaisante par la recherche d'une formule unique[62]. Il existe un élément, ou une série d'éléments, au-delà de la causalité naturelle qui devrait être reflété dans l'exposé du principe général de réparation.

30. La question de l'atténuation des dommages est un autre élément entrant dans le champ de la réparation. Même la victime totalement innocente d'une conduite répréhensible est censée agir raisonnablement lorsqu'elle est confrontée à un préjudice. Bien que souvent exprimé en termes d'« obligation d'atténuer les dommages », il ne s'agit pas d'une obligation juridique qui implique en soi la notion de responsabilité. C'est plutôt le défaut de la partie lésée de s'acquitter de cette obligation qui peut exclure d'obtenir l'indemnisation de ce qui aurait pu être

[54] Voir, pour des conclusions similaires, de Hoogh, *Obligations* Erga Omnes *and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, p. 138 à 140.

[55] Pour l'examen de l'exigence d'un lien de causalité, voir Arangio-Ruiz, *Annuaire... 1989* (voir *supra* la note 21), par. 37 à 43, p. 13 à 15, et *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie) (voir *supra* la note 21), par. 6 à 13, p. 71 à 73. Voir en outre Gray, op. cit., p. 21 à 26.

[56] *Annuaire... 1973,* vol. II, doc. A/9010/Rev.1, commentaire de l'article 3, par. 6, p. 183 et 184.

[57] Voir Commission mixte de réclamations germano-américaine, décision administrative nº II du 1er novembre 1923, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. VII (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.2), p. 23 à 30.

[58] Voir l'arbitrage rendu le 16 avril 1938 dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905 et suiv.

[59] Résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, par. 16. Cette résolution relève du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, mais réaffirme que l'Iraq est responsable « en vertu du droit international... du fait de son invasion et de son occupation illicites du Koweït ». La Commission d'indemnisation des Nations Unies et son conseil d'administration ont fourni des indications sur l'interprétation des critères de préjudice direct et de causalité en vertu du paragraphe 16. Voir « Réclamations à rencontre de l'Iraq (catégorie "B" réclamations)», rapport du 14 avril 1994, document des Nations Unies, S/AC.26/1994/1, 109 *ILR* 206, approuvé par la décision 20 du Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation, document des Nations Unies AC.26/Dec.20 (1994) du 26 mai 1994, 109 *ILR* 622; « Décision concernant la réclamation aux frais afférents à l'extinction des puits de pétrole », rapport du 15 novembre 1996, S/AC.26/1994/1, par. 66 à 86, 109 *ILR* 480, p. 506 à 511, approuvé par la décision 40 du Conseil d'administration, S/AC.26/Dec.40 (1996), du 17 décembre 1996, 109 *ILR* 669.

[60] Dans certains systèmes juridiques nationaux, différents critères sont utilisés pour traiter du problème du dommage indirect, selon la nature de la demande d'indemnisation. Par exemple, en droit coutumier, la « prévisibilité » était le critère utilisé dans les cas de négligence, celui de « causalité directe » pour les cas d'atteinte ou de trouble de jouissance. Dans les deux cas de faits illicites, les deux tests se recoupaient mais n'étaient pas identiques. Pour l'examen comparatif de la question du lien de cause à effet et de l'absence de lien causal, voir par exemple Hart et Honoré, *Causation in the Law*; Honoré, « Causation and remoteness of damage »; Zweigert et Kötz, *Introduction to Comparative Law*, p. 601 à 627, et, en particulier, p. 609 et suiv.; Markesinis, *The German Law of Obligations*, vol. II, *The Law of Torts: A Comparative Introduction*, p. 95 à 108, avec de nombreuses références aux ouvrages consacrés au sujet.

[61] Décision du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran dans les affaires *République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique,* nos A15 (IV) et A24, réclamation nº 590-A15(IV)/A24-FT, 28 décembre 1998, examinée dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 8), par. 65 à 67, p. 25 et 26. Le Tribunal a considéré que les dommages indemnisables seraient ceux résultant directement du manquement à l'obligation en supposant que : *a*) les États-Unis soient parvenus par d'autres moyens légaux à poursuivre les poursuites judiciaires en instance devant leurs propres tribunaux des affaires ne relevant pas de la compétence du Tribunal; et *b*) l'Iran ait pris des mesures raisonnables pour se protéger dans les affaires en suspens. Cette conclusion ne découle pas de l'examen du lien de causalité.

[62] Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, p. 466.

évité[63]. La CIJ s'est clairement prononcée en ce sens dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* :

> La Slovaquie a aussi soutenu que son action était motivée par une obligation d'atténuer des dommages lorsqu'elle a réalisé la variante C. Elle a déclaré que « c'est un principe de droit international qu'une partie lésée du fait de la non-exécution d'un engagement pris par une autre partie doit s'employer à atténuer les dommages qu'elle a subis ».
>
> Il découlerait d'un tel principe qu'un État lésé qui n'a pas pris les mesures nécessaires à l'effet de limiter les dommages subis ne serait pas en droit de réclamer l'indemnisation de ceux qui auraient pu être évités. Si ledit principe pourrait ainsi fournir une base pour le calcul de dommages et intérêts, en revanche, il ne saurait justifier ce qui constitue par ailleurs un fait illicite[64].

iii) *Réduction de l'indemnisation dans les affaires ayant des causes concomitantes*

31. Une question connexe est celle du problème des causes concomitantes, c'est-à-dire des affaires (très fréquentes dans la pratique) pour lesquelles deux causes distinctes sont à l'origine du préjudice causé. Il s'agit dans les deux cas de causes qui sont à l'origine du dommage causé. Par exemple, dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[65], la prise initiale des otages par les étudiants militants (n'agissant pas à ce moment-là en tant qu'organes ou agents de l'État) a été attribuable à la fois à une initiative indépendante des étudiants et au fait que les autorités iraniennes n'ont pas pris les mesures nécessaires pour protéger l'ambassade. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*[66], les dommages subis par des navires britanniques étaient imputables à la fois au posage de mines par un État tiers et au fait que l'Albanie avait omis de signaler leur présence. Un grand nombre d'autres exemples pourraient être cités.

32. De même, cette question est traitée dans le commentaire à l'article 44 plutôt que dans le texte. D'après le commentaire :

> Les actions de tiers et les facteurs économiques, politiques et naturels ne sont que quelques-uns des innombrables éléments qui peuvent être les causes concomitantes d'un dommage. En pareils cas ... il ne serait ni équitable ni conforme à une bonne application du lien de causalité de considérer que l'État auteur est tenu de réparer l'intégralité des dommages. La solution devrait consister à verser des dommages-intérêts proportionnels à l'importance du préjudice susceptible d'être imputé à l'acte illicite et à ses effets, le montant à accorder devant être déterminé sur la base des critères de normalité et de prévisibilité. Vu la diversité des situations possibles, la Commission n'a pas essayé de trouver des critères rigoureux s'appliquant à tous les cas ni indiqué les pourcentages à appliquer pour calculer les dommages accordés à l'encontre de l'État auteur dont le fait a été l'une des causes décisives mais non exclusives d'un préjudice subi par un autre État[67].

33. La position exprimée dans le commentaire suscite plusieurs difficultés. Tout d'abord, l'article 44 n'en fait nullement mention, pas plus que la deuxième partie en général. Sauf dans le cas particulier de la négligence, de l'action ou de l'omission délibérée (mentionnée au paragraphe 2 de l'article 42), aucune disposition ne prévoit qu'une telle circonstance ait des incidences sur le montant de l'indemnisation du fait que le dommage a été effectivement causé par une combinaison de facteurs, un seul facteur devant être imputable à l'État responsable[68]. Si la Commission souhaite approuver le principe de la diminution du montant de l'indemnisation dans les cas où les préjudices ne sont pas causés exclusivement par un acte illicite, mais résultent également de causes concomitantes (sauf dans les cas de négligence, d'action ou d'omission délibérée), elle devrait le préciser dans les articles.

34. Toutefois, la deuxième difficulté tient au fait que ce principe n'est pas conforme à la pratique internationale et aux décisions des tribunaux internationaux. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, par exemple, le Royaume-Uni a obtenu le montant intégral des dommages-intérêts réclamés à l'Albanie en raison de l'omission de ce pays de mettre en garde contre la présence de mines[69]. La Cour n'ignorait pas cependant que l'Albanie n'était pas elle-même responsable de la pose de mines. L'indemnisation intégrale devrait donc être accordée *a fortiori* dans les affaires où la cause du préjudice ne résulte pas de l'action d'un autre État (qui pourrait être tenu séparément responsable) mais de l'acte commis par des particuliers ou d'une cause naturelle, comme par exemple une inondation. Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la République islamique d'Iran est reconnue pleinement responsable de la détention des otages, du fait qu'elle a manqué à son obligation de protéger ce personnel[70]. Cette conclusion est manifeste étant donné que, sur le plan international, les États-Unis ne disposaient d'aucun recours contre ceux ayant pris ce personnel en otage. Elle devrait découler néanmoins du manquement à l'obligation de protéger commis par l'État.

35. Il peut effectivement se produire des cas pour lesquels un élément identifiable du préjudice peut être attribué à une cause parmi plusieurs causes concomitantes. À moins qu'il ne soit possible de prouver que le dommage est partiellement dû à un acte attribué à l'État auteur, ce dernier devrait être tenu responsable de toutes les conséquences (non indirectes ou éloignées) de sa conduite illicite. Dans l'affaire du *Zafiro*, le tribunal est allé plus loin et a considéré qu'il incombait à l'État responsable de prouver que la proportion du dommage n'était pas attribuable à sa conduite :

---

[63] Dans la réclamation ayant trait aux frais afférents à l'extinction des incendies de puits de pétrole, un comité de la Commission d'indemnisation des Nations Unies (UNCC) note que conformément aux principes généraux du droit international relatif à l'atténuation des dommages ... le requérant a non seulement le droit, mais est en fait tenu de prendre des mesures raisonnables ... en vue d'atténuer les pertes, les dommages ou le préjudice causés : (1996) 109 *ILR* 480, p. 502 et 503, par. 54. Ce principe est acceptable s'il implique que les dépenses occasionnées sont recouvrables en tant que conséquence de l'acte illicite et qu'inversement le préjudice découlant du manquement à l'obligation d'atténuer les dommages pourrait ne pas être recouvrable.

[64] *C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 17), par. 80, p. 55.

[65] *C.I.J. Recueil 1980* (voir *supra* la note 17), par. 29 à 32, p. 16 à 18.

[66] *C.I.J. Recueil 1949*, p. 17 et 18, et 22 et 23.

[67] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 8 [actuel article 44], par. 13, p. 73.

[68] Il est tenu compte, pour le calcul du montant de la réparation, de la négligence, de l'action ou de l'omission délibérée, qui est envisagée au paragraphe 2 de l'article 42, pour des raisons d'équité et non parce qu'un fait internationalement illicite a contribué au dommage. La négligence de l'État lésé qui a contribué au dommage limite le montant de l'indemnisation auquel il aurait normalement droit. On ne peut se fonder à cet égard sur la question générale des causes concomitantes.

[69] Voir l'affaire du *Détroit de Corfou*, *fixation du montant des réparations*, *arrêt du 15 décembre 1949*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 249 et 250. Il convient de noter toutefois que l'Albanie n'avait pas été mentionnée à ce stade et, de ce fait, d'éventuels facteurs compensatoires n'avaient peut-être pas été présentés à la Cour.

[70] *C.I.J. Recueil 1980* (voir *supra* la note 65), p. 31 à 33. Voir aussi le premier rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 23), par. 283, p. 59.

Il nous semble être évident que les dommages n'ont pas été entièrement causés par l'équipage chinois du *Zafiro*. Les éléments de preuve recueillis montrent que les insurgés philippins ont un degré de responsabilité indéterminable et que, en toute probabilité, les employés chinois de la société étaient partiellement impliqués dans les dommages causés. Mais nous ne considérons pas qu'il incombe à la Grande-Bretagne de fournir des preuves sur la nature exacte des dommages imputables à l'équipage du *Zafiro*. Comme il a été démontré que la responsabilité de l'équipage chinois du navire était engagée dans une large mesure et que le degré de responsabilité de certains auteurs non identifiés ne peut pas être déterminé, nous sommes contraints d'imputer la responsabilité aux États-Unis pour la totalité des dommages.

Ayant toutefois constaté qu'une partie considérable (mais qui ne peut pas être déterminée avec certitude) des dommages n'a pas été causée par l'équipage chinois du *Zafiro*, nous considérons que la revendication d'intérêts sur les réclamations ne devrait pas être autorisée[71].

36. En troisième lieu, il convient de noter que l'approche proposée dans le commentaire pour les causes contribuantes est incompatible avec l'optique dans laquelle ces questions sont régulièrement abordées en droit interne. À l'issue d'une analyse approfondie de l'expérience de différents États, Weir est parvenu à la conclusion suivante :

Selon une règle très générale, si l'on considère que les actes commis par l'auteur d'un délit civil ont causé un préjudice à la victime, l'auteur du délit est tenu de réparer la totalité du préjudice ainsi causé, en dépit du fait qu'il existe une cause contribuante et qu'une autre partie en est responsable... En d'autres termes, la responsabilité de l'auteur d'un délit civil à l'égard de la victime n'est pas altérée par le fait qu'une autre partie est simultanément responsable[72].

37. Le cas de figure dans lequel des faits commis conjointement par plusieurs États contribuent à causer un préjudice est traité plus en détail ci-dessous. Pour les besoins de la présente discussion, il suffit de conclure que la notion d'un lien de causalité suffisant et qui n'est pas trop ténu devrait être incorporée dans le principe général envisagé pour la réparation. Le commentaire devrait préciser que, une fois qu'il a été démontré que le préjudice subi a été causé par un acte dommageable d'un État, l'État doit réparer le préjudice en question. Il n'est pas nécessaire d'introduire des nuances supplémentaires en faisant intervenir la notion de cause contribuante.

c) *Article 42, paragraphes 3 et 4*

38. Le paragraphe 3 de l'article 42 dispose que la réparation ne doit pas « [avoir] pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance ». D'après le commentaire, cette disposition visait à rendre compte des cas extrêmes dans lesquels la demande de réparation entraînerait l'appauvrissement de la population de l'État responsable et était manifestement conçue pour des situations comme celle qui s'était produite lorsque des exigences faramineuses avaient été formulées au titre des réparations de guerre à rencontre de l'Allemagne à la fin de la première guerre mondiale. On note en outre :

Cela n'a bien entendu rien à voir avec l'obligation de cessation, y compris la restitution à l'État lésé, par exemple, du territoire illicitement annexé. Mais, dans d'autres contextes, ... les montants demandés ou les modalités de paiement imposées [à titre d'indemnisation] ne doivent pas être tels qu'ils aboutissent à priver la population de ses propres moyens de subsistance. Le libellé du paragraphe 3 ... reflète un principe juridique d'application générale[73].

Les membres de la Commission ne souscrivent pas tous à la clause restrictive. En particulier, on a fait observer que « la disposition ne devait pas s'appliquer dans les cas où le défaut de réparation intégrale motivé par de telles raisons causerait un tort analogue à la population de l'État lésé »[74]. Les opinions exprimées par les gouvernements au sujet du paragraphe 3 étaient également partagées[75].

39. Il ne fait pas de doute que, comme il est spécifié au paragraphe 2 de l'article premier des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966, un peuple ne doit pas être privé de ses propres moyens de subsistance. Par exemple, les mesures prises dans le cadre des relations inter-États ne devraient pas entraîner un risque de famine pour la population d'un État. Le problème à résoudre est de déterminer comment ce principe peut être appliqué dans le cadre de l'obligation secondaire de réparation. Pour ce qui est de la restitution, elle se caractérise essentiellement par le fait que l'on rend ce qui a été pris indûment. Il est vrai qu'elle peut exiger une intervention active et ne se limite pas à la restitution d'objets physiques tels que des personnes, des biens ou des territoires. Cela dit, la notion de restitution en nature ne devrait pas avoir une portée excessive et ne devrait pas non plus être confondue avec celle de réparation, dans un sens général. Il est donc difficile de concevoir des cas de restitution qui auraient pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance. Au demeurant, dans le cas d'une situation potentiellement extrême, la restitution impliquerait non pas que l'on prive une population de ses propres moyens de subsistance, mais que l'on doit rendre à une autre population *ses* moyens de subsistance qui ont été indûment saisis[76].

40. La satisfaction ou les garanties de non-répétition revêtent souvent une forme symbolique ou impliquent des mesures concrètes telles que des excuses ou la reconnaissance d'un fait illicite, ou éventuellement des poursuites judiciaires contre les auteurs présumés de la violation. En ce qui concerne le dédommagement accordé, s'il ne fait pas l'objet d'un accord entre les parties, il ne sera versé en pratique qu'en vertu de décisions motivées prises par un tribunal ou un autre organe compétent en la matière. On ne trouve, dans les annales des tribunaux, aucune décision

[71] *D. Earnshaw and others (Great Britain)* v. *United States*, affaire du navire *Le Zafiro*, arrêt du 30 novembre 1925, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1955.V.3), p. 164 et 165.

[72] Weir, « Complex liabilities », p. 43. Les États-Unis se sont fondés sur cette jurisprudence comparée pour leur argumentation dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955 (États-Unis d'Amérique c. Bulgarie)*, lorsqu'ils ont déclaré, en se référant aux alinéas *c* et *d* du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la CIJ : « dans tous les pays civilisés, la règle est fondamentalement identique. Un plaignant peut intenter un procès contre un ou plusieurs des auteurs d'un délit civil ou tous les auteurs, conjointement ou solidairement, mais il ne peut revendiquer de leur part, de l'un quelconque ou de plusieurs d'entre eux, que l'équivalent du montant intégral des dommages qu'il a subis ». [Mémoire en date du 2 décembre 1958, in *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie*; *États-Unis d'Amérique c. Bulgarie*; *Royaume-Uni c. Bulgarie)*, p. 229.]

[73] *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), commentaire du paragraphe 3 de l'article 42, par. 8 *a*, p. 70.

[74] Ibid., par. 8 *b*. Pour le débat, voir *Annuaire... 1996*, vol. I, 2454e séance, p. 163 à 167.

[75] Voir *supra* le paragraphe 22.

[76] S'il est possible qu'un cas de restitution prive la population de l'État responsable de ses propres moyens de subsistance sans que la population de l'État lésé subisse, *a contrario*, un effet équivalent, on peut supposer que la restitution serait exclue comme étant hors de proportion suivant le critère énoncé à l'alinéa *c* de l'article 43.

ordonnant le paiement ou prévoyant l'octroi d'indemnités excessives à ce titre.

41. Ainsi donc, le véritable problème qui se pose, à supposer qu'il y en ait un, se ramène aux considérations liées aux indemnisations monétaires pour les pertes qui résultent directement d'un fait illicite sur le plan international[77]. Il est vrai que, dans les cas de violations patentes ou systématiques, le montant des indemnités ainsi accordées peut être très élevé, comme l'ont effectivement été les montants fixés au titre de l'indemnisation par la Commission d'indemnisation des Nations Unies (UNCC)[78]. Mais c'est un cas exceptionnel[79] et, en tout état de cause, il convient de faire une distinction entre le montant du dédommagement, qui correspond par définition au montant des pertes effectives subies à la suite de la violation, et le mode de paiement. Dans les cas extrêmes, on pourrait envisager d'invoquer l'état de nécessité ou la force majeure pour différer le paiement de sommes qui sont devenues exigibles, possibilité prévue dans l'affaire de l'*Indemnité russe*[80], mais là encore, dans la pratique, les institutions financières internationales ont mis au point des méthodes permettant de consolider et de rééchelonner les dettes d'États souverains et les montants effectivement alloués ou que l'on a consenti à verser à titre d'indemnisation depuis 1945 sont relativement modestes par rapport au volume total des finances publiques ou de la dette des États concernés.

42. En résumé, on ne trouve pas dans les annales judiciaires de décisions ordonnant des restitutions, au sens étroit du terme, ou des satisfactions équitables qui auraient menacé de priver une population de ses propres moyens de subsistance. En ce qui concerne les dommages intérêts compensatoires, le paragraphe 3 semble confondre la question du montant dû (liée par définition aux pertes qui résultent effectivement du fait illicite considéré) et celle du mode de paiement. Les difficultés éventuellement rencontrées par les États qui sont momentanément incapables de verser des sommes importantes au titre d'une indemnisation sont suffisamment prises en compte par la reconnaissance du fait que les circonstances excluant l'illicéité énoncées dans la première partie du chapitre V s'appliquent également aux obligations qui découlent des dispositions de la deuxième partie[81]. Il suffit que cela soit consigné dans le commentaire.

43. Le paragraphe 4 de l'article 42 affirme une évidence, à savoir qu'un État ne peut pas invoquer les dispositions de son droit interne pour se soustraire à son obligation de réparer le dommage causé par un fait illicite[82]. Il ne peut y avoir aucun doute sur le principe, mais il est déjà clairement énoncé à l'article 4, qui a une portée très générale et, partant, s'applique aux obligations secondaires énoncées dans la deuxième partie. Là encore, il suffit de le signaler dans le commentaire[83].

3. Cessation et questions connexes

a) *Dispositions actuelles*

44. Les projets d'article, tels qu'ils ont été adoptés en première lecture, contiennent deux dispositions traitant de questions connexes, à savoir les conséquences d'une violation d'une obligation internationale sur l'exécution ultérieure de celle-ci et la cessation du fait illicite. Il s'agit des articles 36, paragraphe 2, et 41[84].

---

[77] Le débat est dominé par le « précédent » fâcheux du règlement de la paix par le Traité de Versailles du 28 juin 1919 et de la clause de responsabilité pour la guerre. Il s'agissait d'un traité de paix imposé et les sommes en jeu étaient largement supérieures à celles qu'un tribunal aurait attribuées pour des actes illégaux commis par l'Allemagne après le déclenchement des hostilités. Pour le débat historique, voir, par exemple, Keynes, *The Economic Consequences of the Peace*; Mantoux, *La paix calomniée ou les consequences économiques de M. Keynes*, et plus particulièrement Kent, *The Spoils of War. The Politics, Economic and Diplomacy of Reparations 1918-1932*. Pour le plan Dawes, voir Coing, « Dawes Plan », p. 961.

[78] La Commission d'indemnisation a pris des décisions importantes en faveur des requérants, mais elle a, en même temps, réduit la portée des réclamations présentées, et ce par une procédure non accusatoire. Par exemple, dans sa décision du 10 décembre 1999, le Conseil d'administration de l'UNCC a approuvé le règlement de 88 demandes d'indemnisation portant sur un montant total de 290 millions de dollars des États-Unis, présentées par des gouvernements dans la catégorie E, mais cette décision faisait suite à la présentation de 177 demandes portant sur un montant total de 2 milliards 160 millions de dollars. Pour la documentation générale concernant l'UNCC, voir Lillich (dir.), *The United Nations Compensation Commission*; d'Argent, « Le Fonds et la Commission de compensation des Nations Unies »; Stern, « Un système hybride : la procédure de règlement pour la réparation des dommages résultant de l'occupation illicite du Koweït par l'Irak »; Crook, « The United Nations Compensation Commission – A new structure to enforce State responsibility »; Bettauer, « The United Nations Compensation Commission – Developments since October 1992 »; Frigessi di Rattalma, « Le régime de responsabilité internationale institué par le conseil d'administration de la Commission de compensation des Nations Unies »; et Heiskanen et O'Brien, « UN Compensation panel sets precedents on Government claims ».

[79] Dans les affaires concernant des demandes d'indemnisation, les tribunaux se sont souvent contentés d'allouer des sommes très modestes, ou même d'adopter des solutions reposant sur un bilan nul et incorporant d'autres aspects du rétablissement de la relation juridique. Voir, par exemple, l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 18), par. 154, p. 81 (distinction entre les demandes d'indemnisation et les sommes dues au titre de la construction des ouvrages).

[80] *Affaire de l'indemnité russe (Russie/Turquie)*, *sentence du 11 novembre 1912*, in *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1961.V.4), p. 443. Bien que cette affaire ait été assimilée à un cas de force majeure, elle s'apparentait davantage à un cas de nécessité. La demande a été rejetée à la lumière des faits. L'affaire est évoquée dans le commentaire relatif au paragraphe 7 de l'article 33, *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 33, par. 7, p. 35.

[81] Voir *supra* le paragraphe 7 *a*.

[82] Voir Arangio-Ruiz, rapport préliminaire, *Annuaire… 1988* (voir *supra* la note 21), par. 125, p. 40 et 41. Bien entendu, ce principe peut être tempéré par la règle primaire pertinente ou par une *lex specialis* secondaire : voir, par exemple, l'article 50 de la Convention européenne des droits de l'homme (satisfaction équitable au lieu de la réparation intégrale, « si le droit interne de ladite Partie [contractante] ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, une satisfaction équitable »); voir à présent l'article 41 adopté dans le cadre du Protocole nº 11 à la Convention de 1994 (« si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable »).

[83] La formulation proposée pour le principe général figure *infra* au paragraphe 119.

[84] Les deux dispositions ont été ajoutées sur la suggestion de M. Arangio-Ruiz. Pour l'examen détaillé auquel il a procédé, voir *Annuaire... 1988* (voir *supra* la note 21), par. 29 à 52, p. 12 à 19.

45. Le paragraphe 2 de l'article 36 se présente sous la forme d'une clause de sauvegarde. Il dispose :

Les conséquences juridiques visées au paragraphe 1 sont sans préjudice du maintien du devoir de l'État qui a commis le fait internationalement illicite d'exécuter l'obligation qu'il a violée.

Dans le commentaire, on fait observer ceci :

Le fait que, par suite du fait internationalement illicite, un nouvel ensemble de relations est établi entre l'État auteur dudit fait et l'État lésé n'entraîne pas *ipso facto* la disparition des relations antérieures. Même si l'État auteur se conforme à son obligation secondaire, il n'est pas automatiquement déchargé de son devoir d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Le paragraphe 2 énonce cette règle : il le fait sous la forme d'une clause de sauvegarde pour tenir compte de la possibilité d'exceptions, telles que l'éventualité d'une renonciation par l'État lésé à son droit au maintien du respect de l'obligation[85].

Nonobstant la violation, c'est le maintien d'une obligation internationale qui donne lieu à la commission d'un fait illicite continu[86].

46. L'article 41 traite de la cessation d'un comportement illicite, cette disposition s'inscrivant actuellement dans le cadre du chapitre II. Il dispose :

Tout État dont le comportement constitue un fait internationalement illicite ayant un caractère de continuité est tenu de l'obligation de cesser ce comportement, sans préjudice de la responsabilité qu'il a déjà encourue.

47. On note dans le commentaire que l'obligation de cessation peut très bien être considérée comme une conséquence du jeu normal de la règle primaire pertinente. Mais on justifie son inclusion dans le projet d'articles en citant plusieurs raisons, notamment le lien qui existe entre cette obligation et la réparation, en particulier au moment où le fait illicite a été commis et l'importance pratique qu'elle revêt dans les relations inter-États[87]. On fait observer que la cessation est souvent le principal objet de la controverse suscitée par un comportement qui viole une obligation internationale. De surcroît, bien qu'elle soit liée à la restitution en tant que forme de réparation primaire, la cessation n'est pas soumise aux limites qui s'appliquent à la restitution[88]. Le commentaire fait référence à la décision du Tribunal arbitral dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, en particulier au passage suivant :

L'autorité pour prononcer une ordonnance de cessation d'acte ou omission illicite émane des pouvoirs inhérents à un tribunal compétent saisi d'une violation continue d'une obligation internationale en vigueur et qui continue de l'être. Une ordonnance de la sorte tient dès lors à deux conditions étroitement liées : que l'acte illicite ait un caractère continu et que la règle violée soit toujours en vigueur au moment de l'émission de cette ordonnance[89].

48. L'article 41 a suscité très peu de commentaires de la part des gouvernements, probablement parce que, pour l'essentiel, il ne semble pas prêter à controverse. De l'avis du Venezuela, l'obligation de mettre fin à un comportement illicite est la « première nécessité »[90]. Le Royaume-Uni suggère d'ajouter dans le commentaire relatif à cette disposition un élément précisant que, lorsqu'une circonstance exclut l'illicéité d'un comportement particulier, l'État concerné « reste tenu d'agir conformément à ses obligations internationales et est porteur d'une responsabilité internationale s'il ne le fait pas dès que les circonstances qui exonèrent son comportement prennent fin » [91]. La France propose de supprimer l'article 41, dont le contenu serait incorporé dans une nouvelle version du paragraphe 1 de l'article 36[92].

b) *Place de la cessation dans le projet d'articles*

49. Comme le passage de la décision relative au *Rainbow Warrior* cité plus haut l'indique, la violation d'une obligation internationale pose deux problèmes immédiats, outre la question de la réparation. Le premier est celui des conséquences du comportement de l'État responsable pour l'obligation qui a été violée; le deuxième concerne la cessation de la violation, si elle a un caractère continu. Ces deux problèmes se rattachent à la question clef soulevée par la violation d'une obligation internationale, à savoir le rétablissement et l'avenir de la relation juridique en cause.

50. Les doutes exprimés au sujet de l'article 41 tiennent essentiellement au fait que la cessation d'un fait illicite continu peut être considérée comme étant subordonnée à l'obligation de se conformer à la norme primaire. Dans cette optique, il ne s'agit pas d'une conséquence secondaire d'une violation d'une obligation internationale et elle n'a pas sa place dans le projet d'articles. Le Rapporteur spécial ne souscrit pas à cette analyse pour des raisons qui peuvent être résumées assez facilement :

a) La question de la cessation ne peut se poser que s'il y a eu violation. Quelle réaction la violation doit-elle alors susciter ? La réponse dépend évidemment de l'interprétation que l'on donne de la règle primaire mais aussi des règles secondaires relatives aux remèdes et il est opportun de les mentionner, au moins en termes généraux, dans un texte traitant des conséquences d'un fait internationalement illicite;

b) La notion de fait illicite continu figure déjà dans le projet d'articles et est une caractéristique commune des affaires mettant en jeu la responsabilité des États; ses conséquences devraient être détaillées dans la deuxième partie;

c) Il est souhaitable d'inclure une disposition analogue à l'article 41, faute de quoi on pourrait penser qu'une réparation accordée sous une forme quelconque pourrait fournir un prétexte à un État pour ne pas continuer d'exécuter ses obligations alors qu'il appartient aux autres parties d'accepter une proposition en ce sens;

[85] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article premier [actuel article 36], par. 5, p. 58.

[86] Pour la notion de « fait illicite continu », voir le paragraphe 2 de l'article 24, tel qu'il a été provisoirement adopté en deuxième lecture (*Annuaire… 1999*, vol. I, 2605e séance, par. 4, p. 291), et le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 8), par. 107 à 115, p. 35 à 38.

[87] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 6 [actuel article 41], par. 4 et 5, p. 57 et 58.

[88] Ibid., par. 6, p. 58.

[89] *Recueil des sentences arbitrales* (voir *supra* la note 17), par. 114, p. 872; voir aussi, pour le passage cité, *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 6 [actuel article 41], par. 13, p. 59.

[90] *Documents officiels de l'Assemblée générale* (voir *supra* la note 41), par. 56.

[91] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires du Royaume-Uni sur l'article 41, p. 144.

[92] Ibid., p. 136. Pour la proposition française, voir *infra* le paragraphe 52.

d) Dans les affaires mettant en jeu la responsabilité, il s'agit plus souvent de déterminer s'il y a eu violation de l'obligation, et de rétablir le respect de celle-ci, que d'obtenir réparation pour des faits antérieurs;

e) Il existe une relation étroite entre les notions de cessation et de restitution, et il convient de rendre clairement compte de cette relation si l'on veut formuler le principe de la restitution de manière satisfaisante[93];

f) Aucun gouvernement n'a pris position en faveur de la suppression de l'article 41 dans les commentaires.

c) *Question de la place et de la formulation*

51. Au paragraphe 2 de l'article 36, c'est, bien entendu, de la continuation de l'obligation qu'il s'agit et non de la cessation du comportement illicite, qui fait l'objet de l'article 41. La distinction est aussi claire qu'importante et, pour les raisons déjà exposées, les deux dispositions doivent être retenues. Mais le Rapporteur spécial partage l'opinion de ceux qui pensent – comme, par exemple, la France – que les deux questions devraient être reliées l'une à l'autre. Il est suggéré que les deux aspects de la cessation soient inclus parmi les principes généraux énoncés à la deuxième partie du chapitre premier en tant que première condition à remplir après la violation d'une obligation internationale.

52. En ce qui concerne le libellé de ces dispositions, la France propose de les combiner dans une version nouvelle de l'article 36, qui se lirait comme suit :

> 1. Tout État qui a commis un fait internationalement illicite est tenu à l'égard de l'État lésé d'exécuter l'obligation qu'il a violée ou de cesser son comportement illicite lorsqu'il a un caractère de continuité.
>
> 2. Cette obligation est sans préjudice des conséquences juridiques du fait internationalement illicite visées dans la présente partie[94].

Le paragraphe 1 fusionne les deux questions qui sont actuellement traitées séparément dans le paragraphe 2 de l'article 36 et dans l'article 41, et tend donc à estomper la distinction entre elles. De l'avis du Rapporteur spécial, il est souhaitable qu'elles soient traitées l'une et l'autre dans un même article, qui prévoirait que (à moins qu'il n'en soit autrement convenu ou décidé) le fait internationalement illicite ne porte pas atteinte à la continuation de l'obligation violée et que l'État auteur du fait illicite est tenu de mettre fin à tout comportement qui se poursuit en violation de cette obligation[95]. Le paragraphe 2 proposé remplacerait le paragraphe 1 de l'ancien article 36; or, cette disposition a l'utilité de servir d'introduction à la deuxième partie dans son ensemble et pourrait bien être conservée telle qu'elle est actuellement formulée.

d) *Assurances et garanties de non-répétition*

53. À cette question se rattache celle des assurances et garanties de non-répétition, dont traite actuellement l'article 46, qui se lit comme suit :

> L'État lésé est en droit, le cas échéant, d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite des assurances ou garanties de non-répétition dudit fait.

Il est évident que, si l'obligation a cessé d'exister du fait de sa violation, il ne saurait être question d'assurances ni de garanties. Il semble plus approprié de traiter l'article 46 dans le présent contexte – à savoir la continuation et la restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte – et non comme un aspect de l'obligation secondaire de réparer.

54. Dans le commentaire de l'article 46, il est dit que les assurances et garanties de non-répétition sont souvent traitées comme un aspect de la satisfaction. Cette idée y est contestée pour les raisons ci-après :

> [Les] assurances et garanties de non-répétition remplissent une fonction distincte et autonome. À la différence d'autres formes de réparation qui tentent de rétablir une situation passée, elles sont tournées vers l'avenir. Elles ont ainsi une fonction de prévention plus que de réparation. En outre, elles supposent qu'il existe un risque que le fait illicite se reproduise. Ces caractéristiques en font un mode de réparation relativement exceptionnel qui ... ne devrait pas être automatiquement ouvert à tout État lésé, eu égard, en particulier, au sens large conféré à cette expression dans le cadre de [l'article 40][96].

L'État lésé demande donc « des garanties contre la répétition de l'acte illicite, car il estime que le simple retour à la situation normale préexistante ne le protège pas de manière satisfaisante »[97]; il ne s'agit donc pas de réparation mais, pour ainsi dire, d'un renforcement d'une relation juridique (par hypothèse ininterrompue). Prises dans ce sens, les assurances et garanties se rapportent à l'exécution future de l'obligation en partant du principe qu'elle a survécu à la violation. On pourrait dire qu'elles sont l'aspect positif de l'exécution future, alors que la cessation d'un acte illicite ayant un caractère de continuité en est l'aspect négatif (et, dans les deux cas, il est indispensable que le maintien en vigueur de l'obligation soit implicite).

55. Le commentaire expose ensuite les différentes formes que les assurances et les garanties peuvent prendre – par exemple, l'abrogation des dispositions législatives qui avaient permis à la violation de se produire[98]. Mais, s'il est reconnu dans le commentaire

---

[93] Cette relation fait l'objet d'une discussion plus détaillée, *infra*, dans le contexte de l'article 43.

[94] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de la France sur les paragraphes 1 et 2 de l'article 36, p. 136.

[95] Pour le texte de la disposition proposée, voir *infra* le paragraphe 119.

[96] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 10 *bis* [actuel article 46], par. 1, p. 85.

[97] Ibid., par. 2, p. 85.

[98] Ibid., par. 4, p. 85 et 86, rappel des conclusions du Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Torres Ramirez,* décision du 23 juillet 1980, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session*, *Supplément n° 40* (A/35/40), par. 19, p. 126. Dans les cas où l'existence même de dispositions législatives constitue une violation d'une obligation internationale, l'abrogation de ces dispositions serait un aspect de la cessation du comportement illicite. Dans le cas le plus courant, la violation n'est pas le résultat de l'existence des dispositions législatives mais de leur application dans une situation donnée : voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial de l'OMC : « États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur », adopté le 22 décembre 1999 (WT/DS152/R), par. 7.46 et suiv. Dans ce dernier cas, leur abrogation pourrait ne pas être effectivement requise, mais elle n'en constituerait pas moins une importante assurance pour l'État ou les États lésés. On voit donc que la cessation du comportement illicite et les assurances de non-répétition sont étroitement liées.

que « l'État fautif est tenu de fournir ses garanties sous réserve qu'il existe une demande de l'État lésé et lorsque les circonstances le justifient »[99], l'article lui-même ne cherche pas à spécifier le contenu de cette obligation, se réfugiant dans l'expression « le cas échéant ». Cela signifie que l'obligation de fournir des garanties et des assurances est précaire ou même illusoire s'il n'existe pas une tierce partie ayant compétence pour « déterminer si les conditions d'octroi ... d'un mode de réparation exceptionnel sont remplies » et pour « refuser les demandes abusives qui porteraient atteinte à la dignité de l'État auteur du fait illicite »[100].

56. À l'exception de l'Allemagne, les quelques gouvernements qui ont formulé des observations sur l'article 46 l'ont en général approuvé[101]. Cela ne signifie pas toutefois qu'ils se font la même idée de sa portée et de son but. L'Argentine considère que les États qui ne sont pas directement lésés par un acte illicite peuvent demander la cessation du comportement illicite et des garanties de non-répétition, mais ne peuvent pas demander réparation[102]. La République tchèque est en faveur d'un régime d'assurances et de garanties renforcé en cas de « crime » :

> [L]a possibilité d'obtenir de l'État auteur du « crime » des assurances ou garanties de non-répétition appropriées devrait être de droit, systématique et inconditionnelle, alors qu'en cas de « délit » l'obtention de ces assurances ou garanties resterait soumise à une appréciation en fonction des circonstances de l'espèce[103].

De même, l'Ouzbékistan est d'avis que « l'article 46 devrait contenir une disposition prévoyant la forme sous laquelle l'État lésé est en droit d'obtenir des assurances »[104]. Au contraire, l'Allemagne doute qu'il existe en droit international coutumier un droit de l'État lésé à obtenir des garanties de non-répétition dans tous les cas[105].

57. Bien que l'article 46 n'ait guère suscité de commentaires, ni de la part des États, ni de la part des auteurs, il pose un certain nombre de questions différentes. La première concerne le statut des assurances et garanties de non-répétition dans le contexte de la responsabilité internationale. Le commentaire les considère comme une mesure particulière, mais ses explications donnent clairement à entendre qu'elles s'apparentent à la cessation du comportement illicite plus qu'elles ne sont un aspect de la réparation. Dans le cas de la cessation du comportement illicite comme dans celui des assurances de non-répétition, l'objet est de rétablir la confiance en une relation ininterrompue, bien que les assurances et garanties ne soient pas limitées aux actes illicites ayant un caractère de continuité et qu'elles comportent un élément de souplesse beaucoup plus grand.

58. Dans l'article 46, ce sont les termes restrictifs « le cas échéant » qui expriment cet élément de souplesse. Mais cela pose une deuxième question, celle de savoir s'il convient même de formuler l'article 46 comme une obligation. On pourrait en effet se demander quelles pourraient être les conséquences d'une violation de cette obligation. Par exemple, un État qui a offert de réparer pleinement les conséquences d'une violation pourrait-il être passible de contre-mesures s'il n'a pas donné des assurances et des garanties de non-répétition qui satisfassent l'État lésé ? Cela semble peu probable. Si, malgré des assurances antérieures, il y a répétition de la violation, cela peut être considéré comme une circonstance aggravante, mais cela pourrait être vrai de toute façon. Peut-être serait-il donc justifié de formuler l'article 46 en des termes plus souples.

59. Troisièmement, il ne fait guère de doute que le libellé, quel qu'il soit, puisse donner d'avance des indications sur les assurances ou les garanties qui seraient appropriées dans tel ou tel cas. Beaucoup doit donc dépendre des circonstances propres à l'espèce, y compris la nature de l'obligation et de la violation[106]. Toutefois, tout bien considéré, il est proposé d'insérer une version modeste de l'article 46 dans la deuxième partie, chapitre premier, en tant que principe général relatif à la continuation de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte[107].

4. Autres conséquences juridiques découlant du droit international coutumier

60. L'article 38 se lit comme suit :

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

Cela signifie qu'un fait internationalement illicite peut avoir d'autres conséquences juridiques non spécifiées (en dehors de celles qui sont prévues par d'autres règles de droit s'y rapportant spécifiquement [*lex specialis*]). La question est de savoir quelles peuvent être ces conséquences. L'une d'entre elles pourrait être, naturellement, la cessation de l'obligation violée, par exemple en cas de « violation substantielle » d'un traité bilatéral comme le prévoit l'article 60, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969. Mais cela n'a rien à voir avec la responsabilité et il n'est pas nécessaire d'ajouter de clauses de sauvegarde à cet égard.

61. Dans le bref commentaire de l'article, il est dit que « les conséquences juridiques de faits internationalement illicites énoncées dans la deuxième partie peuvent ne pas être limitatives »[108]. Mais les deux seuls exemples donnés concernent la validité ou l'extinction des traités. Ces exemples sont, premièrement, la nullité d'un traité

---

[99] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 10 *bis* [actuel article 46], par. 5, p. 86.

[100] Ibid.

[101] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de l'Argentine; de la République tchèque selon laquelle les assurances et garanties de non-répétition « constituent un élément potentiellement très important de la réparation » ibid., p. 150, et de la Mongolie (qui « accorde une grande importance » à ces dispositions, ibid., p. 150.

[102] *Documents officiels de l'Assemblée générale*, *cinquante-quatrième session, Sixième Commission*, 21e séance (A/C.6/54/SR.21), par. 26.

[103] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de la République tchèque sur l'article 46, p. 150.

[104] Ibid., commentaires de l'Ouzbékistan sur l'article 46.

[105] Ibid., commentaires de l'Allemagne sur le paragraphe 1 de l'article 42, p. 144.

[106] Voir les assurances et garanties étendues et très précises demandées ou imposées par le Conseil de sécurité après l'invasion du Koweït par l'Iraq : voir, par exemple, les résolutions 664 (1990), 686 (1991) et 687 (1991).

[107] Pour le libellé proposé, voir *infra* le paragraphe 119.

[108] *Annuaire… 1983*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 3 [actuel article 38], par. 3, p. 43.

dont la conclusion a été obtenue par l'emploi illégitime de la force (Convention de Vienne de 1969, art. 53) et, deuxièmement, l'exclusion du recours à un changement fondamental de circonstances lorsque le changement en question résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, d'une obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité (Convention de Vienne de 1969, art. 62, par. 2, al. *b*). Le commentaire indique que « ces types de conséquences juridiques ne seront pas traités dans la deuxième partie du présent projet d'article »[109]. La raison en est que ce sont des conséquences qui ne relèvent pas du tout du champ d'application du projet d'articles.

62. En ce qui concerne les observations des gouvernements, le Japon estime que l'emploi de l'expression « règles du droit international coutumier » n'est pas suffisamment clair. On voit mal, en effet, si cette expression vise le rapport qui existe entre la responsabilité des États et les autres conséquences juridiques dans le domaine du droit des traités, ou entre le projet d'articles et le droit international coutumier. Dans ce dernier cas, le Japon estime que l'expression est inappropriée, puisque le projet d'articles vise lui-même à codifier les règles coutumières du droit international relatives à la responsabilité des États. À son avis, la Commission devrait spécifier les règles du droit coutumier visées dans l'article[110]. La France souligne le lien conceptuel qui existe entre les articles 37, 38 et 39, qui « traitent en effet tous les trois des rapports entre le projet d'articles et les règles extérieures, en soulignant le caractère supplétif de ce texte »[111]. Elle suggère donc d'inclure les trois articles dans les dispositions finales ou introductives du projet.

63. En ce qui concerne les articles 37 et 39, le Rapporteur spécial partage l'opinion de la France et propose que ces dispositions soient transférées dans une section générale finale[112]. En ce qui concerne l'article 38, la position est moins claire. La raison pour laquelle les articles 37 et 39 devraient s'appliquer à l'ensemble du projet est qu'ils concernent également la première partie. Tel n'est pas le cas de l'article 38, qui traite expressément des conséquences d'un fait internationalement illicite et relève donc de la deuxième partie. Le doute émis par le Japon prend ainsi plus de poids. Une possibilité est que le principe de droit exprimé dans la maxime *ex injuria jus non oritur* peut engendrer de nouvelles conséquences juridiques dans un cas donné, qui ne seraient pas suffisamment précises ou explicites pour être couvertes par l'exception relative à la *lex specialis.*

64. Une autre possibilité est le principe dit de « l'application par approximation » formulé par sir Hersch Lauterpacht dans l'avis consultatif relatif à l'*Audition de pétitionnaires* par le Comité du Sud-Ouest africain, dans lequel il s'est exprimé dans les termes suivants :

> C'est un principe sain de droit que, si un instrument juridique de validité continue ne peut s'appliquer littéralement, du fait de la conduite de l'une des parties, il faut, sans permettre à celle-ci de se prévaloir de sa propre conduite, l'appliquer d'une manière s'approchant le plus possible de son but primitif. Agir ainsi est interpréter et donner effet à l'instrument, et non le modifier[113].

Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ a considéré ce qui suit :

> La Cour n'a pas à déterminer s'il existe un principe de droit international ou un principe général de droit « d'application par approximation » car, même si un tel principe existait, il ne pourrait par définition y être recouru que dans les limites du traité en cause[114].

Cette « condition cardinale » n'était pas remplie, de l'avis de la Cour, dans les circonstances de cette espèce. En outre, il ressort de la façon dont elle a traité la question qu'il s'agit moins d'un principe de droit autonome que d'une conclusion découlant, dans le domaine de l'exécution des traités, du principe général de droit selon lequel un État ne peut invoquer les conséquences de son propre comportement illicite. Il n'est donc pas nécessaire de l'inclure dans le projet d'articles, ni en tant que tel ni en raison de son caractère particulier d'indication pour l'interprétation, et il n'est donc pas nécessaire non plus d'en définir le champ d'application. Mais c'est un exemple qui montre que les principes généraux du droit international peuvent avoir des conséquences dans le domaine de l'exécution des obligations juridiques.

65. Dans le domaine de la responsabilité des États, un fait internationalement illicite ne semble pas avoir d'autres conséquences juridiques générales que celles dont il est question dans l'actuelle deuxième partie, à savoir cessation, restitution, indemnisation, satisfaction et, éventuellement, contre-mesure dans le cas où l'État ne respecte pas ces obligations secondaires. En outre, il est plutôt étrange, dans un texte qui prétend spécifier les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite, de mettre de côté toute une série d'autres conséquences juridiques non spécifiées, surtout sans pouvoir en donner d'exemple précis. Il est vrai qu'aucun ensemble de projets d'article, sous quelque forme qu'ils soient finalement adoptés, ne peut figer le droit et il est toujours possible que de nouvelles règles de droit international apparaissent dans ce domaine. Mais cette précision peut être apportée dans le commentaire, et le principe de la *lex specialis* s'appliquera aussi. Tout bien considéré, il n'y a pas d'arguments solides pour conserver l'article 38. Si on le conservait, on voit mal pourquoi il devrait être limité aux règles du droit international coutumier. Des règles du droit international découlant d'autres sources seraient peut-être aussi à prendre en considération. Le Rapporteur spécial propose plus loin une reformulation de l'article 38, qui est placée entre crochets pour indiquer qu'il n'est pas sûr de son utilité[115].

5. L'État lésé

a) *Article 40. Sens de l'expression « État lésé »*

i) *Les travaux préparatoires*

66. Dans la première partie du projet d'articles telle qu'elle a été adoptée en première lecture, l'expression

[109] Ibid., par. 1.

[110] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), commentaires du Japon, p. 120.

[111] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de la France sur les articles 37 à 39, p. 136.

[112] Voir *supra* le paragraphe 8.

[113] *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht, *C.I.J. Recueil 1956*, p. 46. Pour une analyse de cette citation, voir Rosenne, *Breach of Treaty*, p. 96 à 101.

[114] *C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 18), par. 76, p. 53.

[115] Pour la formulation proposée, voir *infra* le paragraphe 119.

« État lésé » n'était pas utilisée. La formule était toutefois fréquemment employée dans le commentaire et il était entendu qu'il serait nécessaire, plus loin dans le texte, de définir l'État ou les États qui, du fait qu'ils auraient été lésés par la violation, seraient en droit d'invoquer la responsabilité[116].

67. C'est M. Willem Riphagen qui, en 1984, a tenté le premier de formuler la notion, sous la forme d'une définition. À l'appui de sa position, il a expliqué que :

puisque la deuxième partie portait entièrement sur les nouveaux droits et les nouvelles obligations auxquels donnait naissance entre les États un fait internationalement illicite commis par l'un d'eux, il fallait déterminer dès l'abord quel État (ou quels États) devait (ou devaient) être considéré(s) comme « État(s) lésé(s) »[117].

Sa proposition venait après le long débat que la Commission avait consacré les années précédentes à la notion d'État lésé[118]. Écartant l'idée qu'il puisse y avoir un « droit international de la responsabilité », le Rapporteur spécial a soutenu que l'État lésé était facile à déterminer dans la plupart des cas. Des difficultés apparaissent toutefois

lorsqu'une règle primaire du droit international est manifestement établie pour la protection d'intérêts extra-étatiques et lorsqu'une règle secondaire du droit international autorise, voire contraint, d'autres États à participer, activement ou passivement, à l'application d'une règle primaire[119].

68. Les membres de la Commission étaient assez divisés sur un certain nombre de questions sous-jacentes, notamment sur la position des États dans le cas d'un crime international au sens de l'article 19. Aucun d'entre eux ne s'est opposé à l'insertion d'une disposition portant sur la notion d'« État lésé ». C'est sur son libellé que les opinions divergeaient. Certains membres souscrivaient à l'approche assez détaillée proposée par le Rapporteur spécial, d'autres souhaitaient plutôt « une formule générale assez souple, propre à englober tous les cas »[120] ou, au contraire, une disposition plus élaborée faisant la distinction « entre les États directement lésés et les autres États, puisque les premiers étaient en droit d'invoquer individuellement les conséquences juridiques indiquées dans les articles suivants »[121].

69. En 1985, la Commission a adopté à titre provisoire l'article 5 de la deuxième partie, assorti d'un commentaire. Cet article avait la même structure que la disposition proposée par le Rapporteur spécial, moyennant quelques modifications[122]. La plupart d'entre elles étaient d'importance mineure mais une modification de fond s'est attiré les critiques des membres. L'un d'eux a dit regretter

que le libellé initial du Rapporteur spécial, dans lequel la définition de l'« État lésé » procédait de la violation d'une obligation par l'État auteur, ait été remplacé par une formule moins satisfaisante qui se réfère à l'atteinte portée à un droit. La violation d'une obligation par un État implique normalement l'atteinte au droit d'un autre État, mais il n'en est pas toujours ainsi[123].

70. Malgré un niveau de détail qui en fait la plus longue disposition de tout le projet, cet article 5 ne vise pas à être exhaustif. Lorsqu'il a présenté le texte en séance plénière, le président du Comité de rédaction a fait remarquer :

L'article 5 ne vise ni à définir les règles primaires du droit international, ni à fournir une liste exhaustive des situations dans lesquelles un État peut se dire lésé. Le paragraphe 1 donne une règle générale, le paragraphe 2 donne une liste indicative et le paragraphe 3 traite du cas assez spécial des crimes internationaux[124].

71. Au cours du débat, on s'est interrogé sur la conception générale de l'article proposé, et cela sous différents points de vue. Sir Ian Sinclair a déclaré qu'il n'était pas convaincu, quant à lui, « que l'on [pouvait] se passer de la notion d'État lésé en cas de violation d'une obligation *erga omnes* et considérer que tous les États, sans exception, ont un intérêt juridique égal en la matière »[125]. M. Ouchakov a exprimé des inquiétudes analogues, même à l'égard des crimes internationaux. Il ne partageait pas l'avis selon lequel

un crime international lèse nécessairement tous les États qui composent la communauté internationale; certains d'entre eux sont directement lésés, tandis que d'autres ne le sont pas. Parfois même, aucun État n'est véritablement lésé : ce serait plutôt la communauté internationale des États, en tant que telle, qui subirait un dommage[126].

Comme il citait en exemple le cas de l'agression, il parlait sans doute d'autres États que celui qui est la cible directe de l'agression. Il est évident que pour tout acte d'agression, il y a un État lésé; en fait, c'était bien la disparité éventuelle entre les intérêts de l'État lésé et ceux

---

[116] Voir, par exemple, *Annuaire… 1973*, vol. II, doc. A/9010/Rev.1, le commentaire de l'article premier, par. 5 à 14, p. 177 à 179. Dans le texte de l'article 33, par. 1 *b*, adopté en première lecture, ce sont les termes « l'État à l'égard duquel l'obligation existait » qui étaient employés (dénotant une conception purement bilatérale). Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 8), par. 290, p. 80.

[117] *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), par. 355, p. 104. L'année suivante, M. Riphagen a renouvelé sa proposition sous la forme de l'article 5 de la deuxième partie du projet d'articles, accompagnée d'un commentaire [voir *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/389, p. 5 à 9].

[118] *Annuaire... 1982*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/354 et Add.1 et 2, par. 90 à 101, p. 42 à 45; *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/366 et Add.1, notamment par. 72 à 78, p. 14 à 16 (où il est fait une distinction entre l'État qui a un intérêt lésé et l'État « partie à la violation »), et par. 112 à 125 (où sont passés en revue les distinctions générales ainsi que les droits que l'État lésé peut invoquer dans diverses situations), p. 22 à 25. Pour le débat qui a précédé cette formulation, voir *Annuaire... 1982*, vol. I, 1736e séance, p. 229 à 235; et *Annuaire... 1983*, vol. I, 1772e, 1777e et 1780e séances.

[119] *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie) [voir *supra* la note 118], par. 114, p. 23.

[120] *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), par. 367, p. 106. Ainsi, M. Balanda a présenté avec perspicacité l'argumentation selon laquelle :

« Plutôt que d'examiner tous les cas dans lesquels un État est considéré comme lésé, au risque d'oublier des hypothèses, la Commission pourrait définir l'État lésé comme étant celui qui a subi un préjudice matériel ou moral résultant d'un fait internationalement illicite imputable à un autre État. »

[*Annuaire... 1984*, vol. I, 1867e séance, par. 9, p. 315 et 316].

[121] *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), par. 367, p. 106.

[122] Voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 25 à 27. Cette disposition devait être adoptée en première lecture en 1996 en tant qu'article 40 [*Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 66 et 67].

[123] Sir Ian Sinclair, 1929e séance, *Annuaire... 1985*, vol. I, par. 59, p. 301.

[124] Ibid., M. Calero Rodrigues, par. 27, p. 298.

[125] *Annuaire... 1983*, vol. I, 1777e séance, par. 28, p. 133; voir également *Annuaire... 1984*, vol. I, 1865e séance, par. 4 et 5, p. 308 et 309. Approbation de M. Malek, ibid., 1866e séance, par. 13, p. 315.

[126] *Annuaire... 1984*, vol. I, 1861e séance, par. 4, p. 283.

des États tiers que sir Ian Sinclair avait notée[127]. On s'est également interrogé sur la gamme des réactions qui seraient légitimes dans le cas où tous les États, ou plusieurs d'entre eux, seraient censés être « lésés » par l'infraction à une obligation multilatérale. Selon M. Lacleta Muñoz, « quand le fait internationalement illicite affecte les intérêts collectifs de tous les États parties, la réaction devrait être collective. Encore faudrait-il préciser quels sont ces intérêts collectifs »[128]. Le Rapporteur spécial a défendu sa proposition de façon plutôt oblique. À son avis, l'article 5 était « donc un article clef » qui ne pouvait pas n'être qu'un simple renvoi à des règles primaires extérieures au projet, puisqu'il fallait être précis[129]. En revanche,

L'alinéa *e* de l'article 5, en mentionnant « tous les autres États » comme les États lésés par la perpétration de crimes internationaux, ne veut pas dire que tous ces États soient lésés au même degré ou que chacun d'eux puisse prendre toute mesure qu'il juge utile[130].

C'est cette idée qu'a reprise le président du Comité de rédaction, en notant que :

Le Comité de rédaction s'est demandé si, dans le cas d'un crime international, tous les États lésés doivent avoir le même droit de réagir, ou si la réaction doit être graduée en fonction de la gravité de l'atteinte portée, dans chaque cas, au droit ou à l'intérêt considéré. Il a estimé que si la question devait être abordée, elle devait l'être dans les articles définissant les conséquences juridiques des crimes internationaux[131].

Toutefois, la Commission n'est pas revenue sur la question lorsqu'elle a élaboré les articles 51 à 53. D'ailleurs la question ne se pose que pour les violations censées « léser » tous les États ou une pluralité d'États, qu'elles soient ou non classées comme « crimes internationaux ».

72. M. Paul Reuter a mis en question la distinction qu'établissait le texte entre les préjudices relevant du droit conventionnel et ceux relevant du droit international général : « si [...] certaines règles juridiques créent des droits subjectifs, n'y aurait-il pas lieu de rédiger un alinéa à ce sujet qui ne fasse pas de distinction entre règles coutumières et règles écrites ? »[132] Un membre a même mis en doute le postulat fondamental de l'article 40, à savoir que tous les États ou une pluralité d'États peuvent être lésés également. M. Ouchakov, se prononçant contre le paragraphe 3, a rappelé : « Certes, en droit international général, il existe des droits et obligations *erga omnes*, mais les relations entre États ont toujours en définitive un caractère bilatéral »[133].

ii) *L'article 40 et son commentaire*

73. Tel qu'il a été adopté en première lecture, l'article 40 se lit comme suit :

Article 40. Sens de l'expression « État lésé »

1. Aux fins des présents articles, l'expression « État lésé » s'entend de tout État qui est atteint dans un droit par le fait d'un autre État, si ce fait constitue, conformément aux dispositions de la première partie, un fait internationalement illicite de cet État.

2. En particulier, l'expression « État lésé » désigne :

a) Si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un traité bilatéral, l'autre État partie au traité;

b) Si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un jugement ou autre décision obligatoire relative au règlement d'un différend qui est rendu par une cour ou un tribunal international, l'autre État ou les autres États qui sont parties au différend et bénéficiaires de ce droit;

c) Si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'une décision obligatoire d'un organe international autre qu'une cour ou un tribunal international, l'État ou les États qui, conformément à l'instrument constitutif de l'organisation internationale concernée, sont bénéficiaires de ce droit;

d) Si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'une disposition conventionnelle en faveur d'un État tiers, cet État tiers;

e) Si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un traité multilatéral ou d'une règle du droit international coutumier, tout autre État partie au traité multilatéral ou lié par la règle du droit international coutumier, lorsqu'il est établi :

i) Que le droit a été créé ou est reconnu en sa faveur;

ii) Que l'atteinte portée au droit par le fait d'un État affecte nécessairement la jouissance des droits ou l'exécution des obligations des autres États parties au traité multilatéral ou liés par la règle du droit international coutumier; ou

iii) Que le droit a été créé ou est reconnu pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

f) Si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un traité multilatéral, tout autre État partie au traité multilatéral, lorsqu'il est établi que ce droit a été expressément énoncé dans le traité pour la protection des intérêts collectifs des États parties.

3. En outre, l'expression « État lésé » désigne, si le fait internationalement illicite constitue un crime international, tous les autres États.

74. Le commentaire de l'article 40[134] fait observer que la question de savoir quel est l'État responsable du fait internationalement illicite est résolue en principe par la première partie du projet d'articles, qui définit

le fait internationalement illicite uniquement en fonction des obligations, et non des droits qu'il crée. On a considéré comme acquis qu'à chaque obligation correspond par définition un droit, pour au moins un autre État[135].

De la même manière, M. Roberto Ago postulait dans son deuxième rapport que « [l]a corrélation entre obligation juridique d'un côté et droit subjectif, de l'autre côté, ne souffre pas d'exception »; selon lui, il est « tout à fait lé-

[127] Sir Ian Sinclair a repris cette argumentation lors du débat sur l'article 5 proposé par le Comité de rédaction : voir *Annuaire… 1985*, vol. I, 1929e séance, par. 47, p. 300; voir également M. Roukounas, ibid., 1930e séance, par. 7, p. 303, et *contra,* M. Flitan, ibid., par. 10, p. 303.

[128] *Annuaire... 1984*, vol. I, 1867e séance, par. 17, p. 321.

[129] Ibid., par. 26, p. 322.

[130] Ibid., par. 28, p. 323.

[131] M. Calero Rodrigues, 1929e séance, *Annuaire... 1985*, vol. I, par. 43, p. 300.

[132] *Annuaire... 1984*, vol. I, 1861e séance, par. 11, p. 284.

[133] *Annuaire... 1985*, vol. I, 1929e séance, par. 47, p. 300. L'observation est d'autant plus significative lorsque l'on connaît l'importance de la doctrine soviétique faisant l'objet de l'article 19.

[134] Adopté en 1985 [voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 25 à 27], le commentaire de l'article 40 [ancien article 5] n'a pas été réexaminé au moment où le projet d'articles a été adopté en première lecture en 1996. La seule modification était une note relative au paragraphe 3, ainsi conçue :

« Le terme "crime" est employé ici par souci de cohérence avec l'article 19 de la première partie des articles. Toutefois, il a été noté que des formules comme "un fait internationalement illicite de nature grave" ou "un fait illicite d'une exceptionnelle gravité" pourraient être substituées au terme "crime", ce qui, notamment, éviterait l'implication pénale de ce terme. »

[*Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 67.]

[135] *Annuaire… 1985*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 5 [actuel article 40], par. 2, p. 25.

gitime, en droit international, [...] de considérer l'idée de violation d'une obligation comme l'équivalent parfait de celle de lésion du droit subjectif d'autrui »[136]. Cette équivalence « parfaite » est exprimée en quelques mots d'importance décisive au paragraphe 1 de l'article 40[137]. Par la suite, la deuxième partie parlera des droits de l'« État lésé », au singulier, et non des obligations de l'État responsable du fait internationalement illicite (que nous appellerons ici « État auteur » ou « État responsable »).

75. L'article 40 est donc la charnière sur laquelle s'articule l'ensemble du projet, la passerelle entre le régime des obligations de la première partie et celui des droits de la deuxième partie. Le paragraphe 1 ayant annoncé la corrélation exacte entre obligations et droits, le paragraphe 2 poursuit en définissant, sans en épuiser la liste, les situations dans lesquelles un État ou des États peuvent être considérés comme ayant un droit qui serait le corrélat d'une obligation violée. Ces situations varient de la relation binomiale du traité bilatéral ou du jugement de la CIJ, aux cas dans lesquels le droit dont il s'agit procède d'une règle de droit international général ou d'un traité multilatéral et où tous les États, ou une pluralité d'États, soumis à cette règle ou parties à ce traité peuvent être considérés comme « lésés ». L'article précise également qu'en cas de « crime international », *tous* les autres États sont lésés et ont le droit de réagir.

76. Comme le commentaire le dit fort bien, la liste, longue et maladroite, du paragraphe 2 n'a que valeur présomptive. Telle règle, tel traité peuvent préciser eux-mêmes les entités (États ou autres sujets) qui ont le droit d'invoquer la responsabilité pour violation, sur une base inclusive ou exclusive. Selon le principe de la *lex specialis*, c'est cette disposition qui prime[138], mais il n'est pas fréquent que les traités multilatéraux fixent leur propre régime, et encore moins que les règles de droit international général le fassent. Dans la plupart des cas, la définition de l'« État lésé » de l'article 40 s'appliquera par défaut.

iii) *Commentaires des gouvernements sur l'article 40*

77. L'article 40 a fait l'objet de nombreux commentaires de la part des gouvernements, qui ont présenté des opinions diverses et exposées en détail, mais dont aucun n'a mis en question la nécessité de prévoir une disposition sur la notion d'« État lésé ». Singapour, par exemple, qualifie la détermination de l'État lésé d'essentielle « pour l'attribution de certains privilèges » [...] et donnant « notamment le droit d'avoir recours à des actes qui, dans un autre contexte, seraient qualifiés d'actes internationalement illicites... »[139]. Plusieurs gouvernements craignent que les conséquences du fait internationalement illicite ne soient trop facilement invocables. Ainsi pour l'Autriche, la notion définie à l'article 40 « est valable dans la mesure où des États sont directement touchés dans leurs droits par ces violations [du droit international] »[140]. Cette incertitude a conduit certains gouvernements à demander si le caractère effectif de la perte ou du préjudice subis ne devait pas être l'aspect principal de la définition de l'État lésé. Conformément à sa position à l'égard de l'article premier, la France a proposé « que l'article 40 fasse explicitement référence au dommage matériel ou moral subi par un État en conséquence d'un fait internationalement illicite d'un autre État », mais sans être « hostile à l'idée qu'un État puisse subir un préjudice juridique du seul fait de la violation d'un engagement à son égard. Encore faut-il que ce préjudice soit spécial »[141]. D'autres gouvernements sont tout à fait opposés à cette idée car, selon eux, ce n'est pas parce que le dommage n'est pas un élément du fait illicite que n'importe quel État a le droit d'invoquer la responsabilité de l'État qui en est l'auteur. Au contraire, « seuls l'État ou les États dont le droit subjectif a été lésé peuvent le faire, autrement dit les États à l'égard desquels l'obligation a été violée »[142]. La question réapparaît, sous une forme il est vrai légèrement différente, comme l'un des grands thèmes des observations sur les paragraphes 2 et 3 de l'article 40, très commentés et très critiqués.

78. Certes, il est vrai que certains États approuvent la démarche générale empruntée par la Commission lors de l'examen en première lecture. L'Allemagne, par exemple, fait observer que « la nature des règles "primaires" du droit international et le cercle des États qui participent à leur formation entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de préciser quel État ou quels États ont été "lésés" par la violation d'une obligation découlant desdites règles "primaires" »[143]. Mais la majorité des pays qui ont présenté des observations sur le projet d'article 40 ont exprimé des inquiétudes sérieuses à propos du libellé et du contenu des alinéas *e* et *f* du paragraphe 2, et du paragraphe 3. Un premier sujet de préoccupation est celui des « résultats absurdes » auxquels conduiraient ces disposi-

[136] *Annuaire... 1970*, vol. II, doc. A/CN.4/233, par. 46, p. 206.

[137] Il est curieux cependant de noter que ce paragraphe, qui use du conditionnel (« si »), prévoit l'hypothèse de l'acte qui porte atteinte aux droits d'un État et qui n'est pas illicite. Peut-être s'agit-il d'une simple erreur de rédaction, ou peut-être s'agit-il de couvrir les situations dans lesquelles un droit est violé mais où l'illicéité est exclue en vertu du chapitre V de la première partie.

[138] *Annuaire… 1985*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 5 [actuel article 40], par. 5 et 6, p. 25.

[139] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de Singapour sur l'article 40, p. 138; voir aussi les commentaires du Royaume-Uni, lequel déclare n'avoir « pas de commentaires particuliers à faire sur l'ensemble du projet d'article 40 », ibid., p. 141. L'Ouzbékistan juge qu'il conviendrait de transférer l'article 40 « au chapitre II de la deuxième partie » (ibid., p. 138). Voir aussi A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 122, p. 20.

[140] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de l'Autriche sur l'article 40, p. 138. Celle-ci se demande donc si la notion d'État lésé est opératoire quand il n'y a pas d'État directement lésé (en se référant, notamment, aux violations des droits de l'homme).

[141] Ibid. La France a donc proposé un nouveau libellé de l'article 40. Dans le même ordre d'idées, pour le Japon, « il serait donc préférable que l'État lésé dont les intérêts n'ont subi aucun préjudice tangible ne soit, en principe, autorisé qu'à demander à l'État dont le comportement constitue un fait internationalement illicite qu'il cesse ce comportement » [*Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), commentaire de l'article 40, p. 120]. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Sixième Commission*, 23e séance (A/C.6/54/SR.23), par. 67 (Bulgarie); et ibid., 26e séance (A/C.6/54/SR.26), par. 42 (Burkina Faso) [ce dernier propose d'intégrer à la définition « l'élément de causalité entre le dommage et le fait »]; voir également A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 62, p. 18.

[142] Italie [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 3, p. 102]; voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Sixième Commission*, 23e séance (A/C.6/54/SR.23), par. 54 (Venezuela), et A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 62.

[143] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de l'Allemagne sur l'article 40, p. 138. Voir aussi les commentaires de l'Italie, qui approuve les choix conceptuels de l'article 40 (ibid., p. 138).

tions si elles devaient amener « à une situation où plusieurs États auraient concurremment ou cumulativement compétence pour invoquer les conséquences juridiques d'une violation du droit international »[144]. L'idée de faire la distinction[145] entre les États expressément lésés par un fait internationalement illicite et les États ayant un intérêt juridique dans l'accomplissement de l'exécution de l'obligation[146] se trouve donc confortée : les premiers auraient le droit de demander réparation en leur nom propre, les derniers ne pourraient réclamer que la cessation du comportement illicite et la réparation due à l'État directement lésé[147]. De plus, selon le Royaume-Uni, « la Commission aurait intérêt à se demander s'il peut y avoir des cas dans lesquels le droit des États de se considérer "lésés" [...] doit être modifié lorsque l'État qui a subi le préjudice le plus important a fait savoir qu'il renonçait librement à exercer les droits découlant de la violation ou s'il consent à la violation »[148].

79. Les alinéas *e* et *f* du paragraphe 2 suscitent d'autres préoccupations encore, que l'on peut résumer ainsi :

a) Le fait de mentionner en même temps les traités multilatéraux et le droit international coutumier soulève apparemment un problème. Pour certains gouvernements, il vaudrait mieux traiter des deux sources de droit dans des dispositions distinctes[149]; pour d'autres, il faudrait aussi mentionner soit la coutume dans la sphère bilatérale, soit les obligations découlant des actes unilatéraux[150];

b) Pour ce qui est plus précisément du sous-alinéa ii de l'alinéa *e*, plusieurs gouvernements s'inquiètent qu'il ne soit pas en conformité ou risque de créer un chevauchement avec l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969[151] dont les dispositions semblaient « plus restrictives »[152]. Aussi, le Royaume-Uni déclare préférer fortement la démarche adoptée pour l'article 60 de la Convention de Vienne qui, comparé aux critères vagues de l'article 40, a pour effet de limiter la qualité d'État lésé aux États qui subissent un préjudice matériel[153]. Se plaçant d'un point de vue plus général, certains gouvernements font observer que le statut des États lésés en cas de violation d'une obligation découlant d'un traité multilatéral doit être fixé d'abord par le traité lui-même puis, le cas échéant, par le droit des traités[154];

c) Pour ce qui est du sous-alinéa iii de l'alinéa *e*, certains gouvernements demandent des éclaircissements, notamment à propos des demandes en réparation émanant d'États parties qui n'ont pas été matériellement affectés par la violation[155];

d) Quant à l'alinéa *f*, la France juge qu'« il est tout à fait inopportun de permettre ainsi aux États d'intervenir dans des situations qui ne les concernent pas directement »[156], alors que d'autres pays considèrent qu'il conviendrait de préciser le sens du terme « intérêts collectifs » ou d'indiquer la nature des traités dont il s'agit[157].

80. Les gouvernements ont également des positions divergentes sur le paragraphe 3. Certains pensent qu'il faut, dans le cas des crimes aussi, instituer différentes catégories d'États lésés, « ce qui entraînerait des droits différents pour ces États »[158]. Ainsi les États-Unis s'inquiètent des « conséquences incalculables » que pourrait avoir ce paragraphe. À leur avis, le fait que les États sont tous individuellement, et non collectivement, lésés par les actes criminels – au sens de l'article 19 – pourrait ouvrir « la voie à toutes sortes d'actions en responsabilité internationale » [... ce qui] pourrait aboutir à une indemnisation inadéquate des États pouvant effectivement justifier d'un préjudice »[159]. D'autres gouvernements approuvent cependant l'approche adoptée par la Commission en première lecture et estiment notamment que lorsqu'un crime (au sens de l'article 19) est commis, tous les États sont lésés et peuvent tous invoquer la responsabilité de l'État auteur[160]. La Suisse fait utilement remarquer que « dans

[144] Ibid., commentaires de l'Autriche sur le paragraphe 1 de l'article 40, p. 140. Pour les États-Unis, les deux alinéas « aboutissent à des notions de préjudice qui sont inacceptables et trop larges » (ibid., p. 141).

[145] Voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2e partie), par. 29 *a*, p. 19.

[146] Voir A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 64, p. 19. Il a été reproché à cette distinction d'être sans utilité puisque la notion d'État ayant un intérêt juridique en cause restait incertaine; voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Sixième Commission*, 22e séance (A/C.6/54/SR.22), par. 4 (Danemark, au nom des pays nordiques).

[147] A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 64, p. 19. Voir aussi les commentaires de l'Autriche sur le paragraphe 2 de l'article 40 [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35, p. 140)].

[148] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires du Royaume-Uni sur le paragraphe 2 de l'article 40, p. 142.

[149] A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 123, p. 20. Singapour considère que l'invocation de la responsabilité en droit international coutumier est subordonnée à l'existence « d'un lien suffisant entre l'État auteur de la violation et l'État qui revendique le statut d'État lésé » [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), p. 139].

[150] A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 66, p. 19. L'idée d'une liste non exhaustive mais illustrative a également été soutenue (ibid.).

[151] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de l'Allemagne sur le paragraphe 2 de l'article 40, p. 140.

[152] Ibid., commentaires du Royaume-Uni sur le paragraphe 2 de l'article 40, p. 142.

[153] Ibid. Voir également la proposition des États-Unis (ibid.).

[154] Ibid., commentaires des États-Unis sur le paragraphe 2 de l'article 40, p. 141; voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Sixième Commission*, 23e séance (A/C.6/54/SR.23), par. 58 (Israël).

[155] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires des États-Unis sur le paragraphe 2 de l'article 40. *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), commentaires du Japon sur l'article 40; voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Sixième Commission*, 23e séance (A/C.6/54/SR.23), par. 41 (Australie, qui propose de « limiter en tel cas la réparation aux assurances et aux garanties de non-répétition »).

[156] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de la France sur le paragraphe 2 de l'article 40, p. 141.

[157] Ibid., commentaires des États-Unis, p. 141. *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), commentaires du Japon; voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Sixième Commission*, 23e séance (A/C.6/54/SR.23), par. 41 (Australie).

[158] Commentaires de l'Allemagne, qui fait la distinction entre le droit de demander la cessation d'un comportement illicite ou l'exécution d'une obligation, d'une part, et, de l'autre, le droit de demander réparation [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), p. 142; voir également A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 123, p. 20 (où est établi le critère du « lien plus ou moins direct qui existait entre l'État et la violation dont il était victime »)].

[159] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur le paragraphe 3 de l'article 40. Les États-Unis font cependant observer que même s'il y a un État qui est principalement lésé, « un acte illicite [...] peut aussi avoir de graves répercussions pour d'autres États » (ibid.).

[160] Ibid., commentaires de l'Italie sur l'article 19, p. 117; voir aussi A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 65, p. 19. Selon la République tchèque, la disposition du paragraphe 3 « n'est certainement pas anodine et [...] entraîne des conséquences importantes aussi bien en matière de réparation qu'en ce qui concerne les contre-mesures » [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), p. 143].

la mesure où les notions de "crime" et de contravention aux règles impératives du droit international se recouvrent », tous les États peuvent être considérés comme lésés, que le comportement dont il s'agit soit ou non qualifié de « crime »; ainsi, la criminalisation de certains comportements n'est pas indispensable pour « attacher des conséquences spécialement lourdes aux comportements en question »[161].

81. On trouve chez les publicistes l'écho des critiques dont l'article 40 a fait l'objet[162].

b) *Quelques questions préliminaires*

82. Avant d'envisager par quels moyens pourraient être réglés ces divers points, il est nécessaire d'analyser l'article 40 plus en détail. Quatre questions peuvent être soulevées à ce sujet.

i) *Détermination de l'intérêt juridique et du droit subjectif*

83. L'une des premières questions à examiner est celle de la détermination, à toutes fins utiles, de la responsabilité à l'égard des droits subjectifs de l'État lésé. On remontera à ce sujet aux précédentes théories de la responsabilité de l'État (en particulier celle d'Anzilotti), dans lesquelles le modèle caractéristique pour ce qui est du droit international est celui des relations bilatérales. Au moment de la parution de son deuxième rapport[163] (publié la même année que l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*)[164], le Rapporteur spécial M. Roberto Ago commençait à peine à formuler l'idée de la responsabilité à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble. Il importe, aux fins qui nous intéressent, que nous utilisions le langage de l'article 19 (« crimes internationaux ») ou celui de la Cour elle-même lorsqu'elle se réfère à une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble (*erga omnes*)[165]. Dans l'un et l'autre cas, la détermination immédiate de cette responsabilité pose un problème à l'égard des droits « subjectifs » des États considérés individuellement.

84. Le terme « subjectif » ne peut être employé ici que pour faire ressortir que les relations juridiques « secondaires » découlant d'une violation d'une obligation internationale sont, nécessairement, des relations juridiques entre l'auteur de la violation et d'autres personnes ou entités. Il n'existe pas de « responsabilité tout court »; il n'y a de responsabilité qu'à l'égard de quelqu'un; en ce sens, elle ne peut être que « subjective »[166]. II ne faut toutefois pas en déduire que les obligations de caractère collectif ou communautaire se trouvent limitées aux relations bilatérales. En examinant la stricte corrélation qui existe entre obligation et droit, on s'est appuyé implicitement sur les travaux de W. N. Hohfeld et ses « corrélats de droit »[167]. Mais Hohfeld a souligné la diversité des relations juridiques, et il n'entendait certainement pas réduire ces relations à une forme unique. Dans le domaine des relations internationales, il n'y a plus (s'il y a jamais eu) aucune raison a priori de ramener toutes les relations de responsabilité à une forme unique de relations bilatérales droits-obligations entre deux États, comme dans un traité bilatéral.

85. L'Éthiopie et le Libéria, par exemple, n'étaient pas eux-mêmes les bénéficiaires de l'obligation qu'ils ont invoquée dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*[168]. Le bénéficiaire en était le peuple du Sud-Ouest africain lui-même qui avait le droit « subjectif » de voir le territoire administré en son nom et dans son intérêt, qui était en jeu[169]. L'Éthiopie et le Libéria ont revendiqué un droit « adjectif » ou procédural pour chercher à assurer que l'Afrique du Sud s'acquitte de ses obligations à l'égard du peuple du territoire. Il n'y a pas, sur le plan de l'analyse, de raison de désavouer une telle relation juridique[170]

[161] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de la Suisse sur le paragraphe 3 de l'article 40, p. 120.

[162] Voir par exemple : Sachariew, « State responsibility for multilatéral treaty violations: identifying the "injured State" and its legal status »; Hutchinson, « Solidarity and breaches of multilateral treaties »; Kawasaki, « The notion of "injured State" in the law of international responsibility of States : The ILC's draft article 5 of part two on State responsibility »; Simma, « Bilateralism and community interest in the law of State responsibility »; Charney, « Third State remedies in international law »; Vadapalas, « L'intérêt pour agir en responsabilité internationale »; Frowein, « Reactions by not directly affected States to breaches of public international Law »; Simma, « From bilateralism to community interest in international law »; Annacker, « Part two of the International Law Commission's draft articles on State responsibility »; de Hoogh, op. cit.; Perrin, « La détermination de l'État lésé. Les régimes dissociables et les régimes indissociables »; Ragazzi, *The Concept of International Obligations* erga omnes; Bederman, « Article 40, (2) (*e*) & (*f*) of the ILC draft articles on State responsibility: standing of injured States under customary international law and multilateral treaties »; Kawasaki, « The "injured State" in the international law of State responsibility »; et Crawford, « The standing of States: a critique of article 40 of the ILC's draft articles on State responsibility ».

[163] *Annuaire… 1970*, vol. II, doc. A/CN.4/233, p. 189 à 211.

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

[165] Pour les raisons qu'il a exposées dans son premier rapport, *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 23), le Rapporteur spécial préfère employer la terminologie usitée par la Cour s'agissant des obligations vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble. C'est certainement celle qu'il convient d'employer dans le contexte de l'article 40, qui traite du droit d'invoquer la responsabilité plutôt que des conséquences qui pourraient en découler (ibid., par. 98, p. 26).

[166] Du point de vue du Rapporteur spécial, la confusion qui pourrait éventuellement se produire entre un sens tout à fait inhabituel du terme « subjectif » et sa signification habituelle suffît à justifier qu'on évite purement et simplement de l'employer. Dans l'acception usuelle du terme, il ne peut y avoir d'obligation ou de droit « qui ne soit pas subjectif »; ce terme est par conséquent inutile et pourrait éventuellement être mal interprété. Voir le deuxième rapport, *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 8), par. 6, p. 11, et de Hoogh, op. cit., p. 20, qui va dans le même sens.

[167] Voir Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*.

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

[169] Dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *avis consultatif du 21 juin 1971*, *C.I.J. Recueil 1971*, par. 127, p. 56, la Cour a souligné que dans le cas du Sud-Ouest africain « le préjudice était porté à un peuple » et non à un État ou un groupe d'États. Cf. *Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/330, par. 56 et 57, p. 116.

[170] La Cour, à une faible majorité, a jugé en 1966 que les États demandeurs n'avaient pas individuellement d'intérêt juridique dans l'administration du Mandat qu'ils auraient pu faire valoir en invoquant la clause compromissoire. Mais la « majorité » ne niait pas que le Mandat aurait pu reconnaître à tous les États membres de la Société des Nations le droit de faire respecter les obligations du mandataire en intentant une

(Suite de la note page suivante.)

et Hohfeld aurait pu sans difficulté l'introduire dans son schéma[171]. Un système juridique qui viserait à réduire les relations juridiques entre l'Afrique du Sud, le peuple du territoire et les deux États demandeurs à des relations bilatérales serait déficient. Pourtant, c'est ce qu'il semblerait que fasse l'article 40, avec ses équivalents « exacts »[172].

ii) *Le traitement des obligations en matière de droits de l'homme*

86. La deuxième question porte sur le traitement des obligations en matière de droits de l'homme. En vertu du paragraphe 2 *e* (iii) de l'article 40, chaque État lié par une obligation en matière de droits de l'homme est lésé lorsqu'il y a violation de ce droit[173]. En effet, aux termes de cet alinéa chaque État est considéré comme lésé en cas de violation, même ponctuelle et comparativement mineure, du droit fondamental d'une personne (qui n'est pas un national de cet État). Selon le commentaire,

> il est clair que les droits énoncés dans les instruments – non plus que les actes de commission ou d'omission attribuables à un État et pouvant être considérés comme incompatibles avec le respect de ces droits ... – n'entraîneront pas tous nécessairement l'application de la disposition en question[174].

Mais cette considération n'est pas reflétée dans le texte du paragraphe 2 *e* (iii). On n'a pas davantage tenté (par exemple en se référant à la notion de violations graves ou systématiques) d'établir une distinction entre les cas dans lesquels tous les États sont lésés et ceux dans lesquels c'est le bénéficiaire individuel d'un droit de l'homme qui est lésé et où les États parties à un instrument relatif aux droits de l'homme ont un intérêt général à ce qu'ils soient respectés.

87. Même dans le cas de violations graves ou systématiques attestées des droits de l'homme, on estime qu'il conviendrait d'établir une distinction entre les droits des victimes et la réaction des États. Si on ne le faisait pas, le paragraphe 2 *e* (iii) de l'article 40 aurait pour effet de transformer les droits de l'homme en droits des États, ce qui ne paraît pas se justifier s'agissant tant de violations systématiques que de violations ponctuelles. On pourrait peut-être penser que des États tiers ont des droits plus étendus pour intervenir ou pour réagir face à des violations systématiques des droits de l'homme qu'ils n'en auraient dans des cas de violations ponctuelles, encore que les Pactes internationaux de 1966 ne le disent pas[175]. Mais même si tel était le cas, les droits considérés conserveraient le même caractère. Les États concernés peuvent bien représenter les victimes, mais ils ne doivent pas être identifiés avec elles et ils ne deviennent pas les détenteurs de ces droits du fait qu'il est reconnu qu'ils ont juridiquement intérêt à ce que l'État auteur respecte ses obligations à l'égard des droits de l'homme.

88. Le paragraphe 2 *e* (iii) amène également à se demander pourquoi les droits de l'homme constitueraient une catégorie spéciale de droits devant faire l'objet d'un traitement particulier. Selon le commentaire :

> Les intérêts que protègent ces dispositions [relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales] ne sont pas des intérêts propres à tel ou tel État, d'où la nécessité de considérer d'emblée comme État lésé tout État partie à la convention multilatérale ou lié par la règle de droit coutumier dont il s'agit[176].

Mais le seul fait que les obligations contractées en matière de droits de l'homme en vertu de traités multilatéraux ou du droit international général ne sont pas des intérêts « propres » à tel ou tel État n'entraîne pas nécessairement que tous les États concernés doivent être considérés comme États lésés, et certainement pas « d'emblée ». En outre, les obligations en matière de droits de l'homme ne constituent pas la seule catégorie d'obligations internationales dont le respect ne concernerait pas qu'un État déterminé, considéré individuellement. Cela est vrai également de certaines obligations dans d'autres domaines, s'agissant par exemple du développement des ressources humaines, du patrimoine commun de l'humanité et de la protection de l'environnement, qui auraient pu également être mentionnées à l'article 40.

89. Ce que les obligations en matière de droits de l'homme pourraient avoir de particulier, par comparaison avec ces autres obligations, tient à ce que leur formulation fait précisément référence aux droits des individus, alors que, par exemple, les instruments internationaux concernant la protection de l'environnement ne mentionnent que les obligations des États. À l'inverse, les règles du droit international concernant le traitement des étrangers, s'agissant de la protection diplomatique, ont été formulées délibérément en termes de droits des États, comme l'a souligné la CPJI dans l'affaire des *Concessions*

(Suite de la note 170.)

action devant la Cour : voir, par exemple, *C.I.J. Recueil 1966*, par. 16, p. 23. La Cour a abouti à cette décision par une interprétation restrictive de la clause compromissoire. En tout état de cause, la décision a été fortement critiquée et doit maintenant être lue à la lumière de l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (voir *supra* la note 164), p. 32 et 33.

[171] Il y a certainement des cas (par exemple les articles 45 et 48 de la Convention européenne des droits de l'homme, ou la disposition concernant l'État successeur, art. 33 du Protocole nº 11 de la Convention), dans lesquels il a été reconnu qu'il y avait un intérêt général, sans pour autant mettre sur le même pied les droits des États qui engagent une action avec les droits substantifs qu'ils cherchent à protéger.

[172] Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, *Light and Power Company*, *Limited*, la Cour a noté que « la responsabilité est le corollaire nécessaire du droit » [*C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 164), par. 36, p. 33]. Mais elle l'a fait après avoir d'abord établi une distinction entre les droits des États vis-à-vis d'autres États (par exemple dans le domaine de la protection diplomatique) et les obligations *erga omnes* que tous les États ont un « intérêt juridique » à protéger. Elle n'a pas dit que les seuls cas de responsabilité étaient les cas dans lesquels il y avait eu violation des droits individuels de l'État.

[173] Tel qu'il est libellé, le paragraphe 2 *e* (iii) vise tout « droit créé ... ou ... reconnu pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Il est étrange de parler d'un droit reconnu pour la protection d'un droit : bien qu'il semble qu'il n'y ait là qu'un problème de rédaction, on est amené à se poser des questions quant à la portée de ce sous-paragraphe.

[174] *Annuaire… 1985*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 5 [actuel article 40], par. 22, p. 27.

[175] Les règles régissant la recevabilité des plaintes inter-États pour violations systématiques des droits de l'homme diffèrent de celles concernant la recevabilité des plaintes pour violations ponctuelles de ces droits; voir par exemple le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, *Cour européenne des droits de l'homme*, *série A*, *nº 25*, *arrêt du 18 janvier 1978*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1978, par. 159, p. 64.

[176] *Annuaire… 1985*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 5 [actuel article 40], par. 20, p. 26.

Mavrommatis en Palestine[177]. L'emploi, depuis 1948, d'un langage particulier aux droits de l'homme dans la Charte et dans les textes concernant ces droits a entraîné des changements mûrement pesés et cohérents dans la terminologie. Cela a certainement une signification juridique. Mais cela ne justifie pas que l'on considère « d'emblée » les obligations en matière de droits de l'homme comme « propres » aux États.

iii) *Autres cas dans lesquels un État est lésé du fait de l'existence de relations juridiques multilatérales*

90. Indépendamment des « crimes internationaux », deux autres cas de reconnaissance de droits multilatéraux sont mentionnés à l'article 40. Mais il n'y est pas fait mention d'un autre cas qui demande également à être examiné.

a. Obligations intégrales

91. Conformément au paragraphe 2 *e* (ii) de l'article 40, chaque État partie à un traité multilatéral ou lié par une règle du droit international général est lésé en cas de violation d'une obligation « intégrale »[178]. Cette violation est définie comme une atteinte à un droit qui affecte « nécessairement la jouissance de droits ou l'exécution d'obligations d'autres États parties ». Le commentaire se borne à dire que ce paragraphe 2 *e* (ii)

> traite d'une situation de fait que la Convention de Vienne sur le droit des traités reconnaît également comme spéciale pour ce qui est des traités multilatéraux [voir par exemple l'article 41, par. 1, al. *b*, i, et l'article 58, par. 1, al. *b*, i, et, dans un contexte et avec un libellé quelque peu différents, l'article 60, par. 2, al. *c*][179].

Mais des trois dispositions de la Convention de Vienne de 1969 mentionnées dans le commentaire[180], seul l'article 60, paragraphe 2 *c*, traite effectivement des questions qui sont apparentées à la responsabilité[181]. Le paragraphe 2 *c* de l'article 60 traite de tout traité qui présente un caractère tel qu'une violation de ses dispositions par une partie modifie radicalement la situation de chacune des autres parties pour ce qui est du respect ultérieur de ses obligations. Cette disposition est plus restrictive que le projet d'article 40, par. 2 *e* (ii). En appliquant a priori un critère déterminant l'effet produit sur les autres États, cet article s'applique au traité dans son ensemble et non à l'obligation particulière qui n'a pas été respectée. On peut sans doute expliquer cette différence par la différence de contexte. La Convention de Vienne de 1969 concerne l'instrument que constitue le traité dans son ensemble, tandis que le projet d'articles ne concerne que certaines obligations. Il ne semble par conséquent pas que l'on doive avoir des difficultés à transposer la notion d'obligations intégrales au droit concernant la responsabilité des États et, inversement, à considérer chaque État comme un État individuellement lésé par le non-respect d'une obligation intégrale.

b. Obligations *erga omnes partes*

92. En outre, l'article 40, paragraphe 2 *f*, définit comme États lésés tous les autres États parties à un traité multilatéral lorsqu'il est établi que le droit [auquel il a été porté atteinte] a été expressément énoncé dans le traité pour la protection des intérêts collectifs des États parties. On peut parler à ce sujet d'obligations *erga omnes partes.* Il s'agit d'obligations dont il est de l'intérêt collectif de tous les États parties – intérêt collectif qui prime tout intérêt individuel qui pourrait être en cause dans un cas donné – qu'elles soient respectées. Le commentaire donne en exemple « la notion de "patrimoine commun de l'humanité" récemment appliquée aux ressources minérales de la zone du fond des mers et des océans, ainsi que de leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale »[182]. Cela semble indiquer que l'exigence de

---

[177] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, *arrêt n° 2*, *C.P.J.I., série A*, *n° 2*, 1924, p. 12. Le même principe est affirmé par la CIJ dans l'affaire des *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, *avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 183; et également affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company*, *Limited* (voir *supra* la note 164), p. 32 et 33.

[178] La notion d'obligations « intégrales » a été développée par sir Gerald Fitzmaurice en sa qualité de Rapporteur spécial sur le droit des traités; voir *Annuaire... 1957*, vol. II, doc. A/CN.4/107, par. 124, p. 61, et, également, Sachariew, loc. cit., p. 281.

[179] *Annuaire… 1985*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 5 [actuel article 40], par. 19, p. 26; voir *supra* la note 133, p. 35.

[180] L'article 41, par. 1 *b*, traite de la modification *inter se* d'un traité multilatéral par seulement quelques-unes des parties au traité. Une telle modification est autorisée si elle n'est pas interdite par le traité et si elle ne porte pas atteinte à la jouissance par les autres parties des droits qui leur sont reconnus en vertu du traité ou à l'exécution de leurs obligations. C'est le fait que la modification considérée a ou non une incidence sur la situation des autres parties à la Convention qui déterminera ici le critère d'admissibilité. Ce n'est pas un critère a priori et il n'est pas limité aux modifications qui se répercutent nécessairement sur les autres parties. Mais il vaut pour les modifications qui ont effectivement pour elles des incidences dans le cas considéré. Ces modifications ne doivent pas nécessairement se répercuter sur toutes les autres parties : le critère ne s'appliquerait pas à une modification qui ne concernerait que quelques-unes ou que l'une d'entre elles.

L'article 58, par. 1 *b*, traite de la suspension de l'application d'un traité multilatéral entre seulement certaines des parties au traité : il applique dûment le même critère que celui de l'article 41 de la Convention de Vienne pour les modifications *inter se.*

[181] L'article 60, par. 2 (ancien article 57), stipule ce qui suit :

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

a) Les autres parties, agissant par accord unanime, à suspendre l'application du traité en totalité ou en partie ou à mettre fin à celui-ci :

i) Soit dans les relations entre elle-même et l'État auteur de la violation;

ii) Soit entre toutes les parties;

b) Une partie spécialement atteinte par la violation à invoquer celle-ci comme motif de suspension de l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et l'État auteur de la violation;

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

Ces dispositions sont sous réserve de toute disposition contraire dans le traité lui-même [art. 60, par. 4], et ne s'appliquent pas dans certains cas, notamment dans le cas des traités de caractère humanitaire qui doivent rester intégralement en vigueur indépendamment des violations [art. 60, par. 5]. L'expression « spécialement atteinte » n'est pas définie, et le commentaire de l'article 60 ne va pas chercher plus loin. Voir *Annuaire... 1966,* vol. II, doc. A/6309/Rev.1, par. 7, p. 277 et 278. Dans son avis consultatif du 21 juin 1971 concernant la Namibie, la CIJ a exprimé l'opinion que l'article 60 était à tous égards essentiellement déclaratoire du droit international existant; voir *C.I.J. Recueil 1971*, par. 94, p. 46 et 47.

[182] *Annuaire… 1985*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 5 [actuel article 40], par. 23, p. 27.

stipulation expresse doit être interprétée avec une certaine souplesse. Néanmoins, il est noté dans le commentaire que « au stade actuel de développement de la communauté internationale dans son ensemble, la notion d'intérêt collectif des États n'est encore que partiellement reconnue ou consacrée » et d'application toujours limitée, puisqu'elle ne s'applique d'abord qu'à des dispositions expresses et, ensuite, qu'aux seules dispositions expresses de traités multilatéraux[183]. On notera à ce sujet deux choses. Premièrement, il existe une multiplicité de traités multilatéraux modernes visant à faire valoir des intérêts collectifs et le fait d'exiger une stipulation expresse de ces dispositions semble donc trop restrictif. Deuxièmement, le projet d'articles part du principe que les obligations contractées en vertu de traités et en vertu du droit international général doivent être considérées comme équivalentes[184], et il se peut tout à fait que les principes du droit international général soient parallèles aux dispositions d'un traité multilatéral qu'ils renforceront dans l'intérêt public. En outre, rien ne justifie que l'on restreigne la notion de « protection des intérêts collectifs » aux intérêts collectifs étroitement conçus des États. Les traités relatifs aux droits de l'homme sont bien évidemment « même si cela n'est pas toujours explicite » conçus pour protéger un intérêt général collectif. Il vaut mieux par conséquent considérer le paragraphe 2 *e* iii comme apparenté à l'article 2 *f*[185].

c. États spécialement atteints

93. Tout en reconnaissant la possibilité que tous les États, ou un large groupe d'États, puissent avoir un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation, l'article 40, paragraphe 2, ne considère manifestement pas le cas d'un État « spécialement atteint » par une violation. À cet égard, il ne suit pas le raisonnement logique qui est celui de l'article 62 de la Convention de Vienne de 1969. Il serait curieux qu'un État spécialement atteint par une violation soit autorisé à suspendre l'obligation sous-jacente sans être autorisé à insister sur l'exécution de cette obligation. En fait, la suspension de l'obligation peut effectivement présenter un certain intérêt dans la mesure où l'État auteur de la violation est concerné. Même si elle ne libère pas cet État des obligations secondaires auxquelles il serait déjà tenu[186], elle aura pour effet de le libérer de toute obligation de cessation du comportement incriminé (dans la mesure où sont concernées les relations avec l'État qui décide de la suspension), et de toutes les conséquences juridiques de ce qui constituerait autrement la persistance d'un comportement illicite. La suspension des relations convenues par traité ne saurait se substituer à un régime approprié eu égard à la responsabilité de l'État.

iv) *Conséquences de l'identification de multiples « États lésés »*

94. Au regard de l'article 40, tous les « États lésés » sont apparemment traités exactement de la même manière. Chaque État lésé par un fait internationalement illicite est autorisé à en exiger la cessation, à demander réparation[187] et à prendre des contre-mesures si la cessation n'intervient pas et s'il n'obtient pas réparation[188]. Un État au droit duquel il a été porté atteinte est autorisé à élever une protestation, insister sur la restitution ou, « même alors que la restitution est possible », décider qu'il préfère être indemnisé. Il peut revendiquer avec insistance son droit ou décider, suivant les circonstances, de ne pas le faire et de ne pas tenir compte de la violation. Mais la situation est différente lorsque l'obligation a un caractère multilatéral. Par exemple, le bénéficiaire particulier d'une obligation substantielle (par exemple l'individu dont les droits ont été violés contrairement à une obligation relative aux droits de l'homme, le peuple qui s'est vu dénier le droit à l'autodétermination ou même l'État effectivement atteint par le non-respect d'une obligation *erga omnes*) peut à juste titre préférer l'indemnisation à la restitution. De quel droit d'autres pourraient-ils, même s'ils ont un intérêt juridique reconnu à l'exécution de l'obligation, s'opposer à ce qu'il en soit ainsi ?

95. Là encore, il y a contradiction avec l'article 60, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969, qui a le plus grand mal à définir les mesures que les États « spécialement atteints » ou « intégralement atteints » peuvent prendre à rencontre de l'État responsable. Ces mesures concernent seulement les relations de l'État atteint vis-à-vis de l'État responsable, et n'autorisent que la suspension de l'application du traité. Des mesures plus radicales exigeraient l'accord unanime de tous les autres États parties.

v) *Conclusion concernant l'article 40*

96. Ainsi qu'il ressort de ce qui précède, les aspects de l'article qui concernent les obligations multilatérales, y compris les obligations *erga omnes*, n'ont jamais été examinés de façon approfondie. La Commission, en particulier, ne s'est jamais préoccupée de revenir sur la définition à la lumière des conséquences dont traite plus loin la deuxième partie. Le Rapporteur spécial estime que bien des critiques dont l'article 40 a fait l'objet de la part des membres de la Commission au moment de sa rédaction, de la part des gouvernements depuis son adoption, ainsi que de celles qui apparaissent dans la littérature, sont justifiées. L'article 40 est insatisfaisant à plusieurs égards :

a) En ce qu'il convertit prématurément le langage employé en matière d'obligations (notion clef dans la première partie) en langage employé en matière de droits;

b) En ce qu'il assume apparemment que toutes les relations de responsabilité doivent être assimilées aux relations bilatérales classiques droits-obligations (hypothèse contredite par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona*

[183] Ibid., par. 24. Toutefois, cette interprétation « ne saurait exclure le développement de règles coutumières de droit international allant dans le même sens » (ibid., par. 25).

[184] Voir le projet d'article 16, tel qu'il a été adopté par le Comité de rédaction, *Annuaire… 1999*, vol. I, 2605e séance, par. 4, p. 291; et le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 8), par. 16 à 26, p. 14 à 16.

[185] D'une manière générale, les obligations relatives aux droits de l'homme sont soit des obligations *erga omnes partes,* soit des obligations *erga omnes,* en fonction de leur universalité et de leur signification.

[186] Cf. Convention de Vienne de 1969, art. 72, par. 1.

[187] Voir art. 41 et 42.

[188] Voir art. 47. La seule qualification (indirecte) est mentionnée à l'article 49, qui stipule que les contre-mesures « ne doivent pas être hors de proportion avec le degré de gravité du fait internationalement illicite ou ses effets sur l'État lésé ».

Traction, Light and Power Company, Limited)[189], ou en ce qu'il ne réussit pas à expliciter en quoi les relations de responsabilité multilatérales diffèrent des relations bilatérales;

c) En ce qu'il met sur le même plan toutes les catégories d'États lésés, qui ont tous apparemment individuellement les mêmes droits;

d) Plus particulièrement, en ce qu'il n'établit pas de distinction entre les États « spécialement atteints » par une violation d'une obligation multilatérale et les États qui ne le sont pas dans la même mesure[190];

e) En ce qu'il traite de façon désordonnée des obligations multilatérales (par exemple, sans expliquer la distinction entre les obligations découlant de traités et les autres obligations, en partant de l'hypothèse injustifiée que les régimes d'intérêt collectif ne peuvent être créés que par des traités multilatéraux conformément à des stipulations expresses, et en considérant à part les droits de l'homme auxquels est accordé un traitement spécial dans des termes vagues et abusivement larges qui sont en contradiction avec d'autres dispositions de la définition ou les outrepassent);

f) En ce que le libellé prolixe et redondant du paragraphe 2 masque le point essentiel sur lequel porte le paragraphe 1.

Tel qu'il se présente, il est douteux que l'article 40 offre une base adéquate pour la codification et le développement progressif des conséquences juridiques de la responsabilité des États.

c) *Options pour la reformulation de l'article 40*

97. En droit international moderne, l'idée fondamentale de préjudice et de réparation a été énoncée par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. La Cour avait en effet établi une distinction entre les droits découlant d'un contexte bilatéral (celui de la protection diplomatique) et les intérêts juridiques de la communauté internationale s'agissant de certaines obligations essentielles. Le passage primordial de son avis est ainsi libellé :

> Une distinction essentielle doit être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes.*
>
> [...]
>
> Les obligations dont la protection diplomatique a pour objet d'assurer le respect n'entrent pas dans la même catégorie. En effet, si l'on considère l'une d'elles en particulier dans un cas déterminé, on ne saurait dire que les États aient tous un intérêt juridique à ce qu'elles soient respectées. Un État ne peut présenter une demande de réparation du fait de la violation de l'une de ces obligations avant d'avoir établi qu'il en a le droit[191].

La distinction entre les droits des États et les intérêts juridiques de plusieurs États ou de tous les États est très clairement établie. En outre, cette « distinction essentielle » revêtait une importance dans cette affaire. Si des ressortissants belges sont actionnaires de la société canadienne (et à ce titre on pourrait penser que la Belgique est « particulièrement touchée » par l'action de l'Espagne), dans le cas d'espèce l'Espagne n'avait d'obligation qu'envers le Canada, l'État de nationalité de la société, la Belgique n'ayant par conséquent pas le droit d'invoquer la responsabilité[192]. On peut donc déduire de ce passage que si une obligation *erga omnes* avait été en cause, le résultat aurait été différent.

98. Si une distinction essentielle est établie aux fins de la responsabilité des États entre les violations des obligations bilatérales et les violations des obligations multilatérales, en particulier les obligations *erga omnes*, il est nécessaire de les traiter séparément dans tout examen de l'article 40.

i) *L'article 40 et les obligations bilatérales*

99. Une obligation bilatérale internationale ne lie que deux parties (l'obligataire et l'obligé). Il est possible que l'une de ces parties, l'obligé, ne soit pas un État; elle pourrait être une organisation internationale ou toute autre « entité sujette » au droit international. Si la première partie du texte a un caractère général car elle traite des obligations des États, la deuxième partie ne traite pas de tous les droits secondaires et réponses recevables de personnes ou groupes qui ne sont pas des États. Il y a donc une disparité entre le champ d'application de la première partie et celui de la deuxième partie mais, comme indiqué plus haut[193], on ne peut toutefois pas limiter le champ d'application de la première partie. On pourrait néanmoins insérer une clause de sauvegarde dans la deuxième partie pour indiquer que le champ d'application de cette partie est différent et pour éviter toute déduction qui pourrait être faite, *a contrario,* du traitement détaillé des États en qualité d'obligés dans la deuxième partie et dans la deuxième partie *bis.* La disposition ci-après est proposée :

> « Cette [partie] est sans préjudice des droits découlant d'un fait internationalement illicite d'un État qui sont reconnus à toute personne physique ou morale autre qu'un État. »

100. Dans le cas d'une obligation strictement bilatérale, comme c'est le cas entre un État et un autre, le premier point à relever est que les obligations bilatérales peuvent émaner de diverses sources, notamment le droit international général, les traités bilatéraux ou multilatéraux ou les actes unilatéraux. Par exemple, il semble que les relations juridiques découlant de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (et les règles équivalentes du droit international général) ont essentiellement un caractère bilatéral. Ces dispositions créent des obligations entre un État accréditant donné et un État accréditaire donné. Il en est de même des règles et normes du droit international général régissant la protection diplomatique, comme

[189] Voir *supra* la note 164.

[190] Cf. Convention de Vienne de 1969, art. 60, par. 2 *b*.

[191] *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 164), par. 33 à 35, p. 32.

[192] La Cour a noté l'existence de cas exceptionnels où un État autre que l'État de nationalité aurait ce droit (*C.I.J. Recueil 1970,* p. 38 à 40). Dans ce cas, l'Espagne aurait eu des obligations bilatérales parallèles envers différents États, chacun pouvant exercer individuellement les « droits corrélatifs de protection ».

[193] Voir *supra* le paragraphe 7.

la Cour l'a clairement indiqué dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (voir *supra* le paragraphe 97).

101. Toutefois, aux fins des projets d'article, il n'est tout simplement pas nécessaire de préciser les cas où les traités multilatéraux ou les règles du droit international créent des obligations bilatérales; le faire serait contraire à la distinction clairement établie entre les obligations primaires et secondaires sur laquelle se fondent les projets d'articles. Ceux-ci n'ont pas pour fonction de préciser la forme ou le contenu de chaque obligation primaire. Il suffit donc, dans le cas d'espèce, de reconnaître l'existence des obligations multilatérales et bilatérales et de laisser à d'autres instances le soin d'établir cette distinction.

102. Cela étant, le traitement des obligations bilatérales est une question relativement simple. Dans le cas de ces obligations :

a) Seul l'État obligé est « lésé » par une violation;

b) Cet État peut valablement accepter un comportement qui en d'autres circonstances serait une violation[194] ou renoncer aux conséquences qui en découlent;

c) Cet État peut choisir une indemnisation plutôt qu'une restitution, ou peut accepter des assurances données concernant l'avenir au lieu de toute autre forme de réparation;

d) Cet État peut prendre des contre-mesures face à la violation, sous réserve des conditions générales régissant les contre-mesures prévues dans les projets d'articles.

103. Dans le libellé de l'alinéa 2 de l'actuel article 40, pas moins de quatre paragraphes sont consacrés à des situations portant essentiellement sur des obligations bilatérales. Il s'agit des paragraphes *a* à *d*[195]. On estime que cette énumération n'est ni nécessaire ni souhaitable. Les projets d'article n'ont pas pour fonction d'indiquer dans quelles circonstances un État est le (seul) bénéficiaire ou obligé d'une obligation internationale car cela dépend des conditions et de l'interprétation de l'obligation. On peut incorporer toutes les situations « bilatérales » visées à l'alinéa 2 de l'article 40 dans un paragraphe simplement libellé comme suit :

> « Aux fins des présents projets d'article, un État est lésé par un fait internationalement illicite d'un autre État si l'obligation à laquelle il est porté atteinte lui est due [à titre individuel]. »

L'expression « à titre individuel » soulève évidemment une question. D'une part, il semble utile de faire une distinction entre le cas des obligations existant collectivement envers un groupe d'États ou l'ensemble de la communauté internationale. D'autre part, cela ne devrait pas occulter la possibilité que l'État A peut en même temps avoir la même obligation sur le plan bilatéral (ou plutôt une obligation de même nature) envers un ou plusieurs États tiers. Par exemple, un État accréditaire peut avoir des obligations identiques envers un grand nombre d'États accréditants en matière d'immunité diplomatique ou consulaire. Toutefois, la possibilité d'obligations bilatérales identiques et parallèles d'un État envers d'autres peut être précisée dans le commentaire; par conséquent, l'expression « à titre individuel » pourrait être retenue.

104. On peut faire objection à l'idée que tous les États aient un intérêt d'ordre général à ce que le droit international soit respecté et que les institutions et arrangements, notamment l'immunité diplomatique, qui se sont consolidés au fil des ans soient maintenus. Comme l'a indiqué la CIJ dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, après avoir relevé le « caractère fondamentalement illicite » du comportement de la République islamique d'Iran du fait de sa participation à la détention du personnel diplomatique et consulaire :

> En rappelant donc à nouveau l'extrême importance des principes de droit dont elle est amenée à faire application en la présente affaire, la Cour croit de son devoir d'attirer l'attention de la communauté internationale tout entière, y compris l'Iran, qui en est membre depuis des temps immémoriaux, sur le danger peut-être irréparable d'événements comme ceux qui ont été soumis à la Cour. Ces événements ne peuvent que saper à la base un édifice juridique patiemment construit par l'humanité au cours des siècles, et dont la sauvegarde est essentielle pour la sécurité et le bien-être d'une communauté internationale aussi complexe que celle d'aujourd'hui, qui a plus que jamais besoin du respect constant et scrupuleux des règles présidant au développement ordonné des relations entre ses membres[196].

On peut donc dire que même si certaines obligations sont bilatérales, il faut, d'une façon ou d'une autre, reconnaître l'intérêt plus général des États à ce que le droit international soit respecté. Cependant, en dehors des obligations « intégrales » ou obligations *erga omnes partes*, comme indiqué plus haut, il n'est pas sûr que les États aient un droit ou même un intérêt juridique protégé, aux fins de la responsabilité des États, dans les relations juridiques d'États tiers *inter se.*

105. Une dose de solidarité peut évidemment être introduite même dans des contextes purement bilatéraux. Dans la pratique diplomatique, il arrive que des États tiers remarquent un manquement évident et qu'ils fassent part de leur préoccupation à l'État responsable. Il semble toutefois qu'un État tiers ne peut s'en prévaloir pour invoquer la responsabilité d'État et qu'il n'y a pas lieu de réglementer cette démarche dans les projets d'articles. Il suffirait que le commentaire indique que la définition de l'expression « État lésé » a trait à l'invocation de la responsabilité et n'a aucune incidence sur les simples démarches diplomatiques auprès d'États tiers tendant à faire part de préoccupations ou à contribuer au règlement de différends[197].

---

[194] Voir le projet d'article 29 (tel qu'adopté par le Comité de rédaction), *Annuaire… 1999*, vol. I, 2605e séance, par. 4, p. 291; et le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 8), par. 232 à 243, p. 66 à 70.

[195] Voir *supra* le paragraphe 73.

[196] *C.I.J. Recueil 1980* (voir *supra* la note 65), par. 92, p. 42 et 43.

[197] L'expression « simples démarches diplomatiques » est tirée de l'article 27 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États de 1965. Le contexte en cause (quoique bilatéral) est différent : l'État concerné, qui a renoncé à son droit à la protection diplomatique au titre de l'alinéa i de l'article 27, a néanmoins un intérêt à faciliter le règlement du différend. Cependant, le libellé semble également convenir à la situation des États tiers.

ii) *L'article 40 et les obligations multilatérales*

a. Types d'obligations multilatérales

106. Le principal problème posé par la délimitation de la notion d'« État lésé » aux fins de la responsabilité porte évidement sur les obligations multilatérales. Ces obligations n'existent pas individuellement envers un État donné mais collectivement envers un groupe d'États, voire envers l'ensemble de la communauté internationale. Là encore, il n'est pas nécessaire d'indiquer quelles obligations particulières sont multilatérales. Il suffit d'affirmer que cette catégorie existe. Toutefois, il serait utile de reconnaître l'existence d'autres sous-catégories ou types d'obligations multilatérales. On pourrait faire la distinction entre trois cas :

a) *Obligations envers l'ensemble de la communauté internationale (erga omnes)*. Le premier cas est celui d'une obligation envers l'ensemble de la communauté internationale, la conséquence étant que tous les États du monde ont un intérêt juridique à honorer cette obligation. C'est l'obligation *erga omnes*, que la CIJ a mentionnée dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*[198]. On peut déduire du fait que la Cour ait mentionné l'ensemble de la communauté internationale et des exemples qu'elle a donnés que les obligations *erga omnes* sont essentiellement des obligations d'ordre général auxquelles on ne peut se déroger, qui résultent soit directement du droit international général, soit des traités multilatéraux généralement acceptés (par exemple dans le domaine des droits de l'homme). Elles sont pratiquement aussi étendues que les obligations absolues (résultant des normes de *jus cogens*). En effet, si une obligation particulière peut être rejetée ou supplantée comme c'est le cas entre deux États, il est difficile de voir comment cette obligation existe envers l'ensemble de la communauté internationale;

b) *Obligations envers toutes les parties à un régime particulier* (erga omnes partes). Le deuxième cas est celui du régime international pour lequel tous les États parties ont un intérêt juridique commun à ce qu'il soit maintenu et appliqué. Il s'agit des obligations *erga omnes partes*. Elles comprennent en particulier les obligations qui, dans leur libellé, ont trait aux questions d'intérêt commun des parties (ou à ce qui les sous-tend nécessairement)[199]. On trouve des exemples de ces obligations dans les domaines de l'environnement (notamment en ce qui concerne la diversité biologique et le réchauffement de la planète) et du désarmement (par exemple un traité régional instituant une zone dénucléarisée ou un traité interdisant les essais nucléaires). Dans ces cas, bien qu'il soit concevable qu'un ou quelques États puissent être particulièrement affectés par la violation, cela est peu probable et, en tout état de cause, sans préjudice de l'intérêt général dans l'objet que partagent collectivement les États parties. En principe, il n'y a pas de raisons d'exclure de la portée des obligations *erga omnes partes* les obligations découlant du droit international général[200]. Il n'y a pas non plus de raisons de demander que les régimes institués par les traités multilatéraux reconnaissent expressément l'intérêt collectif. Il suffit qu'ils le reconnaissent dans l'interprétation des dispositions en cause. Ainsi, par exemple, on pourrait y inclure les obligations découlant d'un traité régional sur les droits de l'homme, où tous les États parties ont un intérêt juridique reconnu à ce qu'il soit respecté[201]. Entre dans cette catégorie le cas cité dans les sous-alinéas *e* et *f* de l'alinéa 2 de l'article 40;

c) *Obligations auxquelles certains ou plusieurs États sont parties mais pour lesquelles les États ou groupes d'États particuliers sont reconnus comme ayant un intérêt juridique.* Dans les cas d'obligations multilatérales, qu'il s'agisse d'obligations *erga omnes* ou non, il est possible que des États ou sous-groupes d'États particuliers aient un intérêt juridique particulier à ce qu'elles soient respectées. D'abord, l'existence d'un intérêt juridique relève de l'interprétation ou de l'application des règles essentielles pertinentes. Cependant, on peut raisonnablement déduire de l'alinéa 2 *b* qu'un « État spécialement atteint » par la violation d'une obligation multilatérale devrait être autorisé à invoquer la responsabilité de l'État concerné dans cette violation.

Il convient de souligner encore une fois que ces sous-catégories ne s'excluent pas mutuellement en ce sens qu'un État peut être directement ou spécialement atteint par la violation d'une obligation *erga omnes* (par exemple la victime d'une attaque armée illégale) ou d'une obligation *erga omnes partes* (par exemple l'État dont le navire a été privé du droit de passage dans une voie d'eau internationale). Par conséquent, la même violation peut « léser » un État – porter atteinte à ses intérêts juridiques – de différentes manières.

107. On trouvera au tableau 1 ci-dessous un récapitulatif de la situation aux fins de l'article 40 ou d'un article équivalent.

---

[198] Voir *supra* le paragraphe 97.

[199] Les obligations intégrales telles que définies au paragraphe 2 *c* de l'article 60 sont une sous-catégorie d'obligations *erga omnes partes.* Dans le cas d'une obligation intégrale, tout manquement porte atteinte à la situation de tous les autres États parties d'une manière qui justifie que chaque partie soit traitée comme étant individuellement lésée.

[200] Voir *supra* le paragraphe 92.

[201] Par exemple, le droit de passage par le canal de Kiel qui a été l'objet d'un différend dans l'affaire du *Vapeur « Wimbledon » (France et al. c. Allemagne)*, *arrêts*, *1923*, *C.P.J.I., série A*, nº 1.

TABLEAU 1

États autorisés à invoquer la responsabilité en matière d'obligations multilatérales

Catégorie d'obligations multilatérales	*États autorisés à invoquer la responsabilité*	*Champ d'application*
Obligation *erga omnes*	Tous les États	Obligations *erga omnes* appliquées selon les explications données par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*
Obligation *erga omnes partes*	Tous les États parties	Régimes juridiques où tous les États parties ont un intérêt général, y compris en particulier les obligations intégrales [voir art. 40, par. 2 *e* ii et iii; et *f*]
Obligation multilatérale d'ordre général	Sauf disposition contraire, tout État « spécialement atteint par la violation » ou considéré comme ayant un « intérêt particulier »	Toutes les obligations à caractère multilatéral et auxquelles un État spécialement atteint est partie; ne s'appliquent pas aux contextes juridiques (par exemple la protection diplomatique) reconnus comme relevant spécialement des relations entre des États *inter se*

Le schéma ne tient pas compte du concept qui était censé transparaître dans l'article 19 et qui pourrait être qualifié de violation manifeste d'une obligation *erga omnes*. Toutefois, aux fins de l'article 40 ou de tout article équivalent, ce concept n'est pas nécessaire[202]. Tous les États sont déjà autorisés à invoquer la responsabilité en cas de violation d'une obligation *erga omnes*, et *à cette fin* il n'y a pas lieu d'exiger en plus que la violation soit « flagrante », « systématique » ou « manifeste ». Il se pose toutefois la question de savoir si cette exigence est nécessaire eu égard aux *conséquences* de la responsabilité, question qui sera examinée ci-dessous[203].

b. Réactions acceptables des « États lésés »

108. Il ressort clairement de ce qui précède qu'il faut établir une distinction entre la victime première de la violation d'une obligation multilatérale et les autres États parties à l'obligation, qui peuvent avoir juridiquement intérêt à ce qu'elle soit respectée. Il est vrai que certaines obligations multilatérales ne créent pas nécessairement de débiteur ou de créancier particulier. Tel est probablement le cas, par exemple, de l'obligation qui incombe aux États parties de ne pas émettre de quantités excessives de chlorofluorocarbones dans l'atmosphère[204], parce qu'elle est purement solidaire et que le lien entre sa violation ici ou là et son impact dans tel ou tel État partie ne peut être démontré. D'autres obligations multilatérales, en revanche, créent manifestement un débiteur premier. Ainsi, l'autodétermination est au premier chef un droit des populations concernées mais elle est aussi une obligation *erga omnes* pour les États, en particulier ceux qui administrent des territoires non autonomes[205]. L'obligation de ne pas porter atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique d'un autre État par la force est aussi une obligation *erga omnes*, l'État contre lequel la force armée est employée étant en l'occurrence une victime particulière. On pourrait citer d'autres exemples d'obligations faisant ou non d'un État un débiteur premier.

109. Lorsqu'un État est victime de la violation d'une obligation, la situation des États « intéressés » doit, dans une certaine mesure, être considérée comme accessoire ou secondaire. Ainsi, si l'État victime donne un consentement valable à un comportement constitutif d'une violation d'une obligation multilatérale, il en exclut l'illicéité[206]. Les autres États ayant juridiquement intérêt à ce que l'obligation soit respectée, ils se préoccupent légitimement de savoir si le consentement est valable (c'est-à-dire accordé sans contrainte ou indépendamment d'autres facteurs de nature à l'invalider) mais leur consentement n'exclurait pas l'illicéité du comportement susmentionné, pas plus que le consentement de l'Éthiopie et du Libéria n'aurait pu exclure l'illicéité du comportement de l'Afrique du Sud vis-à-vis du peuple du territoire sous mandat. De même, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ a fait observer qu'un État tiers ne pouvait prendre de mesures de légitime défense collective qu'à la demande de la victime (l'État soumis à l'attaque armée)[207]. Cela étant, les règles relatives à l'emploi de la force entraînent des obligations *erga omnes*, ce qui donne à penser qu'il y a lieu d'établir une distinction entre l'État victime de la violation d'une obligation multilatérale et les États non victimes qui ont juridiquement intérêt à ce que l'obligation soit respectée parce qu'ils en sont aussi les créanciers. Ces États n'ont pas les mêmes droits que l'État victime et le fait que ces droits soient considérés comme égaux dans la version actuelle de l'article 40 n'est pas satisfaisant.

110. Outre qu'il faut différencier les États habilités à s'appuyer sur une responsabilité multilatérale ou à l'invoquer, il y a peut-être lieu de distinguer entre les formes de mesures que peuvent prendre individuellement les États ayant juridiquement intérêt à ce que cette responsabilité soit exercée. C'est bien parce qu'un groupe

[202] Comme le fait observer la Suisse (voir *supra* le paragraphe 80).

[203] Voir *infra* le paragraphe 115.

[204] Voir la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone

[205] Comme l'a affirmé la CIJ dans l'affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *C.I.J. Recueil 1995*, par. 29, p. 102.

[206] Voir *supra* la note 194.

[207] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *fond*, *arrêt*, *C.I.J. Recueil 1986*, par. 199, p. 105.

d'États est juridiquement habilité à invoquer une responsabilité que l'on peut devoir être amené à différencier les formes sous lesquelles chacun d'eux peut prendre des mesures – la question étant de savoir comment y parvenir. Il est possible en effet, par exemple, qu'un État lésé préfère l'indemnisation à la restitution et un autre la restitution à l'indemnisation et qu'un troisième veuille adopter des contre-mesures – que la victime première de la violation de l'obligation souhaitera quant à elle éviter de prendre, de peur d'aggraver le conflit ou d'empêcher un règlement négocié. De nombreux gouvernements ont fait observer qu'un régime purement individuel et parallèle d'invocation de la responsabilité pouvait entraîner confusion et conflit[208].

111. Il est utile d'examiner les groupes d'États susceptibles d'être considérés comme « juridiquement intéressés » ou « lésés » conformément au tableau 1. L'État victime de la violation d'une obligation multilatérale devrait pouvoir exiger à la fois la cessation et la réparation de cette violation sous tous leurs aspects et prendre des contre-mesures proportionnées à la gravité de la violation s'il n'obtient pas gain de cause. Cet État devrait aussi être habilité valablement à choisir l'indemnisation plutôt que la restitution en espèces, par exemple dans les cas où la violation de l'obligation fait qu'il n'a plus intérêt à ce que celle-ci soit respectée à l'avenir. En effet, sa situation est alors assimilable à celle de l'État lésé dans un contexte bilatéral (l'État titulaire d'un droit subjectif), dans la mesure ou l'invocation de la responsabilité est concernée. Par analogie avec l'article 60, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969, les États « spécialement atteints » devraient aussi bénéficier d'un tel traitement : leur situation étant en effet particulièrement affectée par la violation d'une obligation internationale, il est raisonnable de les faire bénéficier de la même gamme de droits que les États victimes en matière de cessation et de réparation[209].

112. Dans la plupart des cas, seul un État ou quelques États sont lésés en ce sens, auquel cas les problèmes de coordination sont moins épineux que lorsqu'un grand nombre d'États, ou tous les États, sont réputés l'être. Il est suggéré de n'imposer à ces États aucune exigence de coordination ou d'action conjointe ou, du moins, de ne pas leur imposer davantage d'exigences qu'aux États spécialement atteints ou aux États créanciers d'une obligation intégrale, conformément à l'article 60, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969. Il peut être souhaitable qu'ils coordonnent leurs réactions mais dans la mesure où chacun d'eux est, par définition, lésé juridiquement et dans les faits, ils devraient être libres de réagir comme ils l'entendent à la violation.

113. La situation des États juridiquement intéressés par la violation d'une obligation *erga omnes* ou *erga omnes partes*, plus nombreux, donne lieu à des considérations quelque peu différentes. Tout d'abord, il semble que le fait de reconnaître à tous ces États le droit de protester contre un acte internationalement illicite et de demander qu'il y soit mis fin, s'il se poursuit, ne pose aucune difficulté ou ne suscite aucun risque de conflit. Telles sont, semble-t-il, les conséquences minimales d'un comportement considéré comme illicite sur le plan international. De plus, il semble approprié que tous ces États puissent exiger restitution, à supposer que celle-ci soit envisageable et que l'État qui est la victime première de l'acte illicite n'ait pas renoncé valablement à le faire. Cela dit, on ne peut affirmer avec certitude que ces États devraient pouvoir se faire indemniser ou prendre des contre-mesures simplement parce que l'on reconnaît qu'ils sont parties à l'obligation[210].

114. En particulier, on peut penser, par analogie avec les dispositions de l'article 60, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969 aussi bien qu'avec celles concernant la légitime défense collective, qu'il y aurait lieu d'instituer un régime de « contre-mesures collectives », dans les cas où les États agissent pour défendre un intérêt collectif plutôt que pour obtenir réparation à titre individuel. Aux termes de l'article 60, paragraphe 2, susmentionné, les États qui ne sont pas spécialement atteints par la violation d'un traité multilatéral (n'impliquant pas une obligation intégrale) ne peuvent prendre de mesures individuelles pour suspendre le traité ou y mettre fin; ils ne peuvent le faire que collectivement. Il y aura lieu d'examiner, relativement à la partie 2 *bis*, dans quelle mesure les États peuvent prendre des contre-mesures dans l'intérêt collectif. Dans la mesure où ils peuvent le faire, le principe de la proportionnalité devrait vraisemblablement s'appliquer collectivement à leurs mesures. Dans les cas où le débiteur premier est un État (et conformément à la démarche adoptée par la CIJ dans l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[211] en ce qui concerne la légitime défense collective), des contre-mesures ne peuvent être prises qu'à la demande de cet État. Ces dispositions contrastent avec celles de la partie 2, qui permettent à chaque État de prendre des contre-mesures dans l'intérêt collectif sans se soucier de la situation de la victime, de tout autre « État lésé » ou de l'effet cumulatif de ces contre-mesures sur l'État cible. Il est possible que, lorsqu'aucun État n'est spécialement atteint par la violation d'une obligation multilatérale, tous les États parties puissent exiger cessation et restitution mais que d'autres mesures collectives exigent l'autorisation d'une organisation internationale compétente ou doivent être convenues entre les États concernés[212]. Cela étant, quelles que soient les solutions adoptées dans le cadre de la partie 2 *bis*, il semble clair qu'il faille, dans un premier temps, distinguer entre les différents groupes d'États lésés et intéressés. La proposition qui a été faite d'examiner à nouveau l'article 40 ne permettra pas de répondre à toutes les questions que soulève la partie 2 mais elle devrait au moins permettre de poser les bonnes questions.

---

[208] Voir *supra* les paragraphes 77 à 80.

[209] Ces deux types d'État ne sont pas dans la même situation juridique à tous égards. Un État lésé dans un contexte bilatéral peut renoncer entièrement à faire valoir ses droits et être habilité à mettre un terme aux relations juridiques sous-jacentes; un État « spécialement atteint » peut ne pas être en mesure de le faire, même s'il peut renoncer à faire valoir les conséquences de la violation dans la mesure où il est concerné.

[210] Dans l'affaire du *Vapeur « Wimbledon »* (concernant une obligation *erga omnes partes*), la France a demandé réparation de ses pertes alors que les trois autres États se sont préoccupés d'établir le principe en cause (c'est-à-dire essentiellement d'obtenir cessation) [voir *supra* la note 201].

[211] Voir *supra* la note 207.

[212] Les questions concernant l'acceptabilité de contre-mesures sont examinées ci-après.

115. Si l'on réexamine l'article 40 dans cette perspective, une autre question se pose, celle de savoir si les changements susmentionnés sont suffisants dans les cas où tous les États sont confrontés à la violation manifeste de certaines obligations fondamentales (génocide ou agression, par exemple). Un problème que l'article 19 n'a manifestement pas résolu est le fait que la gravité de la violation d'une obligation n'est pas nécessairement proportionnée au caractère fondamental de l'obligation elle-même. Ainsi, par exemple, certains actes de torture isolés n'exigent pas de traitement exceptionnel mais on peut difficilement en dire autant des actes de génocide[213]. Il semble justifié d'autoriser l'adoption de contre-mesures répondant à la violation manifeste d'obligations multilatérales sans exiger l'unanimité des « États lésés », car, s'il en était autrement, plus l'obligation violée serait universelle (c'est-à-dire *erga omnes*) et plus le nombre des États dont il faudrait obtenir l'accord pour adopter des contre-mesures serait important, plus il serait difficile d'adopter ces mesures. Savoir exactement quel est le seuil à partir duquel les États agissant, non en leur nom propre, mais dans l'intérêt collectif, peuvent prendre des contre-mesures est une question à laquelle il est difficile de répondre. Il faut se soucier du respect des formes régulières en ce qui concerne l'État cible puisqu'au moment où les contre-mesures collectives sont adoptées, sa responsabilité dans la violation de l'obligation peut être simplement affirmée mais non prouvée et qu'il est probable que les questions relatives aux faits et aux justifications possibles ont été posées mais n'ont pas été résolues. Il faudrait donc utiliser une formule telle que celle de « violation flagrante et raisonnablement attestée ».

116. Lorsque la Commission a commencé à étudier la notion « d'État lésé », le Rapporteur spécial, M. Willem Riphagen, a fait observer que « plus la violation d'une obligation internationale est grave et moins on a de chances de trouver des vues juridiques objectives sur les contre-mesures admissibles correspondantes [214]. Depuis, d'autres violations ont enrichi le droit jurisprudentiel sur la question mais les documents juridiques pertinents sont toujours peu nombreux. Cependant, le tableau 2 ci-après propose un projet défendable. S'il est adopté, que ce soit sous une forme ou sous une autre, il permettrait de faire en sorte que les projets d'article tiennent compte des préoccupations communes fondamentales des États (en particulier, celles concernant les violations des obligations *erga omnes* ayant un caractère péremptoire), tout en évitant que les États tiers ne réagissent de manière excessive à des violations.

iii) *Questions concernant la rédaction et l'emplacement des articles*

117. Le Rapporteur spécial souhaiterait tout d'abord que la Commission lui donne des orientations quant à la conduite du réexamen proposé de l'article 40, au niveau des principes. Les questions à considérer sont évidemment fondamentales pour tout l'ensemble des parties 2 et 2 *bis*. Il propose, toutefois, ci-après, pour faciliter le débat sur les questions de principe, un projet d'article, en remplacement de l'article 40 actuel (sans préjuger de la place qu'occupera finalement cet article dans l'ensemble du texte). Dans l'article proposé, sont établies les catégories figurant au tableau 1, mais on n'y traite pas des conséquences qu'auraient ces catégories, qui constitueront la matière des chapitres II et III de la partie 2 *bis*.

118. Deux questions se posent au stade actuel :

a) *Le concept d'« État lésé » doit-il être un concept unitaire ?* Le projet d'articles doit-il retenir, du moins du point de vue de la forme, un concept unitaire d'« État lésé », couvrant toutes les catégories de « lésions » et d'intérêts juridiques mentionnées aux tableaux 1 et 2, ou doit-il établir une distinction entre « États lésés » et États qui, ayant un intérêt juridique, ne sont pas eux-mêmes spécialement atteints par la violation de l'obligation. Aux fins du débat à venir, le langage adopté dans le projet d'article 40 *bis* fait apparaître cette distinction;

b) *Où doit, dans l'ensemble du texte, se situer l'article proposé ?* Il s'agit ici de déterminer si l'article appartient au chapitre premier de la deuxième partie ou s'il doit se situer ailleurs. Cela dépendra de ce que l'on estimera ou non possible et souhaitable d'exprimer les obligations secondaires et de détailler précisément celles-ci dans les articles suivants de la deuxième partie, sans se référer à la notion d'« État lésé ». On est déjà parvenu à la conclusion que les principes de base concernant la cessation de la violation et la réparation, qui seront établis au chapitre premier, devraient être exprimés en termes d'obligations auxquelles est tenu l'État responsable. Le Rapporteur spécial estime qu'il serait souhaitable que les articles restants à élaborer soient exprimés de la même manière dans la deuxième partie, en fait en précisant les formes que pourra revêtir l'obligation fondamentale de réparation suivant les circonstances. L'article proposé pourrait ainsi être placé dans la partie 2 *bis* où il constituerait l'aspect essentiel de l'invocation de la responsabilité. On peut en effet penser que cet emplacement découle implicitement du fait qu'il est reconnu que différents États sont différemment atteints ou concernés, du point de vue juridique, par la violation de l'obligation internationale, et que les réactions autorisées doivent donc nécessairement varier.

[213] L'interdiction de l'agression est probablement, avec celle du génocide, la seule norme mentionnée à l'article 19, par. 3, dont toutes les violations sont, semble-t-il, manifestes en soi. Mais l'interdiction première est celle formulée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte, qui ne se limite pas à l'agression, laquelle reste à définir. Selon la définition de l'Assemblée générale, il faut juger de la gravité de l'illégalité au cas par cas, sur une base apparemment spéciale; voir la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1974, annexe, article 2.

[214] *Annuaire… 1980*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/330, par. 97, p. 126.

TABLEAU 2

Mesure dans laquelle des États différemment atteints peuvent invoquer les conséquences juridiques de la responsabilité des États

	Obligations bilatérales	*Obligations multilatérales*[a]		
	État atteint	*État « spécialement atteint »*[b]	*Obligation* erga omnes partes[c]	*Obligation* erga omnes
Cessation (et assurances et garanties)[d]	Oui	Oui	Oui	Oui
Restitution	Oui	Oui	Au nom de la victime ou de l'État spécialement atteint; sinon par accord entre les États parties	Au nom de la victime ou de l'État spécialement atteint; sinon par accord entre les États parties
Indemnisation et réparation	Oui	Oui	Au nom de la victime ou de l'État spécialement atteint; sinon par accord entre les États parties	Au nom de la victime ou de l'État spécialement atteint; sinon par accord entre les États parties
Contre-mesures (conformément aux conditions prévues aux articles 47 à 50)	Oui	Oui	Au nom de la victime ou de l'État spécialement atteint; sinon par accord entre les États parties	Au nom de la victime ou de l'État spécialement atteint; sinon par accord entre les États; mais, individuellement, dans le cas de graves violations attestées

[a] On notera qu'un même État peut être atteint ou concerné de différentes manières par la même violation, les catégories étant cumulatives (voir *supra* le paragraphe 106).

[b] Comme on l'a expliqué plus haut au paragraphe 106, cette catégorie comprend : *a*) les États identifiés comme étant les premiers bénéficiaires de l'obligation ou la première victime de sa violation [projet d'article 40, par. 2 *e* (i)]; et *b*) d'autres États spécialement atteints par la violation d'une obligation multilatérale à laquelle ils sont tenus [Convention de Vienne de 1969, art. 60, par. 2 *b*].

[c] Il est prévu ici le cas dans lequel – s'agissant d'une question d'interprétation – une obligation particulière est également valable à l'égard de tous les États parties. Les cas couverts par le projet d'article 40, par. 2 *e* (iii) et *f*, en sont des exemples.

[d] Y compris, sous cette rubrique, au minimum le droit à une déclaration émise par une cour ou un tribunal compétent à l'égard de la violation.

6. CONCLUSIONS CONCERNANT LA DEUXIÈME PARTIE, CHAPITRE PREMIER

119. Pour les raisons exposées plus haut, il conviendrait que le chapitre premier de la deuxième partie soit formulé comme suit :

« DEUXIÈME PARTIE

« CONSÉQUENCES JURIDIQUES DU FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE D'UN ÉTAT

« CHAPITRE PREMIER

« PRINCIPES GÉNÉRAUX

« ***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.

« ***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.

« ***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, conformément aux dispositions des articles suivants.

« [*Article 38* [215]. – *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.]

« *Article 40* **bis**[216]. – *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 quelconques autres qu'un État. »

B. – Chapitre II. Les formes de la réparation

1. Considérations générales

120. Le chapitre II est actuellement intitulé « Droits de l'État lésé et obligations de l'État auteur du fait internationalement illicite ». Un titre plus court et plus simple – « Les formes de la réparation » – pourrait être adopté. Il présente plusieurs autres avantages. Il permet notamment d'éviter de donner l'impression que les droits des « États lésés » sont dans tous les cas en corrélation stricte avec les obligations de l'État responsable[217]. Il correspond également à l'idée selon laquelle l'État responsable a, mis à part la cessation, une « seule » obligation générale consécutive à la commission d'un fait internationalement illicite – à savoir celle de fournir une réparation intégrale. Les formes que prendra la réparation dépendent des circonstances et sont successivement traitées dans le chapitre II ainsi que dans la deuxième partie *bis* proposée, relative à la mise en œuvre de la responsabilité.

121. Tel qu'adopté en première lecture, le chapitre II distinguait deux principes généraux (la cessation et la réparation), qu'il est à présent proposé d'inclure en tant que tels dans le chapitre premier, et quatre formes de réparation, la restitution, l'indemnisation, la satisfaction et les assurances et garanties de non-répétition (considérées cependant comme étant *sui generis*). Pour les raisons qui ont déjà été données, il est préférable de traiter des assurances et garanties comme d'un aspect de la cessation du fait illicite et de l'exécution future de l'obligation puisque, à l'instar de la cessation et non de la réparation, elles partent du postulat que la relation juridique qui a fait l'objet d'une violation se poursuit[218]. Trois formes majeures de réparation subsistent donc. Le Rapporteur spécial M. Arangio-Ruiz avait également proposé un article distinct relatif aux intérêts; la Commission y substitua une référence succincte dans l'article 44 (indemnisation). Le chapitre II devrait de surcroît aborder la question de la contribution à la faute, comprise auparavant dans l'article 42, paragraphe 2[219].

122. À l'exception de la remarque générale selon laquelle la deuxième partie devrait être réorganisée « en fonction des choix faits dans la première partie »[220], la conception et la structure de la deuxième partie n'ont pas fait l'objet de commentaires spécifiques de la part des gouvernements.

123. Considérant les dispositions qu'il est suggéré de transférer dans le chapitre premier de la deuxième partie, il apparaît que le chapitre II pourrait être constitué de dispositions traitant des questions suivantes :

a) La restitution en nature (article 43 actuel);

b) L'indemnisation (article 44 actuel);

c) La satisfaction (article 45 actuel);

d) Les intérêts (auxquels il est fait référence dans l'article 44, mais qui ne font pas l'objet d'un article distinct);

e) L'atténuation de la responsabilité (article 42, par. 2 actuel).

Un certain nombre d'autres questions se posent. Elles portent par exemple sur le choix des modes de réparation par la victime ou l'État lésé, sur l'effet du règlement d'une réclamation en responsabilité et sur l'existence éventuelle d'une règle interdisant le double recouvrement. Ces questions seront abordées dans le cadre de la deuxième partie *bis* proposée, relative à la mise en œuvre de la responsabilité.

[215] Pour les raisons exposées au paragraphe 65, le Rapporteur spécial doute de l'intérêt de cette disposition; elle est par conséquent placée entre crochets.

[216] Ces formulations relatives aux atteintes portées à l'intérêt juridique devront être reprises dans les articles qui suivront traitant des diverses conséquences secondaires de la responsabilité d'un État qui a commis un fait internationalement illicite. Le meilleur moyen pour ce faire consisterait à prévoir une partie distincte traitant du droit d'invoquer la responsabilité de l'État; aussi l'emplacement actuellement prévu pour l'article 40 *bis* est-il provisoire.

[217] Voir *supra* le paragraphe 84.

[218] Voir *supra* le paragraphe 54.

[219] Voir *supra* les paragraphes 19 et 33.

[220] A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 108, p. 16.

2. Restitution

a) *Article 43 actuel*

124. L'article 43 dispose :

Restitution en nature

L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite la restitution en nature, c'est-à-dire le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution en nature :

a) N'est pas matériellement impossible;

b) N'entraîne pas la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général;

c) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'État lésé gagnerait en obtenant la restitution en nature plutôt que l'indemnisation; ou

d) Ne menace pas sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État qui a commis le fait internationalement illicite, alors que l'État lésé ne serait pas affecté dans la même mesure s'il n'obtenait pas la restitution en nature.

Le chapitre II part de l'idée que la restitution en nature (ci-après simplement dénommée restitution) est la forme première de la réparation. L'article 43 définit la restitution de manière relativement large comme le « rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis » et se poursuit par l'énumération de quatre hypothèses exceptionnelles où la restitution n'est pas requise. Bien que cela ne soit pas exprimé avec autant de mots, l'intention était de permettre à l'État lésé de choisir une indemnisation ou une satisfaction plutôt qu'une restitution : cette position est reflétée par l'expression de la restitution comme un droit à la disposition de l'État lésé. Cela ne permet pas néanmoins de traiter du problème de la pluralité d'États lésés ou du cas (certainement rare) où l'État lésé ne dispose pas d'une telle option. Cette dernière éventualité est envisageable par exemple dans les situations qui concernent la détention de personnes ou la prise illicite d'un territoire.

125. Le commentaire de l'article 43 décrit la restitution comme « le premier des modes de réparation dont dispose un État lésé par un fait internationalement illicite »[221]. Il souligne que le mot « restitution » est parfois employé comme équivalant, en réalité, à la réparation intégrale mais en privilégie une acception plus étroite et orthodoxe, celle du « moyen d'établir ou de rétablir la situation qui existerait ou qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis ». Dès lors, pour parvenir à une restitution, il suffit de se poser une question de fait – quel était le *statu quo ante ?* – et non une question plus abstraite et théorique – quelle aurait été la situation si le fait illicite n'avait pas été commis[222] ?

126. Le commentaire se poursuit par l'affirmation ferme de « [l]a primauté logique et chronologique de la restitution en nature » sur la réparation par équivalent, c'est-à-dire l'indemnisation. Il souligne cependant que l'État lésé choisira fréquemment de recevoir une indemnisation plutôt qu'une restitution et que l'indemnisation est en fait « le mode de réparation le plus fréquent ». Cette souplesse existant en pratique doit être reconnue mais également conciliée avec l'affirmation selon laquelle la restitution est la première forme de réparation[223]. Selon le commentaire, la possibilité pour l'État lésé de demander ou d'accepter l'indemnisation plutôt que la restitution semble être le meilleur moyen pour parvenir à concilier ces deux propositions[224]. Le commentaire n'indique pas cependant quelle serait la situation s'il existait plusieurs États lésés, en désaccord sur le point de savoir s'il faut ou non insister sur l'obtention de la restitution. Il ne prévoit pas non plus explicitement la possibilité d'un choix; celui-ci apparaît implicitement par le fait que la restitution est traitée comme un droit de l'État lésé, que ce dernier peut ou non invoquer. Pourtant (et indépendamment des problèmes liés à l'existence de plusieurs États lésés), il peut y avoir des situations où l'État lésé n'est pas en droit de renoncer à la restitution. Ainsi, il est difficile de concevoir comment il pourrait être permis au gouvernement d'un État envahi et annexé en violation des règles relatives à l'usage de la force d'accepter une indemnisation plutôt que le retrait des forces d'occupation et des considérations similaires vaudraient pour le cas où le fait internationalement illicite a pris la forme de la détention forcée de personnes. Il est possible qu'en dernière analyse, de telles situations portent moins sur la restitution au sens strict que sur la cessation d'un fait illicite continu et que l'accent particulier mis sur la « restitution » dans de telles hypothèses provient davantage du droit de l'exécution que de celui de la réparation. Il semble clair qu'il ne peut y avoir d'excuse à l'absence d'exécution dans les cas où un fait internationalement illicite continu constitue une violation d'une norme impérative du droit international général (dans l'hypothèse de l'occupation illicite d'un État par exemple). Il en va de même dans le cas d'une violation continue d'une obligation relative aux droits de l'homme à laquelle il ne peut être dérogé (par exemple entre les États parties à un traité sur les droits de l'homme). Mais les implications qu'ont ces limites sur la restitution au sens propre du terme n'ont été explorées ni dans le commentaire ni dans la doctrine.

127. Le commentaire aborde une autre question, celle de la distinction qui est parfois effectuée entre la restitution matérielle (par exemple le retour de personnes, d'une propriété ou d'un territoire) et la restitution juridique (par exemple l'abrogation de lois). La pratique étatique contient de nombreuses illustrations de ces deux hypothèses. Le retrait de l'Iraq du Koweït après l'invasion de 1990 est un exemple de restitution matérielle partielle, mais il fut également accompagné par des formes de restitution juridique, y compris l'abrogation du décret iraquien déclarant le Koweït province de l'Iraq. Il est aussi possible que des formes combinées de restitution soient négociées dans le cadre du règlement d'un différend, sans préjudice d'une quelconque admission de responsabilité : ainsi, le différend relatif à la saisie par le Canada d'un navire de pêche espagnol, l'*Estai*, a conduit

[221] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 7 [actuel article 43], par. 1, p. 64.

[222] Ibid., par. 2.

[223] Ibid., par. 3.

[224] Ibid., par. 4, p. 65

à un règlement complexe[225]. Étant donné qu'il existe une tendance à combiner des mesures de nature différente (juridique et factuelle) dans le cadre de la restitution, le commentaire conclut à l'inutilité d'effectuer une distinction formelle entre restitution « matérielle » et « juridique » dans l'article lui-même[226]. Il n'est pas non plus nécessaire que l'article traite expressément de la question de la restitution effectuée au plan juridique international, par exemple par l'annulation d'une réclamation internationale portant sur une compétence ou un territoire. Dans le cadre du règlement des différends, de telles mesures peuvent très bien être adoptées à travers l'octroi d'une déclaration déterminant la situation juridique véritable, même si, formellement, celle-ci ne sera contraignante que pour les parties à la procédure. Malgré les termes de l'article 59 du Statut de la CIJ, une telle déclaration peut tout à fait avoir pour effet pratique d'établir de manière plus générale la souveraineté de l'État en question sur son territoire, ou sa compétence sur des ressources maritimes[227]. Un statut juridique de ce genre est parfois considéré comme étant « opposable *erga omnes* », mais il ne doit pas y avoir de confusion avec la question des obligations *erga omnes*, qui a été abordée auparavant dans ce rapport[228]. Le commentaire conclut

que tout ce que le droit international – et les organismes internationaux – peuvent normalement faire ou sont habilités à faire en ce qui concerne les actes, dispositions et situations juridiques internes, c'est de les déclarer contraires à des obligations internationales et, comme tels, sources de responsabilité internationale, et d'affirmer en outre qu'il y a une obligation de réparation, cette réparation requérant, le cas échéant, l'invalidation ou l'annulation d'actes de droit interne par l'État auteur lui-même. Quant à savoir s'il est possible à un tribunal international d'annuler directement des règles, actes, transactions ou situations juridiques internationaux aux fins de réparation sous la forme d'une *restitutio* en nature, la Commission incline à répondre par l'affirmative, mais elle observe que les effets des décisions des tribunaux internationaux étant normalement limités aux parties, tous actes ou situations dont les effets vont au-delà des relations bilatérales entre les parties ne peuvent être modifiés ou annulés que par les États eux-mêmes, sauf si les instruments pertinents en disposent autrement[229];

128. Le commentaire se poursuit par la discussion et la justification des quatre exceptions à la restitution posées dans l'article 43 tel qu'adopté en première lecture.

a) L'impossibilité de la restitution peut être totale ou partielle et

dérive du fait que la nature de l'événement et de ses effets dommageables a rendu la *restitutio* physiquement impossible. Tel peut être le cas si l'objet à restituer a péri, s'il s'est irrémédiablement détérioré ou s'il s'est produit une altération de la situation de fait qui rend la *restitutio* physique impossible[230].

b) La deuxième « exception » a trait aux situations hypothétiques où la restitution impliquerait une violation d'une norme impérative du droit international général, bien qu'aucun exemple d'une situation de cette nature ne soit fourni (ou puisse aisément être concevable). Le commentaire limite ces cas d'« impossibilité juridique » aux violations de normes impératives, où la situation juridique créée concernera à l'évidence tous les États et non pas seulement ceux qui sont immédiatement touchés. Il distingue les cas où la restitution peut porter atteinte aux droits d'États tiers

si l'État tenu à la *restitutio* doit pour y procéder manquer à l'une de ses obligations internationales vis-à-vis d'un État « tiers », cela n'affecte pas réellement la relation de responsabilité liant l'État auteur à l'État lésé habilité à demander la *restitutio* d'une part et à l'État « tiers » de l'autre[231].

Cela est bien sûr exact : l'État A peut être responsable vis-à-vis de l'État B pour une action prise conjointement avec l'État C, même si cette action prend la forme de la conclusion d'un traité bilatéral. Le problème ici n'a cependant pas trait à la responsabilité mais à la forme que la réparation devrait prendre, car l'accomplissement d'un acte juridique par l'État responsable peut ne pas permettre à celui-ci de fournir une restitution. Il est peut-être préférable de traiter de telles hypothèses sous la rubrique de l'impossibilité de la restitution. Ainsi dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*[232], la conclusion d'un traité entre le Nicaragua et un États tiers (les États-Unis) fut considérée par la Cour centraméricaine de Justice comme une violation par le Nicaragua d'un engagement conventionnel qu'il avait pris antérieurement à l'égard du Costa Rica. Si la validité de l'accord ultérieur avait été reconnue, le Nicaragua n'aurait pas eu à lui seul le pouvoir d'y mettre un terme. En réalité, la Cour centraméricaine refusa de se prononcer sur la validité de cet accord et se contenta d'accorder une réparation déclaratoire[233]. Le commentaire souligne ensuite qu'un État ne peut faire raisonnablement obstacle à l'octroi d'une restitution en faisant appel au concept de domaine réservé[234] : cela paraît évident puisque, si la restitution est exigée par le droit international dans un cas donné, la question cesse par définition d'appartenir exclusivement au domaine réservé de l'État responsable[235];

[225] Voir l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, par. 21, p. 444. Le règlement intervenu entre le Canada et l'Union européenne prévoyait, *inter alia*, la libération du navire et de son capitaine, le retour de la garantie et l'abrogation des règlements canadiens applicables aux navires de la Communauté européenne pêchant le flétan du Groenland dans la zone de réglementation de l'Organisation des pêches de l'Atlantique du Nord-Ouest (OPANO). Les parties se mirent en outre d'accord sur l'application à titre provisoire de nouvelles mesures de conservation et d'exécution. À l'évidence, l'accord auquel étaient parvenus le Canada et l'Union européenne dans cette affaire n'a pas permis de résoudre complètement le différend : l'Espagne a poursuivi la procédure qu'elle avait intentée devant la CIJ, qui a cependant décidé qu'elle n'avait pas compétence en l'espèce.

[226] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 7 [actuel paragraphe 43], par. 7 et 8, p. 67.

[227] Voir par exemple l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*, *arrêt*, *1933*, *C.P.J.I.*, *série A/B*, *nº 53*, p. 22.

[228] Voir *supra* les paragraphes 97 et 106.

[229] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 7 [actuel article 43], par. 9, p. 68.

[230] Ibid., par. 11, p. 68.

[231] Ibid., par. 12, p. 68.

[232] « Judicial decisions involving questions of international law », *American Journal of International Law*, vol. 11, 1917, p. 181 à 229.

[233] *Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 11, 1917, p. 3 à 13.

[234] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 7 [actuel article 43], par. 13, p. 68.

[235] Indépendamment des problèmes liés au domaine réservé, il peut y avoir des cas les intérêts de la sécurité juridique ou les droits des tiers rendent la restitution effectivement impossible. Par exemple, l'octroi d'un contrat par un gouvernement à la société A, en violation des règles internationales sur les marchés publics, peut néanmoins effectivement créer des droits contractuels pour cette société. Dans ce cas, la restitution (au sens d'un nouvel octroi du contrat) pourrait être exclue.

c) La troisième exception concerne les cas où l'insistance sur la restitution par rapport à l'indemnisation serait en l'espèce disproportionnée. Selon le commentaire, cette exception

repose sur l'équité et le caractère raisonnable et vise à réaliser un équilibre équitable entre la charge que devra supporter l'État auteur pour assurer la restitution en nature et l'avantage que l'État lésé gagnerait en obtenant réparation sous cette forme précise plutôt que celle d'une indemnisation[236].

Le commentaire cite à l'appui l'affaire des *Forêts du Rhodope central*, qui portait pourtant moins sur la charge excessive de la restitution que sur son caractère impossible ou difficile à réaliser en pratique[237] et qui ne représentait pas de toute façon un cas d'absence de proportion manifeste. En ce qui concerne le paragraphe *c*, le commentaire insiste néanmoins sur le fait que seule « une grave disproportion entre la charge que ce mode de réparation imposerait [à l'État responsable] et l'avantage que l'État lésé en tirerait » pourrait justifier le refus d'assurer une restitution[238];

d) La quatrième exception à la restitution implique un autre scénario « catastrophique », un peu à l'instar de la possibilité, envisagée au paragraphe 3 de l'article 42 tel qu'adopté en première lecture, que la réparation intégrale prive une population de ses propres moyens de subsistance[239]. Selon l'article 43 *d* et son commentaire, l'État responsable ne doit pas assurer la restitution « si elle est de nature à menacer sérieusement son indépendance politique et sa stabilité économique, alors que le fait de ne pas obtenir la restitution en nature n'entraînerait pas d'effet comparable pour l'État lésé ». Ici encore, aucun exemple n'est cité : l'hypothèse envisagée est considérée comme se rapportant à des situations « très exceptionnelles et présente sans doute plus d'intérêt rétrospectivement qu'à l'heure actuelle »[240]. Le commentaire traite ensuite des problèmes d'indemnisation lors des programmes de nationalisation des terres, souligne que la nationalisation générale à des fins publiques et sur une base non discriminatoire est licite et que la question de l'indemnisation pour une nationalisation est régie par la règle primaire concernée; dès lors, dans les cas où l'absence d'indemnisation constitue un fait internationalement illicite, la réparation d'un tel manquement prendrait la forme du paiement d'une somme, incluant des intérêts, et non du retour de la propriété considérée[241].

129. Dans leurs commentaires relatifs à l'article 43, les gouvernements expriment des doutes au regard de certaines des exceptions qu'il contient mais ne remettent pas en cause son bien-fondé général. Bien qu'ils soulignent qu'« en pratique l'indemnisation a priorité sur la restitution », les États-Unis reconnaissent que « la restitution en nature est depuis longtemps une des principales formes de réparation en droit international et [qu']elle joue un rôle particulier dans les cas où l'État fautif s'est illicitement emparé d'un territoire ou de biens ayant une valeur historique ou culturelle »[242]. La France propose de substituer les termes « rétablissement de la situation antérieure » à l'expression « restitution en nature », au motif que celle-ci pourrait évoquer « la seule restitution d'un objet ou d'une personne »[243]. Comme d'autres gouvernements, elle conteste certaines des exceptions comprises dans les alinéas *a* à *d*, qui pourraient selon elle affaiblir la portée du principe général reflété dans le chapeau et favoriser outre mesure l'État responsable. Dans la lignée des objections qu'elle a antérieurement formulées à l'égard du concept de *jus cogens*, la France considère que l'alinéa *b* devrait être supprimé; il lui est en outre difficile de comprendre « comment le retour au droit pourrait […] être contraire à une "norme impérative du droit international général" »[244]. Les États-Unis ont également critiqué l'alinéa *c*, qui permettrait à l'État responsable d'éviter la restitution quand celle-ci serait appropriée ou préférable; partant, ce gouvernement demande une clarification de l'expression « une charge hors de toute proportion »[245]. Mais ses préoccupations principales ont trait à l'alinéa *d*, qui devrait selon lui être supprimé. Même s'ils acceptent que cette disposition pourrait « n'avoir guère d'effets concrets puisqu'en pratique l'indemnisation a priorité sur la restitution », les États-Unis s'opposent à l'introduction de notions vagues « qui ne sont pas définies et n'ont aucun fondement établi dans la pratique internationale » et qui risquent « d'avoir des effets qui dépassent les dispositions de l'article 43 »[246]. Le Japon considère que les termes « ne menace pas sérieusement… la stabilité économique » devraient être clarifiés pour éviter que l'État auteur du fait illicite n'en fasse un usage abusif; le paragraphe ne devrait cependant être supprimé qu'en dernier ressort dans la mesure où l'existence d'une telle

[236] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 7 [actuel article 43], par. 14, p. 69.

[237] *Forêts du Rhodope central (Grèce c. Bulgarie), sentence du 9 mars 1933, Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1432; affaire citée dans le commentaire de l'article 43, par. 15. L'arbitre énuméra en l'espèce plusieurs raisons pour conclure que l'indemnisation était la seule forme de réparation pratiquement réalisable : parmi celles-ci, le fait que le demandeur n'était pas seul en droit de mener des opérations forestières mais qu'aucune réclamation n'avait été déposée par les autres personnes qui lui étaient associées, le fait que les forêts n'étaient plus dans la même condition qu'au moment de leur saisie, la difficulté de savoir si la restitution était possible sans mener au préalable une enquête détaillée sur leur condition, ainsi que le fait que la restitution pourrait porter atteinte aux droits que des tiers avaient acquis depuis la saisie (ibid., p. 1432). La sentence privilégie une acception large de « l'impossibilité » de fournir la restitution.

[238] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 7 [actuel article 43], par. 16, p. 69.

[239] Voir *supra* les paragraphes 38 à 42.

[240] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 7 [actuel article 43], par. 17, p. 70.

[241] Dans de nombreux pays, des changements de politique à l'égard des programmes antérieurs de nationalisation des terres et la tendance à la privatisation ont entraîné au cours des dernières années des mesures de restitution des terres et d'autres propriétés à leurs anciens détenteurs. Ces programmes ont des caractéristiques spécifiques et n'impliquent pas en majorité une restitution au sens de l'article 43.

[242] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 43, p. 147.

[243] Ibid.; la même modification devrait être effectuée dans l'article 44, paragraphe 1 (ibid.). Pour l'Ouzbékistan, il faudrait ajouter au chapeau de l'article une disposition indiquant que « si un État ne peut restituer les biens qui portent des marques distinctives, il est possible, sur la base d'un arrangement mutuel, de remplacer ces biens par d'autres biens de même nature ou équivalents » (ibid., p. 147).

[244] Ibid., p. 146).

[245] Ibid. À l'inverse, la France semble implicitement appuyer cette disposition (ibid.).

[246] Ibid.; voir aussi les commentaires de la France (ibid.) et, pour un point de vue similaire, le document A/CN.4/504, par. 70, p. 20.

disposition dans le projet d'articles est selon lui nécessaire[247].

b) *Cessation, restitution et indemnisation : problèmes de classification et de priorité*

130. Le fait que la restitution soit reconnue comme une forme essentielle de réparation en droit international est indubitable et n'a été remis en question par aucun gouvernement. Les relations existant d'une part entre la cessation et la restitution et, d'autre part, entre la restitution et l'indemnisation, constituent un problème plus difficile. La différence entre cessation et restitution est davantage une question de principe : comme on l'a vu, la cessation peut donner lieu à une obligation continue, à laquelle il est même impossible de déroger (dans certains cas), alors que le retour au *statu quo ante* s'avère lui difficilement réalisable. Quant à la relation existant entre restitution et indemnisation, la distinction est relativement claire : la restitution implique un retour au *statu quo ante*, c'est-à-dire une forme de restitution *in specie*, tandis que l'indemnisation est le paiement d'une somme ou la fourniture d'une autre valeur comme substitut à la restitution. La question ici est plutôt de savoir s'il est possible de maintenir la priorité de la restitution en principe, devant la prééminence générale de l'indemnisation dans la pratique des États et des tribunaux. Ces deux problèmes doivent donc être traités séparément.

i) *Cessation et restitution*

131. La question de la cessation – qui peut être décrite comme la restitution de l'exécution de l'obligation – a déjà été abordée[248]. Pour les raisons qui ont été données, la cessation devrait être considérée, avec la réparation, comme l'une des deux conséquences générales de la commission d'un fait internationalement illicite. Mais la différence existant entre elles n'est pas toujours claire.

132. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior* par exemple, la Nouvelle-Zélande demandait le retour des deux agents sur l'île de Hao, dans la mesure où (comme le Tribunal l'avait considéré) les circonstances sur lesquelles la France s'appuyait pour justifier la poursuite de leur évacuation n'existaient pas ou n'étaient plus à l'œuvre. Selon la Nouvelle-Zélande, la France était donc dans l'obligation de les renvoyer et de les détenir sur l'île jusqu'à la fin du délai de trois ans; cette obligation n'avait pas expiré, le temps passé hors de l'île ne pouvant compter à cette fin. Le Tribunal exprima son désaccord sur ce point. De son point de vue, l'obligation valait pour une période fixe qui avait expiré et le problème de la cessation ne pouvait donc se poser[249]. Une question pourrait encore être soulevée : en postulant l'exactitude de cette opinion sur l'interprétation de l'obligation primaire, quel était le droit dont bénéficiait la Nouvelle-Zélande eu égard à la restitution ? La possibilité de la restitution n'est pas confinée en effet aux seuls cas où l'obligation violée est encore en vigueur (même si cela est vrai de la cessation). Le Tribunal évita de répondre à cette question, en considérant que la demande néo-zélandaise ne visait que la cessation. Pourtant, la Nouvelle-Zélande, alors qu'elle avait expressément renoncé à toute demande d'indemnisation, voulait le retour des deux agents sur l'île et ce, apparemment sous la forme d'une restitution, même si le Tribunal venait à conclure (comme il le fit) que les problèmes de cessation du comportement illicite ne se posaient plus.

133. À l'évidence, le Tribunal avait pour principale préoccupation de mettre un terme à un long différend d'une manière largement acceptable par les deux parties. Limité par la règle *non ultra petita* et par le refus de la Nouvelle-Zélande d'accepter une indemnisation en lieu et place de l'exécution de l'obligation, le Tribunal ne tenait pas à examiner des arguments relatifs à l'exécution sous le couvert de la restitution. Mais l'on peut penser que le *statu quo ante* pour les deux agents – leur présence sur l'île sous la garde de l'armée – n'avait aucune valeur pour la Nouvelle-Zélande si la France n'avait pas l'obligation continue de les y maintenir. Le retour des deux agents sur l'île n'aurait alors été qu'une formalité vide de sens.

134. Deux leçons peuvent être tirées de cet épisode. En premier lieu, s'il peut être approprié (comme la France elle-même le propose)[250] de définir la restitution comme le « rétablissement de la situation antérieure » et non comme le simple retour de personnes, d'une propriété ou d'un territoire, le retour au *statu quo ante* peut avoir peu de valeur, voire aucune, si l'obligation violée ne reste pas en vigueur. Inversement, l'État lésé peut ne pas avoir le choix de renoncer à la restitution si l'exécution continue de l'obligation violée incombe à l'État responsable et si l'État lésé n'a pas le pouvoir (ou pas à lui seul) de le libérer de ce devoir d'exécution. Tant positivement que négativement, la distinction théorique entre cessation et restitution peut avoir d'importantes conséquences sur les obligations des États concernés et les choix de réparation qui leur sont ouverts. La seconde leçon à tirer est d'un caractère plus général : en pratique, les organes de règlement des différends agissent avec souplesse dans l'interprétation des positions des États parties et le choix d'un mode de réparation plutôt qu'un autre. Aucun corps de règles traitant des conséquences des faits internationalement illicites ne peut apparemment exclure une telle flexibilité, nonobstant la préférence catégorique qui peut être affirmée pour une forme de réparation sur une autre.

ii) *Restitution et indemnisation*

135. Ce second point est également applicable à la question de la relation existant entre restitution et indemnisation. L'article 43 est relatif à la première des formes particulières de la réparation traitées dans le chapitre II. L'article 44 porte ensuite sur l'indemnisation, mais seulement « si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature ». De cela, il ressort clairement que la Commission a eu pour intention de poser fermement le principe de la priorité de la restitution sur l'indemnisation. Cette prise de position reflétait les vues du Rapporteur spécial de l'époque, M. Arangio-Ruiz, pour lequel « la restitution en nature prime tout autre mode de réparation *lato sensu* et, en particulier, la répara-

[247] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), p. 121.

[248] Voir *supra* les paragraphes 44 à 52.

[249] *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (voir *supra* la note 17), cité, *supra*, au paragraphe 47.

[250] Voir *supra* le paragraphe 129.

tion par équivalent »[251]. Selon cette approche, l'État lésé peut insister pour obtenir une restitution et possède un droit à restitution à moins que l'une des exceptions énumérées dans l'article 43 ne s'applique. Cette conception a cependant été critiquée par un certain nombre de gouvernements et une partie de la doctrine[252] comme étant trop rigide et éloignée de la pratique. Elle diffère également de l'approche de la restitution adoptée dans certains systèmes juridiques internes[253].

136. Dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*[254], la Finlande demandait l'indication de mesures conservatoires pour empêcher la construction d'un pont sur le Grand-Belt qui aurait selon elle limité le passage de navires de forage et de plates-formes pétrolières, et ce contrairement aux droits de libre transit que lui reconnaissait une série de traités. Dans sa réponse, le Danemark avançait *inter alia* que, même dans l'hypothèse où la construction du pont violerait les droits de transit de la Finlande, cela n'aurait lieu que de manière occasionnelle et ne concernerait qu'une faible proportion des navires empruntant le détroit. Dans la mesure où les droits de la Finlande pouvaient être protégés de manière adéquate par des moyens financiers et autres, une ordonnance en restitution constituerait une « charge excessive »[255] pour le Danemark. En outre, si la Finlande n'avait pas le droit d'insister pour que le pont ne soit pas construit, *a fortiori* elle n'avait pas celui d'obtenir des mesures conservatoires.

137. La CIJ refusa d'indiquer des mesures conservatoires. L'urgence n'était pas démontrée, puisque le passage ne serait pas limité dans les faits avant trois ans ou plus, durée pendant laquelle l'affaire pouvait faire l'objet d'une décision au fond. La Cour n'accepta pas néanmoins l'argument du Danemark relatif à l'impossibilité de la restitution. Soulignant que l'action d'une partie durant la procédure ne pouvait porter atteinte aux droits de l'autre partie, elle ajouta :

> [L]a Cour n'a pas à ce stade à déterminer le caractère de toute décision qu'elle pourrait prendre sur le fond; […] en principe cependant, s'il est établi que la construction d'ouvrages comporte une atteinte à un droit, on ne peut ni ne doit exclure à priori la possibilité d'une décision judiciaire ordonnant soit de cesser les travaux soit de modifier ou démanteler les ouvrages[256].

138. Dans l'affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* le Paraguay demandait et obtint l'indication de mesures conservatoires pour tenter d'éviter l'exécution d'Ángel Francisco Breard, l'un de ses ressortissants, condamné pour homicide volontaire à la peine capitale. La réclamation du Paraguay était fondée sur le fait établi que les États-Unis avaient omis de lui signifier l'arrestation de Breard, en violation de l'exigence de notification posée dans l'article 36, paragraphe 1 *b*, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires[257]. Pour les États-Unis, aucune question de restitution ne pouvait surgir sur le fondement de la Convention; le Paraguay était seulement en droit d'obtenir des excuses et des assurances de non-répétition, qui lui avaient déjà été données. Le gouvernement américain avança notamment que « l'invalidation automatique des procédures engagées et le retour au *statu quo ante* comme sanctions du défaut de notification, non seulement ne trouvent aucun appui dans la pratique étatique, mais seraient impossibles à réaliser »[258]. Le Paraguay à l'inverse plaida la restitution complète :

> [T]oute responsabilité pénale imputée actuellement à M. Breard devrait en conséquence être reconnue comme nulle par les autorités légales des États-Unis et […] le *statu quo ante* devrait être rétabli pour que M. Breard puisse bénéficier des dispositions de la Convention de Vienne dans toute nouvelle procédure judiciaire qui pourrait être engagée contre lui…[259].

139. Ici encore, la CIJ refusa d'aborder la question de la relation existant entre le droit allégué et l'obtention d'une restitution. Pour la majorité, il suffit de souligner « qu'une telle exécution rendrait impossible l'adoption de la solution demandée par le Paraguay et porterait ainsi un préjudice irréparable aux droits revendiqués par celui-ci »[260].

140. Des questions assez similaires sont apparues dans une autre affaire relative à la peine de mort et impliquant un défaut de notification consulaire, l'affaire *LaGrand*[261]. Dans ce cas également, la CIJ, agissant *ex parte* conformément à l'article 75, paragraphe 1, de son Règlement, a indiqué des mesures conservatoires[262]. L'affaire demeure *sub judice*.

141. Ces exemples concernaient des requêtes en indication de mesures conservatoires, où il faut trouver un

---

[251] Rapport préliminaire, *Annuaire… 1988* (voir *supra* la note 21), par. 114, p. 38, avec des références à la doctrine classique. Plus loin, il souligne « la prédominance purement statistique de la réparation par équivalent … et la primauté logique de la restitution en nature… » (ibid., par. 131, p. 42).

[252] Voir notamment Gray, « The choice between restitution and compensation ».

[253] Historiquement, les systèmes de *common law* appliquaient le seul mode des dommages-intérêts dans les affaires civiles n'impliquant pas le retour d'une propriété, avec quelques exceptions relatives à l'exécution spécifique et à d'autres formes de réparation choisies en équité. Cette situation est cependant en train de changer progressivement, du fait de la possibilité accrue de ressortir à ces différents modes de réparation et du développement du droit de la restitution. Sur l'exécution spécifique, voir par exemple *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.*, *The Law Reports Appeal Cases*, vol. I, 1998. Sur la restitution, voir également *Kleinwort Benson Ltd. v. Glasgow City Council*, *The Law Reports Appeal Cases*, 1999.

[254] *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, *mesures conservatoires*, *ordonnance du 29 juillet 1991*, *C.I.J. Recueil 1991*, p. 13.

[255] Ibid., par. 31, p. 19.

[256] Ibid. Le juge *ad hoc* Broms interpréta ce passage de l'ordonnance comme un rejet de la « théorie danoise », aux termes de laquelle la Finlande n'aurait aucun droit à la restitution en nature, quand bien même elle l'emporterait quant au fond (ibid., p. 38).

[257] *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, *mesures conservatoires*, *ordonnance du 9 avril 1998*, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 249.

[258] Ibid., par. 18, p. 254.

[259] Ibid., par. 30, p. 256.

[260] Ibid., par. 37, p. 257. Le juge Oda exprima son désaccord, bien qu'il eût voté avec la majorité « pour des raisons humanitaires » (ibid., p. 262). Le Président Schwebel souligna lui l'importance du principe du respect des traités : « [l]e fait que des excuses ont été présentées et que des dispositions ont été prises au niveau fédéral pour éviter que de tels manquements ne se reproduisent ne présente aucune utilité pour l'accusé qui, selon le Paraguay, a subi ou a pu subir un préjudice parce qu'il n'a pu communiquer avec son consulat, ce qui soulève une question relevant du fond » (ibid., p. 259).

[261] *La Grand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, *ordonnance du 3 mars 1999*, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 9.

[262] Il faut souligner que, dans les deux affaires, les exécutions ont eu lieu malgré les ordonnances. Voir « Agora : *Breard* », *American Journal of International Law*, vol. 92, nº 4, octobre 1998, p. 666. L'affaire *Ángel Francisco Breard* a été ultérieurement rayée du rôle à la demande du Paraguay.

équilibre entre la protection des droits allégués (mais qui ne sont pas encore établis) par l'État demandeur et le respect de la position de l'État défendeur, dont il n'a pas été démontré, *ex hypothesi*, qu'il avait agi de manière illicite. Il y a néanmoins une différence entre ces affaires. Dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*, le droit dont on cherchait la protection était précisément celui qui devait faire l'objet de la phase au fond, c'est-à-dire le droit de libre passage des plates-formes par le Grand-Belt. Dans cette perspective, la CIJ refusa d'exclure la possibilité que la restitution soit le mode de réparation approprié (même si cela pouvait entraîner l'annulation ou une profonde modification du projet de pont)[263]. Dans les affaires relatives à la peine de mort, la relation existant entre la violation de l'obligation de notification consulaire et la condamnation de la personne accusée était indirecte et contingente. Il aurait été tout à fait possible que le procès fût honnête et juste et que le défaut de notification n'eût aucun effet sur la condamnation. Les États-Unis avaient compétence pour juger les accusés d'un crime passible de la peine capitale et n'étaient partie à aucun instrument interdisant la peine de mort. Seul l'établissement d'un lien causal suffisant entre le défaut de notification par les États-Unis et le résultat du procès pouvait permettre de soulever la question de la restitution. Au moment du procès, une notification préalable était devenue impossible *en tant que telle*, puisque la période pour son exécution était dépassée et qu'aucune exécution ultérieure ne pouvait s'y substituer.

142. Ainsi, la nature de la restitution dépend, au moins dans une certaine mesure, du contenu de l'obligation primaire qui a été violée. Dans les cas qui n'impliquent pas seulement le retour de personnes, de biens ou de territoire appartenant à l'État lésé (restitution au sens strict), la notion de retour au *statu quo ante* doit être appliquée en considérant les droits et compétences respectifs des États concernés. Cela prend une importance particulière lorsque l'obligation en jeu est de nature procédurale et conditionne l'exercice de pouvoirs substantiels de l'État. Dans des cas de ce genre, la restitution, si tant est qu'elle soit possible, ne peut conduire à donner à l'État lésé après l'événement davantage que ce à quoi il aurait eu droit si l'obligation avait été exécutée. En d'autres termes, la notion de « *statu quo ante* » est relative et, si l'État défendeur avait pu atteindre de manière licite un résultat identique ou similaire en pratique sans violer l'obligation, la notion de retour *général* à la situation antérieure peut être exclue[264].

143. De l'avis du Rapporteur spécial, ces limitations et interprétations du principe de la restitution peuvent être prises en considération par le biais d'une formulation précise de l'article 43 et des exceptions qui s'y trouvent, ainsi que par des explications appropriées dans le commentaire. La question est de savoir si, sur cette base, le principe de la primauté de la restitution doit être maintenu. Tout bien pesé, il le devrait. Il est vrai que la source qui est habituellement citée à l'appui de cette primauté – l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*[265] – ne tranche pas la question, dans la mesure où, au moment de la décision, l'Allemagne demandait seulement une indemnisation et non le retour de la propriété. Il est également vrai que les cours et tribunaux ont hésité à octroyer des restitutions complètes et que la décision qui est peut-être la plus liée à l'idée de restitution – celle de l'arbitre unique René-Jean Dupuy dans la sentence *Texaco*[266] – a fait l'objet de nombreuses critiques[267] et n'a pas été suivie dans les arbitrages mixtes ultérieurs[268]. Mais il s'agissait justement d'arbitrages mixtes, où le droit de domaine éminent de l'État responsable (et sa souveraineté sur ses ressources naturelles) doit être mis en balance avec les obligations qu'il a assumées pour la protection de ces ressources, par la voie conventionnelle ou autrement. Dans le cadre des relations interétatiques, la restitution joue un rôle vital en principe, notamment du fait du rapport étroit qu'elle entretient à la question de l'exécution des obligations internationales. La deuxième raison qui motive le maintien du principe tient au fait que peu de gouvernements réclament son abandon. Malgré les doutes qu'ont exprimés un ou deux d'entre eux[269], l'article 43 tel qu'adopté en première lecture, qui manifeste une priorité limitée à la restitution, a été généralement bien reçu. Ainsi, la plupart des commentaires qui ont été faits visent à réduire le nombre et la portée des exceptions au principe plutôt qu'à le renverser. En troisième lieu enfin, l'abandon du principe exigerait de la Commission qu'elle élabore, dans le cadre d'une présomption juridique en faveur de l'indemnisation, les hypothèses où la restitution est requise à titre exceptionnel. Les États-Unis soulignent que la restitution est particulièrement importante dans les cas où un État « s'est illicitement emparé d'un territoire ou de biens ayant une valeur historique ou culturelle »[270], mais elle n'est certainement pas limitée à ces hypothèses. En outre, choisir la forme d'une exception pourrait impliquer que, dans les cas qui ne sont pas couverts, les États peuvent, après l'événement, acheter la liberté de ne pas respecter leurs obligations internationales. Le principe de la priorité de la restitution devrait être maintenu et soumis à des exceptions définies.

---

[263] L'obligation incombant au Danemark de permettre le transit par le Grand-Belt (quelle que soit son étendue) était de caractère continu, si bien que le retrait de toute obstruction illicite aurait impliqué une cessation autant qu'une restitution. Voir *supra* les paragraphes 45 et 134, ainsi que, *supra*, la note 254.

[264] Ceci n'exclut pas néanmoins la possibilité que la procédure antérieure puisse être effectivement reproduite, si les circonstances n'ont pas changé à un tel point qu'elles rendent cette reproduction sans intérêt ou excessivement lourde. Ces éléments sont inclus dans les règles juridiques internes relatives à la restitution, dans le cadre de doctrines telles que la confiance ou le changement de position de bonne foi. De tels facteurs ont été pris en considération, au moins implicitement, dans le traitement des problèmes de restitution par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 17).

[265] Affaire citée *supra* au paragraphe 24.

[266] *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, fond, arrêt du 19 janvier 1977, *ILR*, 1977, vol. 53, par. 109, p. 507 et 508.

[267] Voir par exemple l'étude de la Banque mondiale, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, p. 140. Pour une présentation équilibrée, voir Higgins, « The taking of property by the State: recent developments in international law », p. 314 à 321.

[268] *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic* (voir *supra* la note 15), p. 200. Voir aussi une décision prise antérieurement, *BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic*, 10 octobre 1973 et 1er août 1974, *ILR*, vol. 53, p. 354.

[269] Voir *supra* le paragraphe 129.

[270] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires des États-Unis sur l'article 43, p. 146.

c) *Les exceptions à la restitution*

144. Les quatre exceptions à la restitution formulées dans l'article 43 ont été décrites ci-dessus[271] :

a) *Impossibilité matérielle.* Il ne fait pas de doute que la restitution ne peut être exigée quand elle est devenue « matériellement » (c'est-à-dire en pratique) impossible; cette limitation est reconnue à la fois dans le *dictum* de l'*Usine de Chorzów*[272], par le Tribunal dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*[273], ainsi que dans la doctrine. Elle n'est pas non plus mise en cause dans les commentaires des gouvernements;

b) *Violation d'une norme impérative.* De même, il ne fait aucun doute que la restitution ne peut être exigée si elle doit entraîner une violation d'une norme impérative (c'est-à-dire d'une norme de *jus cogens*). Comme la France le souligne[274], la difficulté réside plutôt dans le fait de trouver des exemples réalistes. La question soulevée dans l'affaire du *Cameroun septentrional*[275] pourrait en constituer un. Selon le Cameroun, l'administration du Cameroun septentrional par le biais d'une union administrative avec la colonie du Nigéria, ainsi que la tenue ultérieure d'un plébiscite distinct pour le Cameroun septentrional, constituaient une violation de l'accord de tutelle. Cet accord avait cependant pris fin avec l'approbation de l'Assemblée générale, afin que se réalisent les aspirations de la population telles qu'elles s'étaient exprimées. Celles-ci auraient pu dès lors être bafouées par une demande d'inversion de cette décision formulée sous la forme d'une restitution. Sans nul doute conscient de ces difficultés et d'autres problèmes, le Cameroun demanda simplement un jugement déclaratoire, que la CIJ refusa de lui donner au motif que sa décision ne pourrait avoir d'effet juridique à l'endroit de l'État défendeur, le Royaume-Uni. La question de la violation d'une norme impérative ne fut ni abordée ni même soulevée[276]. De l'avis du Rapporteur spécial, la situation qui est envisagée dans l'article 43 *b* est déjà couverte par l'article 29 *bis*. Comme cela a été souligné ci-dessus, les circonstances excluant l'illicéité (et parmi elles, l'existence d'un conflit avec une norme impérative du droit international général) sont également applicables aux obligations secondaires posées dans la deuxième partie, y compris à l'obligation de restitution[277]. Partant, l'article 43 *b* est inutile et peut être supprimé[278];

c) *Restitution excessivement lourde*. Selon l'article 43 *c*, la restitution peut ne pas être octroyée si l'avantage que gagnerait l'État lésé en l'obtenant (au lieu d'une indemnisation) est dépassé de manière substantielle par la charge qu'elle constituerait pour l'État responsable. Cette exception aurait pu par exemple s'appliquer dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*[279] si le pont avait réellement été construit avant que la Finlande ne soulève le problème du droit de passage. Lorsque le coût que le démantèlement d'une structure représenterait pour l'État responsable est complètement disproportionné à l'avantage que le ou les États lésés en tireraient, la restitution ne devrait pas être exigée. Les États-Unis ne contestent pas le paragraphe *c* mais demandent que les termes « une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'État lésé gagnerait » soient clarifiés. Mais, à l'instar d'autres expressions du principe de proportionnalité, il est difficile d'être plus précis dans le corps du texte lui-même[280]. Une clarification pourrait néanmoins être utilement apportée, pour souligner que la notion de proportionnalité dans le cadre de cette disposition n'a pas seulement trait au coût et aux frais mais qu'il faut également tenir compte d'autres éléments significatifs comme la gravité de la violation par rapport à la difficulté de restaurer le *statu quo ante*. Il paraît suffisant d'indiquer ce point dans le commentaire;

d) *Menace disproportionnée à l'indépendance politique ou à la stabilité économique de l'État responsable.* Plusieurs États ont fortement critiqué cette quatrième exception, dont aucun exemple convaincant n'est là encore fourni. Le problème général posé par une réparation qui menace de priver une population de ses moyens de subsistance (paragraphe 3 de l'article 42 tel qu'adopté en première lecture) a déjà été traité[281]; il a aussi été souligné que la restitution implique ordinairement le retour d'un territoire, de personnes ou de biens saisis ou détenus de manière illicite ou, de façon plus générale, le retour à la situation existant avant la violation. Il est difficile de concevoir comment un tel retour pourrait avoir pour effet de menacer l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État responsable de la violation. En tout état de cause, si la restitution menace de manière plausible et disproportionnée l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État responsable, les conditions prévues par la troisième exception (paragraphe *c* ci-dessus) seront certainement satisfaites. Pour ces raisons, le paragraphe *d* est également inutile.

---

[271] Voir *supra* le paragraphe 128.

[272] *C.P.J.I.* (voir *supra*, la note 49) (« si elle n'est pas possible »); voir aussi, *supra,* le paragraphe 24.

[273] Voir le paragraphe 128, ainsi que la note 237.

[274] Voir *supra* le paragraphe 129.

[275] *Cameroun septentrional*, *exceptions préliminaires*, *arrêt du 2 décembre 1963*, *C.I.J. Recueil*, 1963, p. 15.

[276] Historiquement, les affaires relatives à la saisie de navires esclavagistes et d'autres actions visant à supprimer le commerce des esclaves ont soulevé des problèmes de légalité internationale (voir par exemple l'affaire *Le Louis*, 1817, *The English Reports*, Édimbourg, Green, 1923, vol. CLXV, p. 1464); *Buron v. Denman, Esq.*, 1848, ibid., vol. CLIV, p. 450; Rubin, *Ethics and Authority in International Law*, p. 97 et suiv.). Mais, au moins depuis la tenue de la Conférence de Berlin sur l'Afrique occidentale (15 novembre 1884 – 26 février 1885), il n'était plus possible d'examiner une demande en restitution sous la forme du retour d'anciens esclaves. Dans l'affaire *Adolf Eichmann,* l'Argentine retira sa demande en restitution d'Eichmann, accusé de crimes de guerre et crimes contre l'humanité; voir la résolution du Conseil de sécurité nº 138 (1960) [S/4349], 23 juin 1960, et le communiqué conjoint Argentine – Israël, 3 août 1960, reproduit dans l'affaire *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Cour de district de Jérusalem, 12 décembre 1961, *ILR*, vol. 36, par. 40, p. 59.

[277] Voir *supra* le paragraphe 7 *a*. Pour l'article 29 *bis*, voir *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), par. 306 à 318, p. 79 et 80.

[278] Les faits illicites continus en violation d'une norme impérative (comme le cas d'un génocide ou d'un autre crime contre l'humanité continu) soulèvent des questions plus importantes. Celles-ci portent cependant sur la cessation et l'exécution de l'obligation, non sur la restitution (voir *supra* le paragraphe 126).

[279] Voir *supra* les paragraphes 136 et 137.

[280] Voir, pour une approche générale, Greig, « Reciprocity, proportionality and the law of treaties », p. 398.

[281] Voir *supra* les paragraphes 38 à 42.

d) *La formulation de l'article 43*

145. En ce qui concerne la formulation de cet article, la France critique l'utilisation du terme « restitution en nature » dans l'article 44 au motif que celle-ci n'est pas limitée au retour d'une propriété ou d'un territoire soustraits. Mais la signification de cette expression est généralement comprise et acceptée; une définition est en outre fournie, essentiellement sous la forme du « rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis ». En second lieu, l'article 43 *c* dans sa rédaction originale met en balance le coût de la restitution pour l'État responsable et l'avantage qu'en tirerait l'État lésé. Mais il peut évidemment y avoir plusieurs, voire beaucoup d'États (ou autres entités) lésés par le même fait et l'ensemble de leurs intérêts devrait être pris en considération dans l'équation. Le paragraphe *c* devrait être rédigé en conséquence.

146. De l'avis du Rapporteur spécial, l'article 43 peut être libellé comme suit :

« ***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. »

3. Indemnisation

a) *Article 44 actuel*

147. L'article 44 dispose :

Indemnisation

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite une indemnisation pour le dommage causé par ce fait si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature.

2. Aux fins du présent article, l'indemnisation couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique subi par l'État lésé et peut comprendre des intérêts et, le cas échéant, le manque à gagner.

148. Malgré la priorité formelle qui est accordée à la restitution dans l'article 43, le commentaire de l'article 44 reconnaît que l'indemnisation est « le mode de réparation le plus souvent recherché à la suite d'un fait internationalement illicite »[282]. L'indemnisation pécuniaire diffère des paiements offerts ou accordés à titre de satisfaction, en ce que sa fonction est purement compensatoire; elle a pour but de représenter, autant que possible, le dommage subi par l'État lésé du fait de la violation. Cependant, malgré l'existence d'un grand nombre d'affaires tranchées par des tribunaux arbitraux où des problèmes liés à la fixation de l'indemnisation se sont posés, le commentaire explique le refus d'entrer dans le détail dans l'article 44 par le fait que « les règles relatives à l'indemnisation seraient nécessairement assez générales et souples »[283]. Le commentaire aborde la question du lien de causalité, y compris de l'influence de causes multiples[284], mais, sur le problème central de la fixation de l'indemnisation, il se contente de remarques générales selon lesquelles, par exemple, l'indemnisation est « la réparation appropriée dans le cas d'un "dommage susceptible d'évaluation économique", c'est-à-dire d'un dommage qui peut s'évaluer en termes économiques »[285], y incluant le dommage matériel et moral[286]. L'indemnisation est conçue comme étant limitée aux paiements en argent[287], bien qu'il n'y ait pas de raison qu'elle ne puisse pas prendre aussi la forme d'autres unités de valeur, s'il en est ainsi convenu.

149. Le commentaire traite ensuite de l'octroi d'intérêts et du manque à gagner. Les intérêts font l'objet d'une discussion distincte ci-dessous[288]. Le manque à gagner est abordé dans le détail mais de façon plutôt peu conclusive. Le commentaire souligne que

[L]'indemnisation du *lucrum cessans* n'est pas aussi universellement acceptée dans la doctrine et la pratique que la réparation du *damnum emergens*. En cas d'indemnisation pour manque à gagner, il ne semble pas que, pour la même période, des intérêts puissent être versés sur le capital auquel se rapporte le manque à gagner, pour la simple raison que le capital ne peut pas être au même moment producteur d'intérêts et théoriquement employé à produire des bénéfices. […] Le but essentiel est en l'occurrence d'éviter le « cumul » dans tous les modes de réparation[289].

Après une étude de la jurisprudence pertinente (y compris des décisions divergentes auxquelles le Tribunal des différends irano-américains est parvenu dans des affaires relatives à l'expropriation), le commentaire s'achève en indiquant que

[c]ompte tenu de ces divergences d'opinion sur l'indemnisation du *lucrum cessans*, la Commission a conclu qu'il serait extrêmement difficile d'arriver sur ce sujet à des règles précises susceptibles d'un large appui. […] Sur toutes ces questions, l'état du droit n'est pas encore […] suffisamment fixé, et la Commission ne s'estime pas en mesure, à ce stade, de donner des réponses précises à ces questions ou de formuler des règles concrètes à leur sujet. Elle a donc jugé préférable de laisser aux États concernés ou à la tierce partie éventuellement chargée du règlement du différend le soin de décider, dans chaque cas, s'il convenait de prévoir une indemnisation pour manque à gagner…[290].

En définitive, le paragraphe 2 de l'article 44 indique seulement que l'indemnisation « peut comprendre […] le cas échéant, le manque à gagner », une affirmation aussi tiède que possible.

[282] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 8 [actuel article 44], par. 1, p. 70 à 79.

[283] Ibid., par. 3, p. 71.

[284] Ibid., par. 6 à 13, p. 71 à 73. Voir *supra* les paragraphes 27 à 29, ainsi que 31 à 37, pour la discussion de ce point.

[285] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 8 [actuel article 44], par. 16, p. 73.

[286] Ibid., par. 17, p. 74.

[287] Ibid., par. 18, p. 74, citant Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, livre II, chap. XVII, section XXII : « l'argent est la commune mesure des choses qui ont une valeur ».

[288] Voir *infra* les paragraphes 195 à 214.

[289] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 8 [actuel article 44], par. 27, p. 76.

[290] Ibid., par. 39, p. 78 et 79.

150. Les commentaires des gouvernements relatifs à l'article 44 soulèvent plusieurs questions importantes. La première d'entre elles est de savoir si cette disposition doit être plus détaillée. Certains gouvernements défendent le point de vue selon lequel, devant la complexité et l'importance des problèmes concernés, des directives supplémentaires sur les critères de l'indemnisation en droit international coutumier seraient les bienvenues – en particulier pour ce qui touche à « l'évaluation d'un préjudice pécuniaire », y compris les intérêts et le manque à gagner[291]. La France critique la rédaction « trop sommaire » de l'article 44 (surtout si elle est comparée au traitement détaillé fourni dans les articles 45 et 46) et se prononce en faveur d'un retour « à une version plus analytique », fondée sur les travaux fournis par M. Arangio-Ruiz dans son deuxième rapport[292], ainsi que sur la pratique et la jurisprudence internationales[293]. D'autres gouvernements soulignent en revanche le besoin de maintenir une certaine souplesse dans le traitement des cas particuliers; de leur point de vue, il suffit de poser dans l'article 44 le principe général de l'indemnisation. Ils font également valoir qu'un « examen détaillé et approfondi du droit relatif à la réparation prendrait un temps considérable et retarderait l'achèvement des travaux de la Commission »[294].

151. En ce qui concerne le contenu de ce principe général, certains gouvernements souscrivent à l'opinion selon laquelle, en principe, le montant de l'indemnisation à verser correspond précisément à la valeur de la restitution, si celle-ci avait été fournie à l'État lésé. Les États-Unis considèrent que la rédaction actuelle du paragraphe 1 « énonce [un] principe établi depuis longtemps en droit international coutumier et dans d'innombrables accords bilatéraux et multilatéraux »; selon le gouvernement américain, le fait que l'indemnisation doit être offerte dans la mesure où la restitution ne l'est pas indique clairement que le montant de l'indemnisation due devrait être équivalent à la valeur de la restitution[295]. Le Japon en revanche s'inquiète d'une interprétation possible du paragraphe 1, par laquelle « l'État auteur du fait internationalement illicite pourrait rejeter la demande d'indemnisation (financière) faite par l'État lésé sous prétexte qu'il n'a pas été prouvé que la restitution en nature était complètement impossible »; une telle lecture de cette disposition « limiterait indûment la liberté de l'État lésé de choisir la forme de réparation intégrale qu'il juge appropriée »[296].

152. Une autre question qui a été soulevée a trait à la nécessité de faire référence aux intérêts et au manque à gagner dans le paragraphe 2 et, si tel est le cas, à la formulation adéquate de celle-ci. Pour certains gouvernements, il est inutile de formuler le paiement d'intérêts et l'indemnisation du manque à gagner en termes d'obligation juridique[297]. C'est apparemment le point de vue adopté par le gouvernement français, qui propose de modifier le paragraphe comme suit :

> Aux fins du présent article, le dommage indemnisable découlant d'un fait internationalement illicite s'entend de tout préjudice lié à ce fait par un lien de causalité ininterrompu[298].

D'un autre côté, plusieurs gouvernements soutiennent fermement que, « dans la mesure où il représente la perte effective subie par l'État lésé, le versement d'intérêts ne devrait pas être optionnel, mais obligatoire »[299]. Par conséquent, le paragraphe 2 devrait disposer que l'indemnisation « comprend des intérêts » (plutôt que « peut comprendre »)[300]. Les États-Unis font référence aux décisions du Tribunal des différends irano-américains et de la Commission d'indemnisation des Nations Unies à l'appui de leur opinion selon laquelle la rédaction actuelle du paragraphe 2 « non seulement va à l'encontre de l'immense majorité des précédents sur le sujet mais porte en outre atteinte au principe de la "réparation intégrale" »[301].

153. Ces commentaires soulèvent beaucoup de problèmes eu égard à l'article 44. L'un d'entre eux, le débat sur les intérêts, est traité séparément ci-après[302]. Mais la question principale est de savoir si l'article 44 doit détailler davantage les principes acceptés de détermination de l'indemnisation, et de préciser quelles limitations pourraient y être apportées, afin d'éviter d'imposer une charge disproportionnée à l'État responsable.

b) *La fixation de l'indemnisation : principe général ou critères détaillés ?*

154. Dans son deuxième rapport, M. Arangio-Ruiz aborda dans le détail la question de la « réparation par équivalent » et proposa de choisir entre deux articles, l'un assez bref et le second plus précis. Ainsi que le commentaire l'indique, la Commission opta pour la version la plus

[291] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires du Danemark (au nom des pays nordiques) sur l'article 44, p. 147; voir aussi doc. A/CN.4/496, par. 125, p. 21 (où le besoin d'une plus grande sécurité juridique est souligné) et doc. A/CN.4/504, par. 71, p. 20.

[292] *Annuaire… 1989* (voir *supra* la note 21).

[293] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de la France sur l'article 44, p. 147; voir également A/CN.4/496, par. 125, p. 21; et A/CN.4/504, par. 71, p. 20 (où il fait référence, par exemple, au principe selon lequel le dommage subi par un national constitu[e] la mesure du dommage subi par l'État) (voir *supra* la note 3).

[294] A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 124, p. 20.

[295] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 44, p. 147; les États-Unis se réfèrent notamment à l'affaire du *Lusitania* (voir *supra* la note 16) ainsi qu'à l'affaire *Letelier and Moffit* (*ILM*, n vol. XXI, 1992) et font remarquer que « ce principe a aussi été appliqué à des cas d'homicide par négligence » (ibid.).

[296] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), commentaires du Japon sur l'article 44, p. 121.

[297] A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 71, p. 20.

[298] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35, p. 148).

[299] Ibid., commentaires du Royaume-Uni; voir également doc. A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 125, p. 21, p. 147 (« le versement d'intérêts [devrait être] la règle générale pour l'indemnisation »).

[300] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), p. 147, commentaires des États-Unis, qui considèrent que l'article 44 constituerait « un recul du droit international de la réparation » en l'absence d'une telle modification. Voir également doc. A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 71, p. 20, où un gouvernement soutient que le remplacement de « peut » par « doit » permettrait de « ne pas inciter l'État délinquant à retarder le paiement de l'indemnisation », tandis qu'un autre soutient l'idée « qu'un délai de grâce raisonnable » pour le paiement de l'indemnisation devrait être accordé à l'État auteur du fait illicite avant de déterminer l'octroi d'intérêts. Les gouvernements qui proposent cette substitution de termes ne semblent pas en faveur de la suppression des termes « le cas échéant » avant « manque à gagner » [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de la Mongolie sur l'article 44, p. 147].

[301] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires des États-Unis sur l'article 44, par. 2, p. 147.

[302] Voir *infra* les paragraphes 195 à 214.

courte, qui devint l'article 44[303]. Par conséquent, certains des problèmes que M. Arangio-Ruiz avait traités dans son deuxième rapport – la distinction entre le préjudice moral causé aux personnes et celui subi par l'État, la différence entre une expropriation licite et illicite, les méthodes de fixation de la valeur d'une propriété saisie, en particulier lorsque celle-ci est effectuée sur une base courante – ne sont pas ou peu abordés dans l'article 44 et son commentaire.

155. Il faut à l'évidence être prudent dans la formulation de règles plus précises sur l'indemnisation. Si des informations sont disponibles dans certains domaines (notamment sur la protection diplomatique, en ce qui concerne particulièrement la saisie de biens ou les dommages que ceux-ci peuvent subir), il y a eu relativement peu de décisions récentes traitant dans le détail de la détermination du dommage matériel entre États (c'est-à-dire hors du champ de la protection diplomatique). Des dommages-intérêts ont été demandés dans un tiers environ des affaires introduites devant la CIJ, mais la Cour n'en a jusqu'à présent alloué que dans une seule affaire – celle du *Détroit de Corfou*[304]. On a même soutenu que la Cour avait manifesté une certaine défiance à l'égard de l'allocation de dommages-intérêts, par comparaison avec des modes de réparation déclaratoires ou autres. Ainsi, dans l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, la Cour a conclu que la réclamation était devenue sans objet à la suite de l'engagement pris par la France de ne plus procéder à des essais nucléaires en atmosphère, et ce, nonobstant le fait que la demande d'indemnisation formulée par la Nouvelle-Zélande n'avait pas été remplie[305]. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, où chaque État demandait une indemnisation substantielle à l'encontre de la partie adverse, la Cour commença par réaffirmer les règles classiques de la réparation et de l'indemnisation puis suggéra qu'au regard des dommages-intérêts (et non pas des contributions financières nécessaires à la poursuite du projet), un accord à somme nulle lui paraissait approprié. Le passage pertinent est libellé comme suit :

> Il est une règle bien établie du droit international, qu'un État lésé est en droit d'être indemnisé, par l'État auteur d'un fait internationalement illicite, des dommages résultant de celui-ci. Dans le présent arrêt, la Cour a conclu que les deux Parties avaient commis des actes internationalement illicites et elle a constaté que ceux-ci sont à l'origine des dommages subis par les Parties; en conséquence, la Hongrie et la Slovaquie sont toutes deux tenues de verser des indemnités et sont toutes deux en droit d'en recevoir.
>
> La Slovaquie est donc en droit d'être indemnisée des dommages subis tant par la Tchécoslovaquie que par elle-même du fait de la décision hongroise de suspendre puis d'abandonner les travaux à Nagymaros et à Dunakiliti, car ces agissements ont occasionné le report de la mise en service de la centrale de Gabčíkovo et, une fois celle-ci mise en service, des changements dans son mode de fonctionnement.
>
> La Hongrie est en droit d'être indemnisée des dommages qu'elle a subis du fait du détournement du Danube car la Tchécoslovaquie, en mettant en service la variante C, et la Slovaquie, en la maintenant en service, ont privé la Hongrie de sa part légitime de ressources en eau partagées et ont exploité ces ressources essentiellement à leur profit.
>
> […]
>
> Toutefois, compte tenu de ce que les Parties ont commis des actes illicites croisés, la Cour tient à faire observer que la question de l'indemnisation pourrait être résolue de façon satisfaisante, dans le cadre d'un règlement d'ensemble, si chacune des Parties renonçait à toutes ses demandes et contre-demandes d'ordre financier ou les annulait[306].

Dans les deux affaires qui viennent d'être rappelées, on peut avancer que la CIJ n'a pas considéré que les questions d'indemnisation (à la différence du retour à la légalité ou de la cessation du comportement prétendument illicite) étaient au cœur du problème. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* notamment, elle a réaffirmé le contenu bien établi du droit de la réparation, y compris celui de l'indemnisation, dans les différends interétatiques. En outre, il ne faut interpréter de manière exagérée l'absence d'octroi d'indemnisation par la Cour. Dans certaines affaires en effet, les États ont préféré mettre un terme au différend par le paiement de dommages-intérêts (sans préjudice de leur position), plutôt que de laisser la Cour rendre un arrêt sur le fond[307], voire sur la compétence[308]. Dans d'autres affaires, les parties ont cherché à régler par elles-mêmes les questions consécutives à la décision ou à l'arrêt rendus sur le principe de la responsabilité, ou d'autres raisons ont justifié qu'un terme soit mis à l'affaire[309]. Plusieurs des affaires actuellement inscrites au rôle impliquent ou comprennent des demandes, ainsi que des demandes reconventionnelles, de réparation[310].

156. Mise à part la CIJ, d'autres juridictions importantes traitent des problèmes liés à la réparation, y compris les questions d'indemnisation.

a) Le Tribunal des différends irano-américains a développé une jurisprudence conséquente sur les problèmes de

---

[303] Voir Arangio-Ruiz, *Annuaire… 1989*, vol. II (1re partie), par. 20 à 105, p. 8 à 31, et, pour le texte de ses propositions, voir, ibid., p. 60. Pour le rapport du Comité de rédaction, voir *Annuaire… 1992*, vol. I, par 39 à 52, p. 233 à 235. Depuis 1989, la jurisprudence et la pratique ont connu certains développements, qui sont présentés notamment par Iovane, op. cit., Decaux, loc. cit., ainsi que dans les travaux cités *infra*. L'expérience tirée de l'étude du droit comparé général est bien résumée par Stoll, « Consequences of liability: remedies »

[304] *C.I.J. Recueil 1949* (voir *supra* la note 69), p. 249. Voir Gray, op. cit., p. 77 à 95, pour un compte-rendu assez sceptique de la pratique.

[305] *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, *arrêt*, *C.I.J. Recueil 1974*, par. 55 à 58, p. 475 et 476. Cf. *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, *C.I.J. Recueil 1995*, par. 59, p. 305.

[306] *C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 18), par. 152 et 153, p. 81. Voir aussi par. 34, p. 169 et 170 (juge Oda).

[307] Voir l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Autralie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 240, et l'ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement, *Ordonnance du 13 septembre 1993*, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 322; l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, *ordonnance du 10 septembre 1992*, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 348 (ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement).

[308] Comme dans l'affaire de l'*Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *ordonnance du 22 février 1996*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 9 (ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement).

[309] L'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* fut rayée du rôle après le dépôt du mémoire écrit du Nicaragua sur l'indemnisation; cf. *ordonnance du 26 septembre 1991*, *C.I.J. Recueil 1991*, p. 47 (ordonnance de radiation du rôle).

[310] Des demandes reconventionnelles ont été déclarées recevables dans les affaires suivantes : affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, *demandes reconventionnelles*, *ordonnance du 17 décembre 1997*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 243; affaire relative aux *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *demandes reconventionnelles*, *ordonnance du 10 mars 1998*, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 190; affaire relative à la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, *ordonnance du 30 juin 1999*, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 983.

détermination du dommage et d'évaluation des biens expropriés. Plusieurs demandes importantes de réparations interétatiques sont actuellement en cours d'examen[311];

b) Les juridictions et autres organes compétents en matière de droits de l'homme, notamment les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, ont développé toute une jurisprudence relative à ce que l'article 41 (ancien article 50) de la Convention européenne des droits de l'homme dénomme la « satisfaction équitable »[312]. Jusqu'à présent, ces organes ont généralement alloué ou recommandé des montants modestes d'indemnisation ou de dommages-intérêts, mais la pratique connaît de nombreux développements[313];

c) Les Tribunaux arbitraux du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), prévus par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, sont compétents pour allouer des dommages-intérêts ou d'autres modes de réparation dans les différends relatifs aux investissements existant entre les États parties et les ressortissants d'autres États. Certains de ces litiges entraînent un recours direct au droit international[314];

d) Le Tribunal international du droit de la mer a octroyé des dommages-intérêts substantiels sous plusieurs rubriques, ainsi que des intérêts, dans la première affaire qu'il ait jugée au fond[315];

e) La Commission d'indemnisation des Nations Unies (UNCC) est un organe non judiciaire établi par le Conseil de sécurité pour régler les demandes d'indemnisation formulées contre l'Iraq et « directement » liées à l'invasion du Koweït par celui-ci en 1990[316]. L'UNCC a pour mandat de décider de la responsabilité de l'Iraq « en vertu du droit international »[317] et a posé des lignes directrices sur l'octroi d'indemnisations qui sont soumises à l'approbation du Conseil d'administration (composé des membres du Conseil de sécurité). Ces lignes directrices ont été mises en œuvre dans le cadre d'un très grand nombre de réclamations[318].

157. Quand une juridiction ou un autre organe se voit attribuer compétence pour traiter des différends relatifs à la responsabilité des États et accorder une indemnisation, la question se pose de savoir si ses décisions ultérieures font partie d'un « régime spécial » de réparation, équivalant à une *lex specialis*. Il y a indubitablement, à un degré plus ou moins élevé, des éléments de *lex specialis* dans les travaux des organes qui ont été mentionnés ci-dessus (ainsi que dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, qui s'intéresse beaucoup plus aux problèmes de cessation que de réparation)[319]. En principe, les États sont libres d'établir des mécanismes de règlement des différends qui se concentrent sur certains aspects seulement des conséquences de la responsabilité, écartant ou laissant dès lors de côté d'autres éléments. Mais il existe cependant une présomption allant à l'encontre de la création de régimes totalement spécifiques dans le domaine de la réparation; tous les organes auxquels il a été fait référence dans le paragraphe précédent ont été

[311] Pour des études de la jurisprudence du Tribunal relative à l'évaluation et à l'indemnisation, voir, entre autres, Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, chapitres 5, 6, et 12; Brower et Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, chapitres 14 à 18; Pellonpää, « Compensable claims before the Tribunal: expropriation claims »; et. Stewart, « Compensation and valuation issues ».

[312] L'article 41 (dans la numérotation posée par le Protocole n° 11 de 1994) dispose :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

Dans la pratique de la Cour, la « satisfaction » inclut à la fois des éléments d'indemnisation et de satisfaction au sens du projet d'articles.

[313] Voir l'étude utile menée par Shelton, op. cit., p. 214 à 291. Voir aussi *infra* le paragraphe 157.

[314] Voir par exemple *Asian Agricultural Products Ltd. c. République du Sri Lanka* (1990), *ICSID Reports*, Cambridge University Press, 1997, vol. 4, p. 245.

[315] Affaire du *Navire « Saiga » (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. la Guinée)*, Tribunal international du droit de la mer, *arrêt du 1er juillet 1999*; reproduit in *ITLOS Reports 1999*, par. 170 à 177, p. 65 à 67.

[316] Voir *supra* le paragraphe 28. Outre les ouvrages qui y sont cités, voir Boelaert-Suominen, « Iraqi war reparations and the laws of war: a discussion of the current work of the United Nations Compensation Commission with specific reference to environmental damage during warfare »; Christenson, « State responsibility and the UN Compensation Commission: compensating victims of crimes of state »; Gattini, « La riparazione dei danni di guerra causati dall'Iraq »; Graefrath, « Iraqi Reparations and the Security Council »; Romano, « Woe to the vanquished? A comparison of the reparation process after World War I (1914-18) and the Gulf War (1990-1) ».

[317] Conseil de sécurité, résolution 687, (1991), par. 16.

[318] Les lignes directrices et les décisions de la Commission peuvent être trouvées à l'adresse Internet suivante : http://www.uncc.ch/decision.htm. Les décisions suivantes sont particulièrement intéressantes dans le cadre des questions discutées ici :

Décision 3 du 23 octobre 1991 : Atteinte aux personnes et préjudices psychologiques ou moraux (S/AC.26/1991/3);

Décision 7 du 17 mars 1992 : Critères applicables à d'autres catégories de réclamations (S/AC.26/1991/7/Rev.1);

Décision 8 du 27 janvier 1992 : Établissement de plafonds pour l'indemnisation du préjudice psychologique ou moral (S/AC.26/1992/8);

Décision 9 du 6 mars 1992 : Propositions et conclusions concernant l'indemnisation des pertes industrielles ou commerciales : détermination et évaluation des différents types de dommages (S/AC.26/1992/9);

Décision 11 du 26 juin 1992 : Cas dans lesquels les membres des forces armées de la coalition alliée peuvent faire valoir un droit à réparation (S/AC.26/1992/11);

Décision 13 du 25 septembre 1992 : Mesures supplémentaires pour se prémunir contre l'indemnisation multiple de certains requérants (S/AC.26/1992/13);

Décision 15 du 4 janvier 1993 : Indemnisation des pertes industrielles ou commerciales résultant de l'invasion et de l'occupation illicite du Koweït par l'Iraq lorsque l'embargo sur le commerce et les mesures connexes ont également joué comme cause (S/AC.26/1992/15);

Décision 16 du 4 janvier 1993 : Allocation d'intérêts (S/AC.26/1992/16);

Décision 19 du 24 mars 1994 : Dépenses militaires [S/AC.26/Dec.19 (1994)];

Décision 40 du 18 décembre 1996 : Décision concernant la réclamation relative aux frais afférents à l'extinction des incendies de puits de pétrole [S/AC.26/Dec.40 (1996)].

[319] Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, annexe 2, Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, notamment l'article 3, par. 7, qui prévoit l'indemnisation seulement « si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et qu'à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé ». Aux fins de l'OMC, « l'indemnisation » porte sur le comportement futur, et non passé (voir, ibid., art. 22). Sur la distinction entre cessation et réparation dans le cadre de l'OMC, voir, par exemple, *Australie – Subventions fournies aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles* (WT/DS126/RW), Rapport du Groupe spécial de règlement des différends de l'OMC, 21 janvier 2000, par. 6.49, p. 22.

influencés, dans une plus ou moindre grande mesure, par les critères de la réparation posés en droit international général. La pratique dans ce domaine est en outre remarquablement dynamique; il est donc tout à fait significatif que l'on fasse encore référence au principe de l'*Usine de Chorzów*[320] ainsi qu'aux travaux de la Commission. La décision majeure rendue par la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur la question contient par exemple le paragraphe suivant :

> La réparation du dommage occasionné par la violation d'une obligation internationale consiste dans la restitution intégrale (*restituto in integrum*), qui comprend la restauration de la situation antérieure, la réparation des conséquences de la violation et l'octroi d'une indemnisation des dommages patrimoniaux et extrapatrimoniaux, y inclus le dommage moral.
>
> Pour ce qui concerne le dommage moral, la Cour considère que le versement d'une indemnité est permis par le droit international, notamment dans le cas des violations des droits de l'homme. […] L'indemnisation doit être fondée sur les principes de l'équité.
>
> […]
>
> L'article 63.1 de la Convention américaine] ne mentionne pas l'effectivité des moyens de réparation disponibles dans le droit interne de l'État responsable de la violation et ne se limite pas à leur garantie. Dès lors, [la Cour] n'est pas entravée dans son action par les défauts, les imperfections ou les déficiences du droit interne mais opère indépendamment de ce dernier.
>
> Cela signifie que, pour fixer l'indemnité correspondante, la Cour doit s'appuyer sur la Convention américaine et les principes applicables du droit international[321].

De même, dans l'affaire *Papamichaelopoulos*, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que :

> Le caractère illicite de pareille dépossession se répercute par la force des choses sur les critères à employer pour déterminer la réparation due par l'État défendeur, les conséquences financières d'une expropriation licite ne pouvant être assimilées à celles d'une dépossession illicite. À cet égard, la jurisprudence internationale, judiciaire ou arbitrale, fournit à la Cour une source d'inspiration très appréciable; quoiqu'elle concerne plus spécialement l'expropriation d'entreprises industrielles et commerciales, les principes qu'elle dégage en ce domaine restent valables pour des situations comme celle en l'espèce[322].

158. Le fait que les décisions sur l'indemnisation rendues par les juridictions internationales spécialisées puissent comprendre des éléments de *lex specialis* n'est donc pas une raison qui pourrait conduire la Commission à s'écarter du principe de l'indemnisation complète, tel qu'il est reflété dans l'article 44. Il y a cependant là un motif pour hésiter à exprimer le contenu de ce principe de façon plus détaillée, dans la mesure où celui-ci est appliqué (et continuera sans doute à l'être) de diverses manières, par différents organes et dans des contextes variés. Deux autres raisons incitent à la prudence :

a) En premier lieu, l'essentiel des controverses relatives à la quantification des dommages-intérêts a trait aux biens expropriés, où le véritable problème concerne le contenu de l'obligation primaire d'indemnisation, sauf dans des cas particuliers tels que les jurisprudences de l'*Usine de Chorzów*[323] ou *Papamichaelopoulos*[324]. La fonction de la Commission, dans le cadre du présent projet d'articles, n'est pas de préciser la distinction substantielle existant entre saisies licites et illicites ou de déterminer le contenu d'une quelconque obligation primaire[325];

b) En second lieu, dès lors que la Commission a décidé de traiter la protection diplomatique comme un sujet distinct (quoique celui-ci s'inscrive dans le domaine général de la responsabilité), les problèmes de quantification qui surgissent du fait des préjudices causés aux étrangers seront abordés de façon plus appropriée dans le cadre de ce sujet.

159. Malgré ces quelques observations, on peut soutenir que, si des règles claires et plus détaillées relatives à la détermination de l'indemnisation peuvent être posées – au titre soit de la codification soit du développement progressif –, il n'y a pas de raison pour qu'elles ne le soient pas. L'existence de ces règles est cependant très problématique, par opposition aux principes généraux que posent les articles 42 et 44[326]. Les décisions pertinentes reflètent une grande variété de situations factuelles, l'influence d'obligations primaires particulières[327], l'évaluation de la conduite respective des parties (à la fois en ce qui concerne la gravité de la violation et leur comportement ultérieur) et, plus généralement, la volonté de parvenir à un résultat équitable et acceptable. Comme Aldrich le fait observer, « lorsque [les juges internationaux] font face à un jugement complexe, tel que ceux qui concernent le montant de l'indemnisation exigible du fait de l'expropriation de droits, […] des considérations d'équité entreront inévitablement en jeu, que ce soit ou non de manière explicite »[328]. L'expérience montre, dans ce contexte comme dans d'autres, qu'il est possible de

---

[320] Voir *supra* la note 49.

[321] Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, *dommages-intérêts compensatoires*, *arrêt du 21 juillet 1989*, série C, nº 7, par. 26 et 27, et 30 et 31.

[322] *Papamichaeopoulos et autres c. Grèce (Article 50)*, Cour européenne des droits de l'homme, *Série A : arrêts et décisions*, vol. 330-B, *arrêt du 31 octobre 1995*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996, par. 36, p. 59. La Cour poursuit en citant le *dictum* de l'*Usine de Chorzów* (ibid.) [voir *supra* la note 49]. Voir, sur le développement des critères d'indemnisation dans le domaine des droits de l'homme : Shelton, op. cit.; Randelzhofer et Tomuschat (dir.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*; et Pisillo Mazzeschi, « La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione Europea ».

[323] Voir *supra* la note 49.

[324] Voir *supra* la note 322.

[325] Sur les problèmes d'expropriation et d'évaluation des biens produisant des revenus, voir par exemple : Erasmus, *Compensation for Expropriation: A Comparative Study*; Norton, « A law of the future or a law of the past? Modern tribunals and the international law of expropriation »; Penrose, Joffee et Stevens, « Nationalisation of foreign-owned property for a public purpose: an economic perspective on appropriate compensation »; Lieblich, « Determinations by international tribunals of the economic value of expropriated enterprises », et « Determining the economic value of expropriated income-producing property international arbitrations »; Friedland et Wong, « Measuring damages for the deprivation of income-producing assets: ICSID case studies »; Khalilian, « The place of discounted cash flow in international commercial arbitrations: awards by Iran-United States Claims Tribunal »; Chatterjee, « The use of the discounted cash flow method in the assessment of compensation: comments on the recent World Bank guidelines on the treatment of foreign direct investment »; et Dagan, *Unjust Enrichmen: A Study of Private Law and Public Values*, chapitre 6 (« International Law »).

[326] M. Arangio-Ruiz était parvenu à la même conclusion; cf. *Annuaire… 1989* (voir *supra* la note 21), par. 28, p. 11.

[327] Un problème particulièrement souligné par Brownlie, op. cit., p. 222 à 227.

[328] Aldrich, op. cit., p. 242. Le passage cité fait référence à la question de la détermination de l'indemnisation liée au « droit de pomper et de vendre des produits pétroliers », mais est d'application plus générale.

fournir des exemples de l'intervention de considérations d'équité et de proportionnalité en droit international, mais que la tentative de les définir en détail est probablement promise à l'échec.

160. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial partage le choix fait par la Commission en 1992 de rédiger l'article 44 en termes souples et généraux[329]. Certaines limitations spécifiques au principe de l'indemnisation complète – notamment la règle prohibant le double recouvrement et, peut-être, le principe *non ultra petita* – peuvent être posées, bien que, théoriquement, elles se rapportent davantage à l'invocation de la responsabilité qu'à la détermination du quantum. Comme le problème de l'atténuation de la responsabilité[330], ces limitations seront examinées ci-dessous.

c) *Les limitations à l'indemnisation*

161. Un problème doit cependant être abordé, celui de savoir s'il faut limiter l'indemnisation. Les systèmes juridiques cherchent en général à éviter de créer des responsabilités pour des montants et des catégories de sujets indéterminés, et le contexte particulier des relations interétatiques ne peut qu'accentuer cette préoccupation. Il n'y a pas en droit international d'équivalents *généraux* à la limitation des actions ou de la responsabilité, qui est utilisée à cet égard par le droit interne. L'État n'est pas une société à responsabilité limitée et il n'existe pas de mécanisme formel permettant de traiter les problèmes d'insolvabilité étatique. Étant donné la capacité qu'ont les États à interférer dans la vie des populations et les relations économiques, et l'accroissement du droit international matériel relatif à ces deux domaines, l'apparition d'une responsabilité indéterminée est sans aucun doute envisageable – même si celle-ci ne s'est pas en général manifestée dans la pratique[331].

162. Le problème de la limitation des demandes d'indemnisations écrasantes a déjà été abordé lors de la discussion de l'ancien article 42, paragraphe 3, selon lequel la réparation ne devrait pas avoir pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance[332]. Pour les raisons qui ont alors été données, cette disposition est inutile en ce qui concerne la restitution et la satisfaction, mais elle mérite d'être examinée pour ce qui touche à l'indemnisation. Les règles relatives au lien direct ou étroit entre le fait illicite et le dommage ne garantissent pas en effet que des montants très importants ne seront pas accordés, dans certains cas, au titre de l'indemnisation.

163. L'une des manières de répondre à ces préoccupations consiste à réaffirmer fermement qu'elles sont exagérées, que l'indemnisation n'est exigible que lorsque le préjudice subi est la conséquence (directe, proche ou peu éloignée) du fait internationalement illicite d'un État, et que, dans ces cas de figure, rien ne justifie que l'on exige de la ou des victime(s) qu'elle(s) supporte(nt) le préjudice. En outre, si les États souhaitent établir des limitations aux régimes de responsabilité dans le cadre d'activités particulièrement dangereuses (comme celles qui peuvent mener aux pollutions d'hydrocarbures ou aux accidents nucléaires), il leur est toujours loisible de le faire. Il faut surtout noter que les procédures de réclamation organisées (qu'elles prennent la forme d'accords de règlement forfaitaire ou passent par des commissions ou tribunaux mixtes) ont eu pour résultat constant de diminuer significativement le niveau de l'indemnisation due, en comparaison des montants demandés[333]. Dès lors, il n'est pas nécessaire d'inclure une disposition générale à ce propos.

164. Le Rapporteur spécial est enclin à partager ce point de vue. Il appartient néanmoins à la Commission de déterminer si l'article 42, paragraphe 3, ou une disposition similaire, doit être inséré dans l'article 44, pour couvrir les hypothèses de responsabilités catastrophiques et imprévues. En tout état de cause, le problème de l'atténuation de la responsabilité et des dommages-intérêts eu égard au comportement de l'État lésé a sa place dans le projet et est discuté ci-dessous[334].

d) *Conclusion*

165. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial propose que l'article 44 soit libellé comme suit :

« *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. »

Par rapport à la version adoptée en première lecture, certaines modifications rédactionnelles ont été effectuées, pour la plupart de caractère mineur. En premier lieu, et à l'image des autres articles de cette partie, l'article 44 est formulé comme une obligation de l'État responsable. L'invocation de la responsabilité par le ou les État(s) lésé(s) sera traitée dans la deuxième partie *bis*. Bien évidemment, chaque État n'est en droit d'invoquer l'obligation de verser une indemnisation que s'il a lui-même subi un dommage ou si sa réclamation concerne véritablement le dommage subi par ses ressortissants[335]. En second lieu, les deux paragraphes de l'ancien article 44 ont été fondus en un seul, lequel couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique. Il n'est pas besoin de mentionner le manque à gagner comme une forme de dommage spécifique, dès lors notamment que toute référence à ce point devrait nécessairement être nuancée (et prêterait alors le flanc aux critiques sur l'effet de « décodification » adressées à l'ancien texte par certains gouvernements)[336]. L'indemnisation du manque à gagner est possible dans certaines circonstances et ne l'est pas dans d'autres; tenter d'expliciter ces cas de figure serait contraire à l'idée qui sous-tend l'article 44, lequel est

[329] *Annuaire… 1992*, vol. I, 2288e séance, par. 48, p. 234.

[330] Voir *infra* les paragraphes 215 à 222.

[331] Voir, par exemple, l'accident de Tchernobyl, qui n'a cependant pas engendré de demandes en responsabilité (Woodliffe, « Chernobyl: four years on », p. 466 à 468).

[332] Voir *supra* les paragraphes 38 à 42.

[333] Voir *supra* la note 78. Des résultats similaires peuvent être observés dans le cadre des anciens tribunaux mixtes.

[334] Voir *infra* les paragraphes 195 à 214.

[335] L'étendue de la possibilité pour un État de faire une réclamation au nom de personnes ou de sociétés lésées par le fait internationalement illicite d'un autre État sera examinée de manière plus détaillée dans le cadre de l'étude de la protection diplomatique.

[336] Voir *supra* les paragraphes 149 et 152.

conçu comme l'exposé général d'un principe. Le commentaire peut présenter les différentes formes de dommage indemnisable (y compris le manque à gagner) de manière plus substantielle. La question des intérêts sera traitée dans un article distinct[337].

166. Il appartiendra à la Commission de décider si une formulation plus détaillée du principe de l'indemnisation est nécessaire dans l'article 44, auquel cas des propositions seraient présentées dans une partie ultérieure du présent rapport. Le Rapporteur spécial est néanmoins favorable à un traitement plus discursif, dans le commentaire, de l'ensemble des règles d'indemnisation et des principes relatifs à l'estimation des dommages-intérêts qui sont internationalement reconnus. Parmi d'autres avantages, cette solution permettrait de maintenir le degré de souplesse nécessaire.

4. Satisfaction

a) *Article 45 actuel*

167. L'article 45 dispose :

Satisfaction

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite satisfaction pour le dommage, notamment moral, causé par ce fait si, et dans la mesure où, cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale.

2. La satisfaction peut prendre une ou plusieurs des formes suivantes :

a) Des excuses;

b) Des dommages-intérêts symboliques;

c) En cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte;

d) Si le fait internationalement illicite résulte de fautes graves d'agents de l'État ou d'agissements criminels d'agents de l'État ou de personnes privées, une action disciplinaire à l'encontre des responsables ou leur châtiment.

3. Le droit de l'État lésé d'obtenir satisfaction ne l'autorise pas à formuler des exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

168. Selon le commentaire, la satisfaction a pour objet de couvrir « seulement le dommage non matériel causé à l'État », autrement dénommé son « préjudice moral »[338]. La doctrine classique exprimait cette notion en termes d'« honneur » ou de « dignité » : ces mots ont aujourd'hui un côté quelque peu archaïque, bien que la « dignité » apparaisse encore au paragraphe 3 de l'article 45. Le paragraphe 1, en faisant référence à la « satisfaction pour le dommage, notamment moral, causé par ce fait », vise « tout dommage non matériel subi par un État par suite d'un fait internationalement illicite ». C'est là l'objet de la satisfaction[339].

169. Le commentaire souligne que la satisfaction est un mode de réparation « assez exceptionnel », auquel il n'est pas toujours possible d'avoir recours. Ce constat est rendu par l'emploi des termes « si, et dans la mesure où, cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale »[340]. Le paragraphe 2 fournit une liste des formes que la satisfaction peut revêtir. Ainsi, les excuses, qui « comprennent l'expression de regrets, la présentation d'excuses, le salut au drapeau, etc. […] occupent une place importante dans la jurisprudence internationale » : même si certaines de ces formes (comme le salut au drapeau) « semblent avoir disparu de la pratique récente », les demandes d'excuses sont devenues plus fréquentes et importantes[341]. Une autre forme, qui n'est pas mentionnée au paragraphe 2, réside dans « la reconnaissance par un tribunal international de l'illicéité du comportement de l'État offenseur »[342].

170. Les dommages-intérêts « correspondant à la gravité de l'atteinte » ont « un caractère exceptionnel […et] sont accordés à la partie lésée en plus de l'indemnisation du dommage effectif, quand le préjudice qui a été causé a été aggravé par des circonstances telles que la violence, l'oppression, la malveillance, le dol ou le comportement mal intentionné de la partie auteur du fait illicite »[343]. Ainsi, dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Secrétaire général des Nations Unies décida que la France présenterait des excuses formelles à la Nouvelle-Zélande pour la violation et lui paierait la somme de 7 millions de dollars des États-Unis; ce montant excédait de beaucoup celui du dommage effectivement subi et représentait véritablement une forme de satisfaction[344]. Le commentaire ne suggère pas que ce mode de satisfaction soit limité au cas des « crimes internationaux », tels qu'ils sont définis dans l'article 19 adopté en première lecture. Même par rapport aux « délits », la satisfaction remplit une fonction qui, indépendamment de son éventuel caractère « afflictif », vise à exprimer la gravité de l'affaire et du préjudice subi; elle constitue en ce sens un aspect de la réparation intégrale[345].

171. La prise de sanctions contre les agents de l'État responsables est aussi fréquemment demandée et accordée, mais « une large application de cette forme de satisfaction pourrait aboutir à une ingérence indue dans les affaires intérieures des États. [La Commission] a donc limité le champ d'application de l'alinéa *d* aux agissements criminels d'agents de l'État ou de particuliers et aux fautes graves d'agents de l'État »[346].

172. De manière plus générale, et à la lumière des abus constatés dans le passé, il est nécessaire de poser des limites aux mesures qui peuvent être demandées comme modes de satisfaction et vont à l'encontre du principe de l'égalité des États[347]. C'est l'objet du paragraphe 3[348].

---

[337] Voir *infra* les paragraphes 195 à 214.

[338] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 10 [actuel article 45], par. 4, p. 80.

[339] Ibid., par. 5, p. 80.

[340] Ibid., par. 6, p. 80.

[341] Ibid., par. 9, p. 82.

[342] Ibid., par. 10, p. 82.

[343] Ibid., par. 12, p. 83.

[344] Ibid., par. 13, p. 83.

[345] Ibid., par. 21 à 24, p. 84.

[346] Ibid., par. 15, p. 83.

[347] Le commentaire ne fournit pas d'exemples de tels abus, mais M. Arangio-Ruiz en donne deux dans son deuxième rapport : la note conjointe présentée au gouvernement chinois en 1900 après la révolte des Boxers et la demande formulée contre la Grèce par la Conférence des Ambassadeurs dans l'affaire *Tellini* en 1923 [*Annuaire… 1989* (voir *supra* la note 21), par. 124, p. 40 et 41]. Ces deux exemples portaient sur des demandes collectives.

[348] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 10 [actuel article 45], par. 25, p. 84.

173. Aucun des gouvernements ayant fait des commentaires sur l'article 45 ne remet en question son bien-fondé et sa nécessité : tous sont d'avis que la satisfaction est une forme de réparation importante et bien établie en droit international[349]. Les trois paragraphes qui composent la disposition ont néanmoins fait l'objet de nombreuses remarques tant de substance que de forme. En ce qui concerne le paragraphe 1, la principale préoccupation qui s'exprime a trait à la notion de dommage moral. Le Japon fait observer que les termes « le dommage, notamment moral » ne sont pas assez clairs et devraient être supprimés[350]. À l'inverse, l'Allemagne comme les États-Unis s'accordent sur le fait que la réparation du dommage moral est bien établie dans la pratique étatique. Ces deux gouvernements considèrent cependant que « le dommage moral correspond au traumatisme mental et à l'angoisse causés, et [que] la réparation prend généralement la forme d'une indemnisation »; partant, la disposition relative au dommage moral devrait selon eux être déplacée dans l'article 44[351].

174. En ce qui concerne le paragraphe 2, le premier point soulevé par les gouvernements porte sur la notion de « dommages-intérêts punitifs », auxquels il est fait allusion au paragraphe 2 *c*. Plusieurs États soutiennent que la fonction punitive de la réparation n'est pas étayée par la pratique étatique ou la jurisprudence internationale et proposent que la disposition y relative dans l'article 45 soit supprimée[352]. En revanche, la République tchèque souhaite que la Commission « revienne encore sur le problème de la possibilité de dommages intérêts punitifs en cas de "crime" »[353]. Devant le caractère *sui generis* de la responsabilité internationale, l'absence du concept de dommages-intérêts punitifs dans certains systèmes juridiques internes ne lui apparaît pas comme un obstacle insurmontable. Outre le fait que des dommages-intérêts punitifs ont été octroyés dans quelques affaires internationales, « il n'est pas en règle générale aisé de distinguer des dommages-intérêts punitifs véritables, c'est-à-dire allant au-delà de la simple réparation, d'une allocation "généreuse" d'indemnité devant compenser un préjudice moral évalué extensivement »[354]. De plus, « [l]'introduction du concept de dommages-intérêts punitifs dans le projet d'articles permettrait de doter le régime de responsabilité pour "crimes" d'une fonction de dissuasion *a priori* très utile »[355].

175. Les États ont également émis des observations sur les autres dispositions de l'article 45, paragraphe 2. Il a ainsi été suggéré que les nouvelles formes de « réparation par équivalence » reconnues dans l'affaire du *Rainbow Warrior* pourraient être intégrées au paragraphe 2[356]. La France propose un certain nombre d'autres modifications. De son point de vue, il serait souhaitable d'ajouter un nouvel alinéa « qui ferait référence à la reconnaissance de l'existence d'un fait internationalement illicite par un tribunal »; il pourrait être libellé comme suit :

> La constatation de l'illicéité du fait par un organe international compétent et indépendant des parties[357].

La France considère également que les termes « des regrets et » devraient être insérés avant « des excuses » dans l'alinéa *a*[358], et que l'expression « une action disciplinaire ou pénale » devrait remplacer « une action disciplinaire […] ou leur châtiment » dans l'alinéa *d*. Les points de vue sont plutôt divisés à l'égard de ce dernier alinéa : s'il a été suggéré qu'il « concernait un problème interne, les mesures disciplinaires contre des agents de l'État, qui ne devait pas être traité dans le projet d'articles »[359], l'Autriche a soutenu qu'il devrait mieux refléter la pratique étatique récente et notamment le fait que « de plus en plus d'instruments multilatéraux insistent sur l'obligation des États de poursuivre ou d'extrader les auteurs d'actes illicites visés par leurs dispositions »[360].

176. Enfin, les États-Unis proposent la suppression du paragraphe 3, au motif que « le terme "dignité" n'est […] pas défini (et il sera sans doute extrêmement difficile d'en tirer un principe juridique) et [que] cette disposition risque d'être dénaturée par des États qui cherchent à éviter de donner satisfaction sous quelque forme que ce soit »[361].

177. Par conséquent, l'article 45 semble soulever trois questions, qui correspondent à ses trois paragraphes : premièrement, celle du caractère général de la satisfaction et de son rapport au « dommage moral »; deuxièmement, celle de l'exhaustivité des formes de satisfaction énumérées au paragraphe 2, ainsi que certains problèmes liés au contenu de la liste fournie; et enfin, celle de la nécessité et de la rédaction du paragraphe 3.

b) *La nature de la satisfaction comme mode de réparation*

178. Il ne fait pas de doute que la satisfaction fournie pour le préjudice non matériel causé par un État à un

[349] La Mongolie décrit l'article 45 comme étant d'« une grande importance » [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), p. 148].

[350] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), p. 121 [voir également A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 72, p. 20, où il est proposé de définir l'expression « dommage moral »].

[351] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), par. 2, p. 148 et 149. La citation est un commentaire de l'Allemagne, qui distingue le dommage moral subi par les ressortissants d'un État de celui dont souffre directement l'État : bien qu'elle soit « moins nette », la seconde situation pourrait également justifier une indemnisation « en tant que forme de satisfaction pour atteinte à la dignité d'un État » (ibid.).

[352] Allemagne, ibid.; Autriche (demandant à la Commission d'approfondir la question, étant donné que le concept est établi dans certains systèmes juridiques internes), ibid.; États-Unis, ibid.; Suisse (proposant la suppression du paragraphe 2 *c* sur un autre fondement, le fait qu'il a trait à des problèmes d'indemnisation, déjà couverts par l'article 44), ibid.; et Japon [*Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43)].

[353] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de la République tchèque sur l'article 45, par. 2, p. 149.

[354] Ibid. [la République tchèque doute de la pertinence en droit international contemporain des affaires du *Carthage (France c. Italie)*, sentence du 6 mai 1913, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.61.V.4), p. 449) et du *Lusitania* (voir *supra* la note 16)]; voir aussi A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 72, p. 20.

[355] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de la République tchèque sur l'article 45, par. 2, p. 150.

[356] A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 72, p. 20.

[357] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de la France sur l'article 45, par. 2, p. 149.

[358] Ibid. L'Ouzbékistan propose une adjonction similaire ainsi que l'addition des termes « témoignage d'honneur particulier à l'État lésé » (ibid.).

[359] A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 72, p. 20.

[360] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 45, par. 2, p 149.

[361] Ibid., commentaires sur le paragraphe 3 de l'article 45, p. 150; voir aussi A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 72, p. 20.

autre est reconnue par le droit international. Cela a été par exemple souligné par le Tribunal dans l'affaire du *Rainbow Warrior* :

> Il y a une habitude de longue date des États et des Cours et Tribunaux internationaux d'utiliser la satisfaction en tant que remède ou forme de réparation (au sens large du terme) pour les violations d'une obligation internationale. Cette habitude s'applique particulièrement aux cas de dommages moraux ou légaux du fait direct d'un État, à l'inverse des cas de dommages aux personnes impliquant des responsabilités internationales. Dans son second rapport (1989) pour la Commission du droit international sur la responsabilité des États, le professeur Arangio-Ruiz a fait une étude très précieuse et très complète de toute la question […]. Il démontre que la doctrine et la coutume judiciaire et étatique considèrent la satisfaction comme étant « le remède spécifique aux atteintes à la dignité, à l'honneur ou au prestige d'un État » (par. 106).
>
> La satisfaction dans ce sens là peut prendre et a pris différentes formes. Arangio-Ruiz mentionne les regrets, la punition des individus responsables, la protection contre la répétition des actes, le paiement de dommages symboliques ou minimum ou la compensation sur une base plus large, et la décision d'un tribunal international déclarant illégale la conduite de cet État […].
>
> C'est vers cette dernière forme de satisfaction pour un acte illicite international que le Tribunal se tourne maintenant. Les Parties à la présente cause sont convenues qu'une telle déclaration de violation pouvait être faite en principe – bien que la France eût nié avoir violé ses obligations et que la Nouvelle-Zélande eût tenté d'obtenir une déclaration aussi bien qu'une ordonnance de retour. Il est indubitable que ce pouvoir existe et qu'il est considéré comme une importante sanction[362].

179. Selon le commentaire de l'article 45, la satisfaction « ne se définit pas seulement par le type de dommages pour lequel elle constitue un mode de réparation spécifique, mais également par les formes caractéristiques qu'elle revêt »[363]. Cela est certainement exact mais un problème subsiste, en ce que le paragraphe 1 ne définit pas du tout la satisfaction : il emploie le mot « satisfaction » puis fait référence de façon générale au « dommage, notamment moral » subi par l'État lésé. Cela soulève plusieurs problèmes.

180. Le premier concerne le terme « dommage moral », que certains États considèrent comme relevant en réalité de l'indemnisation, notamment lorsqu'il se rapporte aux individus[364]. Dans la structure conçue initialement par M. Arangio-Ruiz, le dommage moral subi par les personnes était couvert par le projet d'article 8, alors que le dommage moral subi par l'État était couvert par l'article 10 relatif à la satisfaction[365]. Bien qu'elle ne fût pas rejetée par la Commission, cette distinction fut cependant éludée lors de l'adoption des articles.

181. Pour ce qui concerne les individus, le terme « dommage moral » (que tous les systèmes juridiques ne connaissent pas) s'entend généralement d'un dommage non matériel, tel que la douleur et la souffrance, la perte de proches, ou encore l'atteinte à la sensibilité d'une personne liée à l'intrusion dans son foyer ou sa vie privée. Il s'agit là de formes claires de préjudice à la personne humaine qui peuvent faire l'objet d'une indemnisation pécuniaire (si le système juridique concerné reconnaît l'illicéité du fait qui est à leur origine), même si leur évaluation reste toujours conventionnelle et très approximative. En revanche, la notion de « dommage moral » subi par les États est moins claire. Il existe sans aucun doute des cas de préjudice aux États eux-mêmes sans véritable dommage matériel – la violation brève de l'intégrité territoriale d'un État par un aéronef ou un navire d'un autre État, par exemple. Mais l'essentiel de ce qui est compris sous le vocable « dommage moral », lorsqu'il est rapporté aux États, implique en réalité ce qui pourrait être décrit comme un préjudice juridique non matériel, le préjudice qu'entraîne le fait d'une violation d'une obligation, quelles que soient ses conséquences matérielles pour l'État concerné. Afin d'éviter toute confusion avec la notion de dommage moral aux personnes, il est suggéré de ne pas employer le terme « dommage moral » dans l'article 45 et d'utiliser à la place l'expression « préjudice immatériel » (« *non-material injury* »)[366]. Sur ce fondement, il ne semble pas qu'une définition plus détaillée de la satisfaction soit exigée.

c) *Les formes spécifiques de satisfaction*

182. Pour ce qui touche aux formes spécifiques de satisfaction énumérées au paragraphe 2 de l'article 45, la première remarque à faire consiste à relever que le commentaire se contredit lui-même sur le point de savoir si la liste des formes de satisfaction est exhaustive ou non. Selon le paragraphe 9 du commentaire, cette liste n'est pas exhaustive, alors qu'il est indiqué au paragraphe 16 dudit commentaire que « [l]a phrase liminaire du paragraphe 2 précise que la liste des formes de satisfaction énumérées dans ce paragraphe est exhaustive et que ces formes peuvent être combinées »[367]. Cette remarque n'est pas anodine, dans la mesure où la forme de satisfaction la plus importante dans la pratique judiciaire moderne, la déclaration, est omise de cette liste. Le chapeau du paragraphe 2 contient en réalité le mot « peut », ce qui semble impliquer que la liste n'est pas exhaustive. Du point de vue du Rapporteur spécial actuel, cette liste ne devrait effectivement pas être exhaustive. La forme adéquate de satisfaction dépendra des circonstances et ne peut être prévue à l'avance[368].

---

[362] Voir *supra* la note 17.

[363] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 10 [actuel article 45], par. 9, p. 82.

[364] Voir *supra* le paragraphe 173.

[365] Voir en particulier son deuxième rapport, art. 8 (Réparation par équivalent), variante B, par. 2, qui faisait référence à « tout dommage susceptible d'évaluation économique causé à l'État lésé par suite du fait illicite, y compris tout dommage moral subi par des ressortissants de l'État lésé » [*Annuaire… 1989* (voir *supra* la note 21), par. 191, p. 60].

[366] Ce terme est recommandé en ce sens par Dominicé, « De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État », in *L'ordre juridique international entre tradition et innovation : recueil d'études*, p. 354.

[367] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 10 [actuel article 45], p. 83. Dans sa présentation de l'article 45, le président du Comité de rédaction fit également valoir le point de vue selon lequel le paragraphe 2 « dress[ait] une liste exhaustive des formes de satisfaction » (*Annuaire… 1992*, vol. I, 2288e séance, par. 57, p. 235).

[368] Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Tribunal, tout en rejetant les demandes néo-zélandaises de restitution et/ou de cessation et en refusant d'accorder une indemnisation, fit diverses déclarations au titre de la satisfaction ainsi qu'une recommandation « aux deux gouvernements […] pour […] les aider à mettre un terme à cette regrettable affaire ». Il recommanda particulièrement à la France de contribuer à hauteur de 2 millions de dollars américains à la création d'un « fonds destiné à promouvoir d'étroites et amicales relations entre les citoyens des deux pays » (*RGDIP*, 1990, par. 128, p. 877). Nonobstant le caractère *ultra petita* de cette indication, le fait qu'elle prenne la forme d'une recommandation était approprié à sa nécessaire mise en œuvre par accord.

i) *Déclaration*

183. Si le paragraphe 2 contenait une liste exhaustive, il est évident que celle-ci devrait inclure une référence aux déclarations faites par une cour ou un tribunal. En réalité, la version de l'article 45 initialement proposée par M. Arangio-Ruiz comprenait une telle référence[369], et la France en suggère à présent un équivalent[370]. Ces deux propositions sont fondées sur ce passage classique de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, où la CIJ, après avoir conclu à l'illicéité de l'opération de déminage (l'opération *Retail*) menée par la marine britannique après l'explosion, ajouta qu'elle devait

> pour assurer l'intégrité du droit international dont elle est l'organe, constater la violation par l'action de la marine de guerre britannique de la souveraineté de l'Albanie.
>
> Cette constatation correspond à la demande faite au nom de l'Albanie par son conseil et constitue en elle-même une satisfaction appropriée[371].

184. Cette position a été suivie dans de nombreuses affaires, y compris dans la sentence du *Rainbow Warrior*[372], à tel point que l'on peut considérer que la déclaration réparatoire est devenue la forme normale de satisfaction, et certainement la première, dans le cas d'un préjudice immatériel subi par un État[373]. En disant que cette forme est la première, le Rapporteur spécial ne veut pas indiquer qu'elle est primordiale ou qu'elle exclut des formes de satisfaction plus rigoureuses lorsque ces dernières sont justifiées. La déclaration réparatoire est néanmoins la première à un double point de vue : *a*) dans certains cas, elle peut constituer une forme suffisante de satisfaction (comme dans l'exemple de l'Opération *Retail* dans l'affaire du *Détroit de Corfou*); *b*) même lorsqu'elle n'est pas suffisante, elle est le fondement nécessaire d'autres formes de satisfaction, que peuvent appeler certains cas particuliers. L'applicabilité générale de la déclaration réparatoire comme forme de satisfaction, associée le cas échéant à des excuses ou à l'expression de regrets, devrait être reconnue dans le projet d'articles, qui pourrait utilement la différencier des formes de réparation plus spécifiques actuellement énumérées au paragraphe 2.

185. Cette proposition présente cependant un problème : les projets d'articles portent sur les relations juridiques des États, et notamment de l'État responsable, et non sur les pouvoirs ou la compétence de tribunaux. D'une certaine manière, un État ne peut pas accorder ou offrir une déclaration à son propre égard; cela ne peut être fait que par un tiers compétent. L'affirmation de la violation d'une obligation internationale est une réclamation quand elle émane de l'État lésé et une reconnaissance quand elle émane de l'État responsable. Le projet d'articles devrait préciser ce que l'État responsable devrait faire à la suite d'un fait internationalement illicite (c'est-à-dire ses obligations secondaires); ce qu'il ne fait pas, un tribunal compétent serait alors en droit de l'accorder au titre de la réparation. Partant, l'article 45 devrait d'abord poser, comme forme de satisfaction, la reconnaissance de la violation puis, le cas échéant, les excuses et l'expression de regrets.

ii) *Dommages-intérêts symboliques, exemplaires et punitifs*

186. En ce qui concerne ce que l'on pourrait décrire comme le « deuxième étage » des formes de la satisfaction, la formulation devrait rester non exhaustive, pour les motifs qui ont déjà été donnés. Il existe beaucoup d'autres formes possibles, comme la conduite d'une véritable enquête sur les causes d'un accident ayant causé un dommage ou un préjudice, la création d'un fonds fiduciaire pour gérer le paiement des indemnisations dans l'intérêt des bénéficiaires, etc. Il faut cependant traiter des deux catégories qui sont mentionnées dans l'article 45, les dommages-intérêts et l'action disciplinaire ou pénale.

187. Normalement, les dommages-intérêts sont évidemment dus au titre de l'indemnisation du dommage ou du préjudice qui a été subi, et tombent donc sous le champ de l'article 44. Le paragraphe 2 de l'article 45 mentionne actuellement deux autres formes de dommages-intérêts, les dommages-intérêts symboliques et ceux qui « correspond[e]nt à la gravité » de la violation. Ils soulèvent des problèmes très différents.

188. Les dommages-intérêts symboliques sont accordés dans certains systèmes pour refléter l'existence d'une violation dont il n'a pas été démontré qu'elle avait causé à la partie lésée un quelconque préjudice. Pourtant, il y a eu une violation et les dommages-intérêts symboliques ont pour objet de marquer ce fait : ils sont uniquement symboliques et non pas compensatoires. Dans les systèmes juridiques où l'octroi des frais et dépens suit la procédure, le fait d'accorder des dommages-intérêts symboliques peut permettre de tenir compte de ces coûts, mais, dans la pratique arbitrale et judiciaire internationale, il ne pourrait en être ainsi, dès lors que les coûts sont presque toujours assumés par chaque partie et, de toute façon, ne sauraient dépendre du fait qu'une somme de 1 $ (1,0734 €) a pu être octroyée. Il faut aussi souligner que l'octroi de dommages-intérêts symboliques a parfois été conçu comme une décision *contraire* au demandeur, signifiant que la réclamation était sans fondement et de caractère purement technique[374]. S'il existe quelques exemples d'octroi de

---

Voir aussi Migliorino, « Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction : à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du *Rainbow Warrior* ».

[369] La proposition originale (ancien article 10) contenait le paragraphe suivant :

> « 3. La constatation de l'illicéité du fait par un tribunal international compétent peut constituer en elle-même une forme appropriée de satisfaction ».

[*Annuaire… 1989* (voir *supra* la note 21), par. 191, p. 60.]

[370] Voir *supra* le paragraphe 175.

[371] *C.I.J. Recueil 1949* (voir *supra* la note 17), p. 35, repris dans le dispositif, p. 36. C'est le seul point où la Cour est unanime.

[372] Voir *supra* le paragraphe 178.

[373] Sur le caractère essentiel de la déclaration réparatoire comme forme de satisfaction pour le préjudice immatériel, voir notamment Gray, op. cit., p. 17 et 18 (tribunaux arbitraux), p. 96 à 107 (CPJI et CIJ), p. 127 à 131 (Cour européenne de Justice), et p. 155 et 156 (Cours des droits de l'homme).

[374] Voir Walker, *The Oxford Companion to Law*, p. 883. L'octroi de montants tels que 500 dollars US pour 24 heures d'emprisonnement ou 100 dollars US pour la détention éphémère d'un navire, ne constituent pas en ce sens des dommages-intérêts symboliques, du fait notamment de la valeur de l'argent à l'époque considérée. Voir respectivement l'affaire *Moke*, décision du 16 août 1871, in Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been*

(Suite de la note page suivante.)

dommages-intérêts symboliques par des tribunaux internationaux, ceux-ci sont rares dans la pratique récente[375]. Le Rapporteur spécial doute de l'utilité des dommages-intérêts symboliques comme forme de satisfaction dans le droit international contemporain : il est notamment difficile de percevoir ce qu'ils pourraient apporter qui ne puisse pas l'être par une déclaration réparatoire adéquate. Si le paragraphe supplémentaire qui est proposé est inclusif, le Rapporteur doute de la nécessité de mentionner expressément les dommages-intérêts symboliques.

189. L'attribution de dommages-intérêts substantiels au titre de la satisfaction, même en l'absence de preuve de l'existence d'un préjudice matériel, est tout à fait différente et l'on peut aisément envisager des circonstances où elle serait appropriée[376]. L'expression « dommages-intérêts substantiels » couvre tous les dommages-intérêts qui ne sont pas purement symboliques, même s'ils ne sont pas importants. Le paragraphe 2 *c* de l'article 45 évoque, « en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé, [le paiement de] dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte ». Apparemment, cette disposition n'a pas prévu qu'une somme autre que purement symbolique puisse être due au titre de la satisfaction dans les cas qui ne concernent pas des atteintes graves. En d'autres termes, dans le cadre de la satisfaction, les dommages-intérêts qui peuvent être octroyés sont soit insignifiants soit très importants, mais il n'y a rien entre ces deux extrêmes. Le bien-fondé de cette limitation dépend, au moins en partie, du fait de savoir si le paragraphe 2 *c* a effectivement trait à de véritables dommages-intérêts punitifs, ou s'il met plutôt l'accent sur ce que certains systèmes juridiques internes décrivent comme des dommages-intérêts « aggravés » ou « exemplaires ».

190. Dans son deuxième rapport, M. Arangio-Ruiz est clair sur ce point. L'article 10 qu'il propose fait référence aux « dommages-intérêts symboliques ou punitifs », bien que le rapport lui même fasse plutôt mention des dommages-intérêts « de caractère afflictif »[377]. De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, s'il existe véritablement des dommages-intérêts punitifs, ils devraient avoir cette dénomination et ils devraient être disponibles, le cas échéant, uniquement dans les cas rares de violations manifestes et flagrantes. Il est possible que la formulation de l'alinéa *c* soit équivoque à cet égard, mais l'intention, elle, est claire. Pourtant, selon le Président du Comité de rédaction, cet alinéa porte

> sur ce que la « common law » appelle « *exemplary damages* ». Il s'agit en l'occurrence d'un degré supérieur de dommages-intérêts, accordés à la partie lésée en sus de l'équivalent de la perte effective, lorsqu'au tort qui lui a été fait s'ajoutent des circonstances aggravantes : violence, oppression, malveillance, fraude, agissements mal intentionnés de la part de la partie fautive. Le but de ce type de réparation est de « faire un exemple ». Le Comité de rédaction n'a pas retenu l'expression « *exemplary damages* » parce qu'elle ne semble pas avoir d'équivalent dans d'autres langues, mais il a décidé d'utiliser le contenu de la notion qu'elle recouvre. […] L'expression « en cas d'atteinte flagrante » vise à faire passer cette idée, en fixant haut la barre à partir de laquelle ce type de satisfaction devient possible[378].

De manière implicite mais claire, le Comité (suivi en cela par la Commission) rejeta le concept de dommages-intérêts punitifs aux fins de l'article 45[379]. Le Rapporteur spécial actuel est à cet égard en parfait accord avec la position adoptée en 1992. Il n'existe pas de précédent, et très peu de justifications, pour l'attribution de véritables dommages-intérêts punitifs dans les hypothèses de responsabilité des États, en l'absence de régimes spéciaux permettant leur imposition[380]. La question de savoir si un tel régime peut et doit être établi est à aborder dans le cadre de la discussion des articles 19 et 51 à 53.

191. Le problème qui subsiste est dès lors de déterminer si des dommages-intérêts devraient être dus au titre de la satisfaction pour le préjudice non pécuniaire subi par les États, dans les cas qui n'impliquent pas une « atteinte grave ». Il existe certainement dans le passé des exemples de décisions judiciaires et d'accords de règlement, où des sommes modestes, mais pas seulement symboliques, ont été dues au titre du préjudice non pécuniaire, et le Rapporteur spécial ne voit pas de raison justifiant l'exclusion de cette possibilité *a priori*. Il propose donc de supprimer les termes « en cas d'atteinte grave » dans l'alinéa *c* actuel.

iii) *Action disciplinaire ou autre à l'encontre d'individus*

192. L'action disciplinaire ou pénale est une autre forme de satisfaction mentionnée au paragraphe 2, qui peut s'avérer adéquate dans certains cas spécifiques. Bien que le Comité de rédaction eût indiqué, lors de l'adoption de

---

(Suite de la note 374.)

a Party, p. 3411; et l'affaire *Arends*, 1903, in *Recueil des sentences arbitrales,* vol. X (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.60.V.4), p. 729 et 730, citées par Arangio-Ruiz, *Annuaire... 1989* (voir *supra* la note 21), par. 115, p. 38.

[375] Voir Gray, op. cit., p. 28 et 29 et les références qu'elle cite. Il ne semble pas y avoir eu d'exemple d'octroi de dommages-intérêts symboliques par un tribunal international dans une affaire interétatique depuis l'attribution à la France de 1 franc français dans l'affaire relative à la *Concession des Phares de l'Empire ottoman (France c. Grèce)*, *sentence arbitrale du 24 juillet 1956* (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, 1956, p. 216). Un tribunal du CIRDI a accordé des dommages-intérêts symboliques dans l'affaire *Agip s.p.a. c. Gouvernement de la République populaire du Congo*, *sentence du 30 novembre 1979* [in *Revue critique de droit international privé* 1982, p. 92 à 105], soit 3 francs français pour le *lucrum cessans*, ce qui semble être une contradiction dans les termes. Il en est de même dans l'affaire *Engel et autres c. Pays-Bas*, *Série A : Arrêts et décisions*, *arrêt du 23 novembre 1976*, n° 22, p. 69, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1977 : la Cour européenne des droits de l'homme a alloué une « indemnité symbolique » de 100 florins. Dans ces deux affaires, des sommes substantielles ont été octroyées sous d'autres chapitres. Dans d'autres affaires, les tribunaux ont rejeté le fait que des sommes symboliques puissent ajouter quoi que ce soit à une déclaration de violation : affaire du *Carthage* (voir *supra* la note 354), p. 460 et 461; affaire du *Manouba (France c. Italie)*, *arrêt du 6 mai 1913*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 475.

[376] Des dommages-intérêts de cette nature ont été octroyés au Canada dans l'affaire du *Vapeur « I'm Alone » (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, *sentence du 30 juin 1933 et du 5 janvier 1935* [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. III, p. 1609 et suiv.] et à la Nouvelle-Zélande dans la sentence du Secrétaire général dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, 1986 (voir *supra* la note 17), p. 224.

[377] *Annuaire... 1989* (voir *supra* la note 21), par. 191, p. 60. Voir aussi, par. 136 à 144, p. 44 et 45.

[378] *Annuaire…1992*, vol. I, 2288e séance, par. 57, p. 235 et 236.

[379] L'éventualité d'accorder des dommages-intérêts punitifs ne constitue pas non plus l'une des conséquences spécifiques des « crimes internationaux » dans le chapitre IV de la deuxième partie, ainsi que le Rapporteur spécial actuel l'a souligné [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 23), par. 51, p. 12].

[380] Voir les affaires citées dans le premier rapport (ibid.), par. 57. Voir aussi Wittich, « Awe of the gods and fear of the priests: punitive damages in the law of State responsibility », p. 31; et Jørgensen, « A reappraisal of punitive damages in international law », p. 247.

ce paragraphe, que de tels cas seraient « rares »[381], la pratique en fournit des exemples. Il n'apparaît pas toujours clairement néanmoins que les poursuites à l'encontre du comportement criminel ont été effectuées au titre de la satisfaction, ou plutôt comme un aspect de l'exécution d'une obligation primaire. Conformément aux conceptions établies de la satisfaction, cette catégorie doit intervenir dans les cas graves, mais le Rapporteur spécial appuie le proposition de la France visant à ce que les termes « une action disciplinaire ou pénale » remplacent « une action disciplinaire […] ou leur châtiment »[382]. Du fait de la séparation des pouvoirs, le gouvernement exécutif de l'État ne peut pas faire plus en réalité que de prendre l'engagement que toute affaire grave sera soumise comme il se doit aux autorités compétentes, aux fins d'enquête et de poursuites; il ne peut certainement pas garantir le châtiment de personnes qui ne sont encore convaincues d'aucun crime.

d) *Les limitations à la satisfaction : article 45, paragraphe 3*

193. Un gouvernement propose la suppression du paragraphe *c*[383], entre autres raisons parce que la notion de « dignité » est trop vague pour fonder une restriction juridique. Cette objection a du vrai d'un point de vue terminologique; il y a cependant un passé de demandes excessives faites sous le couvert de la « satisfaction »[384], ce qui paraît exiger une forme de limitation. Il est proposé que les demandes faites au titre de la satisfaction soient limitées aux mesures « proportionnées au préjudice en question »; en outre, ces demandes ne devraient pas prendre une forme qui serait humiliante pour l'État concerné.

e) *Conclusion sur l'article 45*

194. Pour ces motifs, le Rapporteur spécial propose la version suivante de l'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. »

5. Intérêts

a) *La question des intérêts dans le projet d'articles*

195. Le paragraphe 2 de l'article 44 aborde rapidement la question des intérêts. Il se contente d'indiquer que « l'indemnisation […] peut comprendre des intérêts […] ». Le commentaire du paragraphe 2 de l'article 44 est un peu plus développé, ce qui reflète le traitement plus substantiel que M. Arangio-Ruiz avait réservé à ce problème dans son deuxième rapport[385]. Le Rapporteur y affirmait son soutien à l'existence d'une règle générale sur le droit aux intérêts, qui couvrirait la période allant de l'apparition de la réclamation jusqu'au paiement effectif, et qui ne serait pas limitée aux demandes de règlement en argent. En outre, les intérêts composés devaient à son avis « être octroyés dès lors qu'ils s'avér[ai]ent indispensables à la réparation intégrale du préjudice subi par l'État lésé »[386]. En revanche, son article 9, relatif aux intérêts, ne posait pas comme règle générale le droit aux intérêts simples (par opposition aux intérêts composés) et se limitait à préciser l'étendue de la période couverte par les intérêts, dus « pour manque à gagner … sur une somme d'argent »[387]. Bien qu'il ait pu s'agir uniquement d'un problème d'expression, le paiement des intérêts n'était pas de la sorte simplement limité aux demandes d'argent mais également aux demandes relatives au manque à gagner. Pourtant, si le principe fondamental réside dans le droit pour l'État lésé d'obtenir des intérêts dans la mesure nécessaire à la réalisation d'une réparation intégrale, on comprend mal comment ces deux limitations peuvent être justifiées a priori.

196. Lors du débat tenu en première lecture, ce décalage entre les arguments favorables aux intérêts présentés dans le rapport et l'article 9 finalement proposé fut souligné; des préoccupations s'exprimèrent également quant à l'ac-

[381] *Annuaire…1992*, par. 59, p. 236.

[382] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur le paragraphe 2 de l'article 45, p. 149.

[383] Voir *supra* le paragraphe 176.

[384] Voir, par exemple, *supra*, le paragraphe 172. Ces demandes excessives employaient elles-mêmes le vocabulaire peu satisfaisant et subjectif de la « dignité » de l'État lésé.

[385] *Annuaire... 1989* (voir *supra* la note 21), par. 77 à 105, p. 25 à 33.

[386] Ibid., par. 105, p. 33.

[387] Ibid., par. 191, p. 60. L'article qu'il proposait (article 9) était libellé comme suit :

« 1. Lorsque l'indemnité due pour manque à gagner consiste dans le versement d'intérêts sur une somme d'argent, lesdits intérêts :

a) Courent du premier jour qui n'a pas été pris en considération, aux fins de l'indemnisation, dans le calcul du montant accordé à titre de principal;

b) Courent jusqu'au jour du paiement effectif.

2. Des intérêts composés sont accordés en tant que de besoin en vue d'assurer une indemnisation intégrale, et le taux d'intérêt appliqué est celui qui convient le mieux pour obtenir ce résultat. »

ceptabilité d'un traitement détaillé de ces problèmes[388]. Le Comité de rédaction supprima l'article au motif « qu'il serait extrêmement difficile d'élaborer, sur de telles questions, des règles précises susceptibles de recueillir un large appui ». Selon lui, il suffisait « de poser un principe général et de l'énoncer de manière assez souple, laissant au juge ou à la tierce partie associée au règlement du différend le soin de déterminer dans chaque cas si des intérêts doivent être payés »[389].

197. Le paragraphe 2 de l'article 8 est certainement rédigé de manière « assez souple »; le problème est qu'il ne pose aucun « principe général » de quelque nature que ce soit mais se contente d'indiquer une éventualité. Selon le commentaire, l'expression utilisée a pour objet d'affirmer « qu'il n'y a ni droit automatique à des intérêts ni présomption en la matière en faveur de l'État lésé »[390], même si, comme il le souligne, la pratique étatique « semble favorable à l'allocation d'intérêts s'ajoutant au principal de l'indemnité »[391]. Le Comité de rédaction chercha manifestement à distinguer, par la terminologie employée au paragraphe 2, l'allocation d'intérêts et la réparation du manque à gagner. Dans la mesure où celle-ci n'est possible que « le cas échéant », il semble que les intérêts devraient être attribuables de façon plus générale[392]. Mais cette conclusion n'est ni très ferme ni convaincante; tout ce que l'article dit est que l'indemnisation « peut » comprendre des intérêts. Le commentaire est cependant plus précis lorsqu'il souligne que « la fixation du *dies a quo* et du *dies ad quem* aux fins du calcul des intérêts et l'allocation d'intérêts cumulés sont des questions à résoudre en fonction des particularités de chaque cas »[393].

198. Comme cela a été indiqué au paragraphe 152 ci-dessus, certains gouvernements défendent ce traitement hésitant de la question des intérêts dans l'article 44, paragraphe 2; d'autres sont beaucoup plus critiques et soulignent qu'il conduit à déstabiliser le principe selon lequel des intérêts devraient être alloués lorsque cela est nécessaire pour indemniser une partie lésée du préjudice créé par un fait internationalement illicite. Dans cette perspective, il faut noter que ni le Rapporteur spécial ni les membres de la Commission n'ont contesté ce principe lors du débat tenu en première lecture; tous ceux qui se sont alors exprimés sur le sujet l'ont même appuyé.

b) *Le rôle des intérêts dans le cadre de la réparation*[394]

199. Considérant les commentaires faits par les gouvernements et d'autres critiques portées au projet d'articles, deux questions se posent. La première concerne le véritable rôle de l'allocation d'intérêts comme aspect de la réparation d'un fait internationalement illicite; la seconde est de savoir s'il est souhaitable d'inclure une disposition sur les intérêts dans le projet d'articles.

i) *Un principe général ?*

200. Pour ce qui touche à la première question, le deuxième rapport de M. Arangio-Ruiz[395] contient une étude utile des précédents et de la doctrine. L'existence d'une règle, au moins générale, reconnaissant la possibilité d'allouer des intérêts lorsque cela est nécessaire pour parvenir à la réparation intégrale est également confortée par la jurisprudence la plus récente.

201. Il faut souligner que la première (et en réalité la seule) fois où la CPJI a véritablement déterminé l'indemnisation due au titre d'un fait internationalement illicite, elle y a inclus des intérêts. Dans l'affaire du *Vapeur « Wimbledon »,* en effet, la Cour attribua des intérêts simples de 6 % à compter de la date de l'arrêt, apparemment sur le fondement de l'idée que les intérêts étaient seulement exigibles à partir « du moment où le montant de la somme due a été fixé et l'obligation de payer établie »[396]. Bien que l'indemnisation eût été déterminée par rapport aux coûts réels du détournement du navire français, il s'agissait en l'espèce d'une réclamation de droit public fondée sur la violation d'un traité[397]. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*[398], une autre procédure interétatique, la question des intérêts ne fut pas soulevée.

202. La question de l'allocation d'intérêts a fréquemment surgi dans d'autres enceintes judiciaires, à la fois dans des affaires où le différend portait sur un préjudice subi par des personnes privées et dans de véritables différends interétatiques[399]. Le cas du Tribunal des différends

---

[388] *Annuaire… 1990*, vol. I, 2169e séance, par. 10 et 11, p. 155; par. 29 et 30, p. 158, p. 154 et 155; 2170e séance, par. 10, p. 161; 2171e séance, par. 10, p. 164; par. 31, p. 166 et 167; par. 69 à 71, p. 172; 2172e séance, par. 13; p. 175; par. 33, p. 181; par. 62, p. 178; 2173e séance, par. 11, p. 184; par. 23, p.185; par. 60, p. 190, par. 69, p. 190; 2174e séance, par. 11, p. 194, par. 23, p. 195, par. 34, p. 196; par. 42, p.197; par. 64, p. 200; et 2175e séance, par. 36, p. 206. À en juger par le débat, la Commission était prête à accepter une proposition mettant l'accent sur l'existence d'un droit général aux intérêts dans la mesure nécessaire pour assurer une réparation intégrale, mais était préoccupée par la possibilité que l'article 9 « traite […] seulement d'un problème secondaire », sur lequel la pratique était divergente (ibid., 2170e séance, par. 10, p. 161) (M. Tomuschat); cf. 2171e séance, par. 10, p. 164 (M. Ogiso : « des règles trop détaillées sur des questions telles que le taux d'intérêt ou les intérêts composés, sur lesquelles le droit international n'est pas clair »).

[389] *Annuaire… 1992*, vol. I, 2288e séance, par. 48, p. 234.

[390] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 8 [actuel article 44], par. 24, p. 75.

[391] Ibid., par. 25, p. 76.

[392] *Annuaire… 1992*, vol. I, 2288e séance, par. 49, p. 234 et 235 (M. Yankov, président du Comité de rédaction).

[393] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 8 [actuel article 44], par. 26, p. 76.

[394] Sur les intérêts en droit international général, voir, par exemple, Brownlie, *State Responsibility*, p. 227 à 229; Barker, « The valuation of income producing property in international law », chap. 7, et les travaux qui y sont cités. Sur l'expérience fournie par le droit comparé et le droit international privé, voir, par exemple, Hunter et Triebel, « Awarding interest in international arbitration », p. 7; Gotanda : « Awarding interest in international arbitration », p. 40; ainsi que *Supplemental Damages in Private International Law*, chap. 2 et 3.

[395] *Annuaire… 1989* (voir *supra* la note 21).

[396] Affaire du *Vapeur « Wimbledon »* (voir *supra* la note 201), p. 32. La Cour considéra que la demande de la France, visant à ce que le taux d'intérêt fût fixé à 6 %, était bien fondée, étant donné « la situation financière actuelle du monde, en tenant compte des conditions admises pour les emprunts publics ».

[397] La CPJI étudia aussi le paiement des intérêts dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* (voir *supra* la note 49), p. 17; elle évoqua l'allocation d'un montant équivalant à un intérêt annuel de 5 % de la date de la saisie à celle du paiement (ibid.). Le montant ne fut cependant pas fixé puisque celui de l'indemnisation fit l'objet d'un accord ultérieur entre les parties.

[398] *C.I.J. Recueil 1949* (voir *supra* la note 69), p. 244.

[399] Dans la première affaire où il a déterminé une indemnisation, le Tribunal international du droit de la mer a alloué des intérêts à des taux

irano-américains mérite d'être souligné à cet égard[400]. Dans l'affaire *République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique (Affaire A-19)*, le Tribunal plénier a considéré que sa compétence générale à l'égard des différends s'étendait au pouvoir d'allouer des intérêts, mais il a refusé de poser des critères uniformes sur ce point, au motif que cela relevait de la compétence de chaque Chambre et « de l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui leur est accordé pour décider de chaque espèce »[401]. Sur la question de principe, le Tribunal déclara :

> Les demandes d'intérêts font partie de l'indemnisation qui est recherchée et ne constituent pas une action distincte qui exigerait une conclusion juridictionnelle indépendante. Aux termes de l'article V de la Déclaration sur le Règlement des différends, ce Tribunal doit trancher les différends « sur la base du respect du droit ». Ce faisant, il a régulièrement traité les intérêts, lorsqu'ils faisaient l'objet d'une demande, comme partie intégrante du « différend » qu'il a le devoir de trancher. Le Tribunal note que les Chambres ont toutes alloué des intérêts au titre de « l'indemnisation des dommages subis du fait du retard de paiement ». […] En réalité, les tribunaux arbitraux ont coutume d'allouer des intérêts dans le cadre des dommages-intérêts qu'ils accordent, nonobstant l'absence de référence expresse aux intérêts dans le *compromis*. Étant donné que la possibilité d'allouer des intérêts est inhérente au pouvoir du Tribunal de trancher les différends, l'exclusion de cette faculté ne pourrait être fondée que sur une disposition expresse de la Déclaration sur le Règlement des différends. Aucune disposition de cette nature n'existe. Le Tribunal conclut par conséquent qu'il entre clairement dans le cadre de ses pouvoirs d'allouer des intérêts au titre de l'indemnisation du dommage qui a été subi[402].

Le Tribunal a alloué des intérêts à un taux légèrement inférieur dans le cadre de différends intergouvernementaux[403]. Il n'a pas alloué d'intérêts dans certains cas, notamment lorsqu'il a considéré que l'indemnisation complète pouvait être obtenue par le versement d'une somme forfaitaire, ou en raison d'autres circonstances particulières[404].

203. La décision nº 16 du Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies (UNCC) aborde la question des intérêts. Elle dispose :

> 1. Il sera alloué des intérêts aux requérants dont la réclamation aura été acceptée à partir de la date à laquelle la perte leur a été infligée jusqu'à la date du paiement, à un taux suffisant pour compenser la perte découlant pour eux de l'impossibilité de faire usage pendant l'intervalle du principal de l'indemnité octroyée.
>
> 2. Les méthodes de calcul et de paiement des intérêts seront examinées par le Conseil d'administration le moment venu.
>
> 3. Les intérêts seront payés après les montants alloués au titre du principal[405].

Ici encore, la décision de principe, favorable à l'allocation d'intérêts si ceux-ci sont nécessaires à l'indemnisation du demandeur, est combinée à la souplesse de l'application de ce principe; les intérêts, s'ils constituent une forme d'indemnisation, sont néanmoins considérés comme un élément secondaire, subordonné au montant principal de la réclamation.

204. L'allocation d'intérêts est parfois effectuée également, ou au moins envisagée, par les cours et tribunaux compétents en matière de droits de l'homme, bien que la pratique de l'indemnisation dans ces enceintes soit relativement conservatrice et que les différends y aient presque toujours une origine non pécuniaire. L'octroi de ces intérêts peut par exemple avoir pour objet de protéger la valeur des dommages-intérêts qui ont été accordés et sont exigibles par des versements échelonnés dans le temps; ces intérêts prennent donc la forme d'intérêts moratoires[406].

205. Dans la pratique la plus récente, les commissions d'indemnisation et tribunaux nationaux ont généralement alloué des intérêts lorsqu'ils ont fixé le montant des indemnisations. Cependant, dans certains cas de règlements forfaitaires partiels, les réclamations ont été expressément limitées au principal, au motif que priorité devait être donnée à celui-ci, du fait de la faiblesse du fonds à distribuer[407].

206. Bien que la tendance soit clairement à la multiplication de l'allocation d'intérêts comme élément de la réparation intégrale, même les partisans de l'octroi d'intérêts admettent qu'il n'existe pas d'approche uniforme, au niveau international, aux questions de quantification et de fixation du montant des intérêts qui sont alloués en réalité[408]. Ainsi, selon Gotanda :

> Il n'existe pas d'approche uniforme parmi les tribunaux internationaux sur l'allocation des intérêts. Par conséquent, l'octroi d'intérêts varie dans une large mesure. Il y a peu d'accord sur les circonstances qui permettent le paiement d'intérêts et les taux auxquels les intérêts ont été alloués varient de 3 % à 20 %[409].

différents par rapport à différentes catégories de préjudice; voir l'affaire du *Navire « Saiga » (nº 2)* (voir *supra* la note 315), par. 173, p. 66.

[400] Voir Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, p. 474 à 479; Brower et Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, chap. 18.

[401] *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1988, vol. 16, p. 290. Comme Aldrich le souligne, op. cit., p. 475 et 476, la pratique des trois chambres n'a pas été entièrement uniforme.

[402] *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (voir *supra* la note 401), 1987, p. 289 et 290.

[403] Voir Brower et Brueschke, op. cit., p. 626 et 627, avec des références aux différentes affaires. Le taux adopté était de 10 %, à comparer à celui de 12 % pour les différends commerciaux.

[404] Voir Aldrich, op. cit., p. 476 et 477. Voir aussi l'analyse détaillée fournie par la Chambre III (Virally, Brower, Ansari), in *McCollough & Company, Inc. v. Ministry of Post, Telegraph & Telephone & others*, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 11, Cambridge, Grotius, 1986, p. 26 à 31.

[405] S/AC.26/1992/16 (voir *supra* la note 318).

[406] Voir, par exemple, l'affaire *Velásquez Rodriguez c. Honduras* (voir *supra* la note 321), par. 57. La Cour européenne des droits de l'homme adopte à présent une approche similaire : voir, par exemple, l'affaire *Papamichaelopoulos c. Grèce* (voir *supra* la note 322), par. 39. Dans cette affaire, les intérêts étaient exigibles seulement à l'égard du montant des dommages-intérêts pécuniaires qui avaient été octroyés. Voir Shelton, op. cit., p. 270 à 272.

[407] Barker, op. cit., p. 209, ainsi que p. 237 et 238. Voir, par exemple, *The Foreign Compensation (People's Republic of China) Order 1987*, Statutory Instruments of the United Kingdom, 1987, nº 2201, par. 10, donnant effet à un accord de règlement du 5 juin 1987, accord passé entre le Royaume-Uni et la République populaire de Chine, de façon à régler des demandes d'indemnités remontant à 1949 (cf. *United Kingdom Treaty Series*, nº 37, 1987).

[408] Il faut souligner que beaucoup d'États islamiques, influencés par la charia, interdisent dans la loi ou même la constitution le versement d'intérêts. Ils ont cependant développé des alternatives aux intérêts dans un cadre commercial et international. Ainsi, le paiement d'intérêts est prohibé par la Constitution iranienne (Principes 43 et 49), mais le Conseil des gardiens de la Constitution a considéré que cette injonction ne s'appliquait pas aux « gouvernements, institutions, compagnies et personnes étrangers qui, conformément aux principes de leur propre foi, ne considèrent pas que [les intérêts] sont interdits ». Voir Gotanda, op. cit., p. 39 et 40, avec les références citées.

[409] Gotanda, op. cit., p. 13 (références omises).

ii) *La question des intérêts composés*

207. Un autre aspect du problème des intérêts concerne l'octroi possible d'intérêts composés. M. Arangio Ruiz était, au titre du développement progressif au moins, en faveur des intérêts composés, qui devaient « être octroyés dès lors qu'ils s'avér[ai]ent indispensables à la réparation intégrale du préjudice subi par l'État lésé »[410]. La Commission ne retint cependant pas sa proposition sur ce point, et le commentaire indique seulement que les questions liées aux intérêts composés « sont […] à résoudre en fonction des particularités de chaque cas »[411].

208. En réalité, les cours et tribunaux ont généralement pris position contre l'allocation d'intérêts composés, y compris ceux qui considèrent que les demandeurs sont normalement en droit de recevoir des intérêts compensatoires. Ainsi, le Tribunal des différends irano-américains a constamment rejeté les demandes d'intérêts composés, y compris dans les cas où le demandeur avait subi un préjudice du fait des charges d'intérêts composés portant sur l'endettement lié à la réclamation. Dans l'affaire *J.R. Reynolds Tobacco Co. c. Gouvernement de la République islamique d'Iran*, le Tribunal ne trouva pas

> de raisons particulières pour s'écarter des précédents internationaux, qui ne permettent pas normalement l'allocation d'intérêts composés. Ainsi qu'un auteur l'a relevé, « [i]l y a peu de règles dans le domaine des dommages-intérêts en droit international qui soient aussi bien établies que celle selon laquelle les intérêts composés ne sont pas permis ». […] Même si l'expression « toutes sommes » peut être comprise comme incluant les intérêts, et partant, l'allocation d'intérêts composés, le Tribunal, du fait du caractère ambigu des mots employés, interprète cette clause à la lumière de la règle internationale qui vient d'être rappelée, et exclut donc les intérêts composés[412].

Conformément à cette approche, le Tribunal a interprété strictement les clauses contractuelles qui semblaient permettre l'octroi d'intérêts composés, afin d'empêcher que le demandeur obtienne un profit « complètement disproportionné au préjudice éventuel qu'[il] pourrait avoir subi du fait de ne pas avoir à sa disposition les montants exigibles »[413].

209. La majorité des sources continue donc de partager l'opinion exprimée par l'Arbitre Max Huber dans l'affaire des *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc* :

> la jurisprudence arbitrale en matière de compensations à accorder par un État à un autre pour dommages subis par les ressortissants de celui-ci sur le territoire de celui-là – jurisprudence pourtant particulièrement riche – est unanime […] pour écarter les intérêts composés. Dans ces circonstances, il faudrait des arguments particulièrement forts et de nature toute spéciale pour admettre en l'espèce ce type d'intérêt[414].

Cela est également vrai des intérêts composés dans le cadre des différends interétatiques.

210. Plusieurs auteurs (notamment Mann) ont cependant défendu la révision de ce principe, au motif que « les intérêts composés raisonnablement encourus par la partie lésée devraient être recouvrables comme éléments du dommage »[415]. Ce point de vue a été partagé par un Tribunal du CIRDI dans une affaire récente, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Republic of Costa Rica* :

> Si les intérêts simples tendent à être alloués plus fréquemment que les intérêts composés, ceux-ci ne sont certainement pas inconnus ou exclus en droit international. Aucune règle de droit uniforme n'a émergé de la pratique arbitrale internationale en ce qui concerne la question de savoir si l'octroi d'intérêts simples ou composés est approprié dans un cas donné. La détermination des intérêts constitue davantage un effet de la fonction de juger, où sont prises en considération toutes les circonstances de l'affaire concernée, et notamment les considérations de justice, lesquelles font partie intégrante du droit que ce Tribunal doit appliquer.
>
> Lorsqu'en particulier, le propriétaire d'un bien a perdu à une période antérieure la valeur de son avoir mais n'a pas reçu l'équivalent monétaire qui lui était dès lors dû, le montant de l'indemnisation devrait refléter, au moins partiellement, la valeur supplémentaire que cet argent aurait prise, s'il avait été chaque année réinvesti, avec le revenu qu'il engendrait, aux taux d'intérêt généralement applicables. L'objet des intérêts composés n'est pas de blâmer, ou de sanctionner, qui que ce soit à raison du retard pris dans le paiement à effectuer au propriétaire exproprié; il s'agit d'un mécanisme visant à assurer que l'indemnisation offerte au demandeur est adéquate au vu des circonstances.
>
> En l'espèce, l'allocation d'intérêts simples ne serait pas justifiée, étant donné que, […] pendant presque vingt-deux ans, [le demandeur] n'a été en mesure ni d'utiliser la propriété aux fins du développement touristique qu'il avait projeté en achetant Santa Elena, ni de vendre cette propriété. D'un autre côté, l'octroi d'intérêts composés complets ne reflèterait pas les faits de l'espèce, dès lors que [le demandeur], s'il a supporté la charge du maintien de la propriété, en a conservé la possession, a pu l'utiliser et l'exploiter dans une mesure limitée[416].

En fait, le Tribunal a accordé une somme forfaitaire au titre de l'indemnisation des dommages subis par la propriété du fait de mesures prises 23 ans auparavant. Des intérêts moratoires ont été alloués sur la base d'intérêts simples, à l'expiration d'un bref délai de grâce pour le paiement.

211. En résumé, bien que les intérêts composés ne soient pas généralement accordés en droit international ou par les juridictions internationales, il peut y avoir des circonstances spéciales qui justifient un facteur de composition dans le cadre de la réparation intégrale. Il faut néanmoins rester prudent si l'on ne veut pas que l'octroi d'intérêts composés conduise à allouer une somme trop importante

---

[410] *Annuaire… 1989* (voir *supra* la note 21), par. 105, p. 33.

[411] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 8 [actuel article 44], par. 26, p. 76.

[412] *Case No. 35*, 1984, in *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 7, Cambridge, Grotius, 1986, p. 191 et 192, citant Whiteman, *Damages in International Law*, p. 1997.

[413] *Anaconda-Iran, Inc. c. Gouvernement de la République islamique d'Iran*, 1986, in *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 13, Cambridge, Grotius, 1986, p. 235. Voir aussi Aldrich, op. cit., p. 477 et 478.

[414] Rapport sur la question des intérêts, 29 décembre 1924, in *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.1), p. 650, cité par M. Arangio-Ruiz, *Annuaire... 1989* (voir *supra* la note 21), par. 101, p. 32. Le rapport cite plusieurs affaires ultérieures dans lesquelles des intérêts composés ont été alloués ou, tout au moins, n'ont pas été rejetés par principe. La sentence *Aminoil* en est un exemple récent, où les intérêts alloués étaient composés pour une période donnée, sans que cela soit expliqué. Cela équivalait en l'espèce à 15 % du montant total final (Barker, op. cit., p. 233, note 119). Voir *Gouvernement du Koweït c. American Independent Oil Company (Aminoil)*, 1982, *ILR*, vol. 66, p. 613 (Reuter, Sultan et Fitzmaurice).

[415] Mann, « Compound interest as an item of damage in international law », p. 383. Avec son enthousiasme caractéristique, Mann soutient que cette proposition « devrait non seulement être intégrée au droit anglais, mais devrait être acceptée partout où des dommages-intérêts peuvent être alloués et devrait donc être considérée comme un principe général de droit » (ibid). Voir aussi Gotanda, op. cit., p. 61, proposant des intérêts composés trimestriellement (ici encore, *de lege ferenda*).

[416] Affaire nº ARB/96/1, sentence finale du CIRDI, 1er février 2000 (Fortier, Lauterpacht et Weil) [voir *supra* la note 20], par. 103 à 105, p. 202.

et disproportionnée, où le montant des intérêts excéderait de beaucoup celui dû au principal.

iii) *Questions liées au taux d'intérêt et à la période à prendre en considération*

212. La troisième question a trait au mode de calcul des intérêts : elle soulève quantité de problèmes concernant la date originaire (celle de la violation, celle à laquelle le paiement aurait dû être effectué, celle de la réclamation ou de la demande), la date terminale (celle de l'accord de règlement ou de la sentence, celle du paiement effectif), ainsi que le taux d'intérêt applicable (taux actuel retenu par l'État défendeur, par l'État demandeur, taux d'emprunts internationaux). Comme cela a déjà été noté, il n'existe pas aujourd'hui de traitement uniforme de ces questions. En pratique, les circonstances de chaque cas d'espèce et le comportement des parties exercent une forte influence sur les modalités choisies. Bien que l'article 9 proposé par M. Arangio-Ruiz[417] eût retenu la date de la violation comme date originaire pour le calcul de la période couverte par les intérêts, la détermination de cette date peut présenter des difficultés et beaucoup de systèmes juridiques exigent que le paiement soit requis par le demandeur avant que les intérêts ne commencent à courir[418]. L'absence de demande de paiement dans les délais adéquats est de toute façon un facteur important dans la décision d'allouer ou non des intérêts. En ce qui concerne les intérêts moratoires (postérieurs à la décision), une période de grâce pour le paiement (de l'ordre de six semaines à trois mois) est permise dans certains cas, mais pas dans tous, avant que les intérêts ne commencent à courir. Il y a beaucoup de sagesse dans l'observation du Tribunal des différends irano-américains selon laquelle ces questions, si elles ne peuvent être résolues par les parties, doivent être laissées à « l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui est accordé [aux différentes juridictions] pour décider de chaque espèce »[419]. D'un autre côté, le caractère anarchique des décisions et de la pratique actuelles incite à penser qu'il peut être utile d'établir une présomption, qui serait applicable à moins que les parties n'en décident autrement d'un commun accord ou que des considérations particulières aillent en sens contraire.

c) *Une disposition sur les intérêts ?*

213. Le Rapporteur spécial partage la critique selon laquelle le paragraphe 2 de l'article 44, tel qu'il est actuellement rédigé, ne reflète pas l'état présent du droit international en matière d'intérêts compensatoires. En principe, l'État lésé est en droit de recevoir des intérêts sur le principal de la somme représentant son préjudice, si cette somme est déterminée à une date antérieure à celle du règlement, de l'arrêt ou de la sentence, relatifs à la réclamation, et dans la mesure qui est nécessaire pour assurer la réparation intégrale[420]. Bien qu'il constitue un aspect de l'indemnisation, ce droit est considéré en pratique comme un élément distinct des dommages-intérêts, et ce seul fait tend à indiquer qu'il devrait faire l'objet d'un article séparé dans le chapitre II. Cet article ne devrait pas être limité (à l'inverse semble-t-il de la proposition de M. Arangio-Ruiz) aux montants qui sont alloués au titre du manque à gagner. Dans l'état actuel des sources, il est en revanche exagéré de prétendre qu'il existe un droit aux intérêts composés. Le commentaire devrait indiquer que, dans certaines circonstances particulières, des intérêts composés peuvent être alloués, dans la mesure nécessaire à l'obtention de la réparation intégrale. Le commentaire devrait aussi expliquer clairement que l'article qui est proposé porte uniquement sur les intérêts compensatoires. Le pouvoir qu'a une cour ou un tribunal d'accorder des intérêts moratoires (postérieurs à sa décision) doit d'abord être considéré comme une question relevant de sa propre procédure et partant, hors du champ du projet d'articles.

214. En conséquence, le Rapporteur spécial propose l'article 45 *bis* suivant :

« 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 du premier jour qui n'a pas été pris en considération dans la détermination du montant exigible à titre de principal, jusqu'au jour du règlement de la réclamation. »

6. Atténuation de la responsabilité

215. Deux problèmes se posent lorsque l'on passe de la question de l'étendue de la responsabilité à celle de son atténuation. Le premier, qui est abordé dans le paragraphe 2 de l'article 42, tel qu'adopté en première lecture, concerne les hypothèses où l'État qui invoque la responsabilité a lui-même contribué de manière substantielle à la perte subie. Le second a trait aux cas où, bien que cette perte puisse être attribuable à l'État responsable, l'autre État n'a pas pris les mesures qui étaient raisonnablement à sa disposition pour atténuer la perte.

a) *Faute contributive*

216. Dans sa version actuelle, le paragraphe 2 de l'article 42 porte sur la faute contributive et l'atténuation de la responsabilité[421]. Il n'est pas adéquat de l'incorporer, à l'instar du paragraphe 1 de l'article 42, en tant que principe général dans le chapitre premier, mais il doit être conçu comme une restriction aux formes de la réparation dans le chapitre II.

[417] *Annuaire… 1989* (voir *supra* la note 21), par. 191, p. 60.

[418] La date de la demande formelle fut retenue comme la date pertinente par la CPJI dans l'affaire de l'*Indemnité russe* (voir *supra* la note 80), par analogie avec la position généralement adoptée dans les systèmes juridiques internes européens.

[419] Voir *supra* le paragraphe 202 et la note 401.

[420] Ainsi, les intérêts peuvent ne pas être accordés lorsque le préjudice est fixé en valeur courante à la date de la sentence. Voir la sentence dans l'affaire relative à la *Concession des Phares de l'Empire ottoman* (voir *supra* la note 375), p. 252 et 253.

[421] Ce thème n'a pas été beaucoup abordé par la doctrine; voir néanmoins Bederman, « Contributory fault and State responsibility »; Salmon, « La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilité internationale ».

217. Le paragraphe 2 de l'article 42 dispose :

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la négligence ou de l'action ou omission délibérée :

a) De l'État lésé; ou

b) D'un ressortissant de l'État au nom duquel la demande est présentée;

qui a contribué au dommage.

218. Le contenu de ce qui constitue à présent le paragraphe 2 de l'article 42 fut initialement proposé par M. Arangio-Ruiz dans le cadre spécifique de la réparation par équivalent, c'est-à-dire de l'indemnisation. L'une des options qu'il avait présentées comportait en effet une disposition prévoyant la réduction de l'indemnisation dans l'hypothèse de causes concomitantes, « notamment lorsque la négligence de l'État lésé a pu […] contribuer » au dommage[422]. Le Comité de rédaction rejeta sa théorie des causes concomitantes mais conserva la disposition traitant spécialement de la faute contributive, parce qu'il paraissait équitable d'en tenir compte dans la détermination de la forme et de l'étendue de l'obligation de réparation[423].

219. Le commentaire du paragraphe 2 de l'article 42 souligne que « la doctrine [comme] la pratique ont généralement reconnu qu'il doit être tenu compte de ce facteur pour déterminer la réparation »[424]. Cela se vérifie particulièrement dans le cadre de l'indemnisation, mais cet élément s'avère également pertinent en ce qui concerne les autres formes de réparation et peut-être même à l'égard du choix à opérer entre celles-ci[425]. Le commentaire précise que l'expression « la négligence ou l'action ou omission délibérée […] qui a contribué au dommage » est empruntée au paragraphe 1 de l'article VI de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux[426].

220. Les gouvernements qui ont fait des observations spécifiques sur le paragraphe 2 de l'article 42[427] ne demandent pas expressément sa suppression mais sont généralement préoccupés par la rédaction de la disposition et les conceptions qui la sous-tendent. S'il reconnaît que les facteurs pris en considération dans le paragraphe 2 de l'article 42 « ne sont pas en eux-mêmes sujets à controverse », le Royaume-Uni se demande pourquoi l'accent est seulement mis sur la négligence et le comportement délibéré; d'autres éléments, tels que « la nature de la règle qui a été violée et de l'intérêt que l'on s'efforce de protéger », mériteraient également une mention expresse. Dans la mesure où cette disposition s'applique à la réparation et non pas simplement à l'indemnisation, le gouvernement britannique est « préoccupé par le fait qu'en adoptant une telle approche, qui semble s'appuyer sur la notion de faute concurrente ou de négligence, l'on cherche à ériger en principe général relevant de la responsabilité des États une question qui ne concerne qu'un aspect de certaines règles de fond du droit international »[428]. Les États-Unis s'interrogent également sur l'intention qui motive le paragraphe 2 de l'article 42. De leur point de vue, il n'apparaît pas clairement si le paragraphe fait intervenir « la faute de la victime, une faute susceptible, du point de vue de la *common law*, d'effacer totalement la responsabilité de l'État auteur du fait illicite, ou s'il signifie un abandon partiel du critère de « réparation intégrale »[429]. Pour les États-Unis, la première solution serait inacceptable. Quant à l'adoption de « la notion de faute relative », ils considèrent qu'elle conduirait à introduire dans le projet d'articles un critère imprécis, qui n'est pas établi dans le droit actuel de la responsabilité des États et serait « susceptible de donner lieu à des abus de la part d'États auteurs »[430]. Le même gouvernement déclare cependant comprendre « les difficultés que posent les situations dans lesquelles un État lésé ou un ressortissant ont une part de responsabilité dans *l'étendue* du dommage »[431] et reconnaît que l'État lésé « peut dans certains cas être tenu d'atténuer le dommage »[432]. La France suggère que le paragraphe 2 *b* soit limité au cas de la protection diplomatique et donc rédigé avec le membre de phrase « d'un ressortissant de l'État exerçant la protection diplomatique, qui a contribué au dommage »[433].

221. On peut admettre que le paragraphe 2 de l'article 42 relève en partie du développement progressif, notamment dans le cadre des obligations interétatiques (par contraste avec la protection diplomatique). D'un autre côté, il semble raisonnable de tenir compte du comportement de l'État lésé pour déterminer la forme et l'étendue de la réparation due; en pratique, il est d'ailleurs pris en considération de diverses manières. Le Rapporteur spécial propose de conserver ce paragraphe comme un article distinct, portant sur l'atténuation de la responsabilité. Ce titre permettrait de dissiper les craintes qu'un gouvernement a manifestées sur le point de savoir si le comportement de la victime pouvait conduire à nier totalement la responsabilité de l'auteur du fait illicite. La seule situation dans laquelle cela est envisageable concerne le cas où le préjudice ne pourrait absolument pas être attribué au comportement de l'État responsable et serait entièrement dû à l'intervention du fait de la

[422] *Annuaire... 1989* (voir *supra* la note 21), projet d'article 8, par. 5, p. 60, et, pour le débat, ibid., p. 15 à 17.

[423] Voir *Annuaire…1992*, vol. I, 2288e séance, par. 20 à 26, p. 231 et 232.

[424] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 6 *bis* [actuel article 42], par. 7, p. 61, avec des renvois à la doctrine.

[425] Ibid., par. 7, p. 61 et 62.

[426] Ibid. Pour le texte de la Convention du 29 mars 1972, voir *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 961, p. 188. Selon le paragraphe 1 de l'article VI, l'État de lancement est exonéré de la responsabilité pour ces dommages « dans la mesure où il établit que le dommage résulte, en totalité ou en partie, d'une faute lourde ou d'un acte ou d'une omission commis dans l'intention de provoquer un dommage de la part d'un État demandeur ou des personnes physiques ou morales que ce dernier État représente ». Indépendamment même de la question de la charge de la preuve, il y a là un critère d'exonération plus étroit que celui du paragraphe 2 de l'article 42, quoique dans le contexte d'un régime de responsabilité absolue à raison d'activités particulièrement dangereuses.

[427] Pour le résumé des commentaires des gouvernements sur l'article 42, voir *supra* le paragraphe 22.

[428] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35, p. 145).

[429] Ibid., p. 144.

[430] Ibid. Voir aussi A/CN.4/496, par. 125, p. 21, et les commentaires du Japon, selon lequel l'article 42 paragraphe 2 devrait clairement poser que la contribution au dommage « ne libère pas automatiquement l'État auteur du fait internationalement illicite de son obligation d'accorder une réparation intégrale » [*Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), p. 120)].

[431] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 42, par. 2, p. 144.

[432] Ibid., note 3.

[433] Ibid., commentaires sur l'article 42, par. 2, p. 145.

« victime » ou d'un tiers. Cette situation peut se produire mais elle est couverte par l'exigence générale de proximité de la cause et non par la présente disposition.

b) *Atténuation du dommage*

222. Le prétendu devoir de l'État lésé d'atténuer le dommage qu'il subit constitue un problème connexe, qui a déjà été brièvement abordé[434]. Comme la CIJ l'a souligné dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, il ne s'agit pas d'une obligation autonome mais d'une limitation aux dommages-intérêts que l'État lésé pourrait autrement demander[435]. Bien qu'elle soit liée à la notion de « négligence contributive » ou à celle de « comparaison des fautes », l'idée est ici distincte analytiquement : ce n'est pas que la partie lésé a contribué au dommage, mais plutôt qu'elle n'a pas pris les mesures qui étaient raisonnablement à sa disposition pour le réduire. Étant donné, notamment, la volonté de limiter la charge de la réparation dans une mesure raisonnable[436], ce principe devrait également être reflété dans le projet d'article.

7. Conclusions concernant la deuxième partie, chapitre II

223. Pour ces raisons, le chapitre II de la deuxième partie devrait être libellé comme suit.

« Chapitre II

« LES FORMES DE LA RÉPARATION

« 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.

« 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.

« 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.

« 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.

« 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. »

---

[434] Voir *supra* le paragraphe 30.

[435] *C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 18), par. 80, p. 55, cité, *supra*, au paragraphe 30.

[436] Voir *supra* le paragraphe 161.

Chapitre II

Structure des autres parties du projet d'articles

224. Dans les sections qui précèdent le présent rapport, l'on a proposé les principes généraux et les formes de la réparation fondés essentiellement sur le projet d'articles adopté en première lecture, moyennant certaines adaptations liées aux développements ultérieurs et aux observations des gouvernements. La Commission a également envisagé de suivre certaines suggestions avancées par le Rapporteur spécial en ce qui concerne la structure des autres parties et chapitres[437]. Celles-ci concernent notamment :

a) La création d'une deuxième partie *bis*, traitant de l'invocation de la responsabilité, qui reprendrait notamment les articles relatifs aux contre-mesures;

b) L'adoption éventuelle de dispositions concernant le cas de la pluralité d'États lésés;

c) L'examen plus approfondi de la catégorie des violations graves des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble;

d) Le report de l'examen de la forme du projet d'articles et de la question connexe du règlement des différends (troisième partie actuellement);

e) La création d'une quatrième partie, qui rassemblerait les différentes clauses de sauvegarde et d'autres dispositions générales.

225. À la lumière de ces développements, la présente section du rapport analyse les questions relatives à l'invocation de la responsabilité de l'État dans ce qui peut être décrit comme le cas « normal », c'est-à-dire l'invocation de la responsabilité par un État lésé (tel que celui-ci est défini dans le projet d'article 40 *bis*, ou selon une définition analogue)[438] contre l'État responsable. Cette section se poursuivra par l'examen du problème de l'invocation de la responsabilité dans les hypothèses où existe une pluralité d'États responsables ou d'États lésés.

226. Dans une section ultérieure du présent rapport, les articles relatifs aux contre-mesures seront examinés, en ce qui concerne à la fois la prise de contre-mesures par un État lésé et la situation plus complexe où plusieurs États, voire beaucoup d'entre eux, souhaitent en prendre. Cette dernière hypothèse a trait à la question essentielle qui subsiste, celle de la différence éventuelle qu'engendre l'existence d'une violation grave d'une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble. Enfin, il faudra aussi envisager la création d'une partie générale (la quatrième partie), qui comprendrait les clauses de sauvegarde et toute autre disposition générale applicable au projet d'articles dans son ensemble (y compris les articles 37 et 39 tels qu'adoptés en première lecture).

[437] Voir *supra* les paragraphes 5 à 10.

[438] Voir *supra* le paragraphe 119.

Chapitre III

Invocation de la responsabilité par un État lésé

A. – Considérations générales

227. La deuxième partie *bis* qu'il est proposé de créer est fondée sur une distinction entre les conséquences secondaires qui découlent en droit de la commission d'un fait internationalement illicite d'une part, et les différentes méthodes en vertu desquelles ces conséquences peuvent être mises en œuvre ou (le cas échéant) volontairement écartées ou réduites, d'autre part. L'un des problèmes que posait la deuxième partie telle qu'adoptée en première lecture résidait dans le fait qu'elle concevait apparemment tous les corollaires d'un fait internationalement illicite comme étant de droit — c'est-à-dire, comme partie de la nouvelle relation juridique secondaire qui naît immédiatement de la commission d'un tel fait. Il était donc nécessaire de définir, *a priori*, ces conséquences, et ce, en des termes ne laissant apparaître aucun pouvoir d'appréciation ou de réaction de la part des autres États, ni d'ailleurs de la part de l'État responsable lui-même. Dans cette perspective, les contre-mesures relèvent autant de la relation juridique secondaire que la réparation. Cependant, la manière dont le régime de la responsabilité est mis en œuvre en pratique dépendra du comportement ultérieur des parties concernées. Ainsi, pour prendre un exemple simple, dans le cas d'une violation d'une obligation interétatique bilatérale normale, l'État lésé a la possibilité, en pratique, de pardonner la violation, ou de renoncer au droit d'en invoquer les conséquences, ou d'opter pour l'indemnisation plutôt que la restitution, ou encore, d'insister uniquement sur la cessation et l'exécution future de l'obligation. Le texte qui définirait la restitution comme la conséquence normale d'un fait internationalement illicite mais qui omettrait de mentionner clairement que, dans une telle hypothèse, l'État lésé peut valablement choisir de préférer l'indemnisation, ne serait conforme ni au droit international ni à la pratique.

228. En conséquence, il paraît approprié d'établir une distinction entre les conséquences qui découlent en droit de la commission d'un fait internationalement illicite (deuxième partie) et les autres conséquences qui dépendent des réactions ultérieures des parties, qu'il s'agisse d'un refus de réparer (entraînant, le cas échéant, des contre-mesures), d'une renonciation par l'État lésé

(entraînant la perte du droit d'invoquer la responsabilité), ou de toute autre éventualité intermédiaire. Ces autres éléments font l'objet de la deuxième partie *bis*.

229. La deuxième partie *bis* pourrait être intitulée « La mise en œuvre de la responsabilité des États ». Il est inutile d'ajouter entre parenthèses dans la version anglaise l'expression française « mise en œuvre », bien qu'il s'agisse d'une traduction appropriée du terme anglais « *implementation* », qui peut être utilisée dans la version française.

230. Le Rapporteur spécial a déjà suggéré que l'ancien article 40 (nouvel article 40 *bis*) soit inséré au début de la présente partie[439]. Dans le cas où, comme cela a été proposé, le projet d'article 40 *bis* serait divisé en deux ou trois articles, ceux-ci devraient être insérés à l'endroit le plus approprié dans cette partie. Dans les développements qui suivent, l'on se concentrera sur la notion d'« État lésé » telle qu'il est proposé de la définir dans l'article 40 *bis*.

231. En premier lieu, tout État lésé est à l'évidence en droit d'invoquer de son propre chef la responsabilité[440]. Cependant, l'invocation de la responsabilité soulève de nombreuses questions relatives à ses modalités et limites, qu'il est proposé d'inclure dans un premier chapitre général de cette partie[441]. Sont concernés :

a) Le droit de l'État lésé de choisir la forme de la réparation (par exemple, de préférer l'indemnisation à la restitution);

b) Les conditions de formes minimales requises pour l'invocation de la responsabilité (par exemple, une demande écrite);

c) Les questions relatives à la recevabilité des réclamations (par exemple, l'épuisement des voies de recours internes, la nationalité des réclamations);

d) Les limites relatives aux droits de réparation de l'État lésé (par exemple, la règle *non ultra petita*, ou celle qui prohibe le double recouvrement);

e) La perte du droit d'invoquer la responsabilité.

Ces différents points seront examinés tour à tour.

1. Le droit de l'État lésé de choisir la forme de la réparation

232. En général, l'État lésé est en droit de choisir entre les formes de réparation disponibles. Il peut ainsi préférer l'indemnisation à la possibilité de la restitution, tout comme le fit l'Allemagne dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*[442], ou comme le décida finalement la Finlande dans le règlement de l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*[443]. L'État lésé peut aussi se contenter d'une déclaration réparatoire, à titre général ou sur un point précis de sa réclamation. Le droit de choisir la forme de la réparation a été reconnu dans le texte adopté en première lecture. Cela ressort de l'expression « l'État lésé est en droit d'obtenir ». L'utilisation de cette expression n'est pas recommandée pour les différents articles qui établissent le principe de la réparation intégrale. Pour des raisons déjà exposées, ceux-ci devraient plutôt être libellés en termes d'obligation(s) de l'État responsable[444]. Il est en tout cas souhaitable de mentionner de manière expresse le droit de choisir la forme de la réparation, d'autant plus que le choix valablement effectué par un État lésé d'un mode de réparation plutôt que d'un autre affectera la situation d'États tiers intéressés (mais qui ne sont pas spécifiquement lésés par la violation).

233. La question des limites du droit de l'État lésé de choisir la forme de la réparation a déjà été abordée[445]. Il y a bien entendu des cas où l'État ne pourrait pas s'emparer simplement de l'indemnisation et se désintéresser d'une situation non résolue, particulièrement si celle-ci affecte la vie ou la liberté de personnes, ou le droit d'un peuple à disposer de son territoire ou à l'autodétermination. Cependant, à l'examen, de telles situations paraissent soulever des questions de cessation, ou de poursuite de l'exécution d'obligations, et non des questions de réparation proprement dites. La réparation tend à l'effacement de la lésion et du préjudice *passés*. Dans la mesure où sont en cause des obligations à caractère continu dont l'exécution n'est pas seulement l'affaire des deux États concernés, ces derniers ne pourront peut-être pas résoudre la situation par un règlement, de la même façon qu'un État lésé ne peut de son propre chef libérer l'État responsable de ses obligations continues. Ces nuances peuvent toutefois être reflétées dans la terminologie utilisée dans le texte et mentionnées dans le commentaire. Par analogie avec l'article 29 (qui traite du consentement), il suffit de faire référence à un choix « valable » de l'État lésé en faveur d'une forme de réparation plutôt que d'une autre, tout en laissant au droit international général le soin de déterminer ces conditions de validité. Dans le cadre du projet d'articles, un tel choix devrait avoir des effets.

2. Conditions formelles d'invocation de la responsabilité

234. Bien que la commission d'un fait internationalement illicite entraîne en droit la création d'une relation juridique secondaire de responsabilité, il est nécessaire, en pratique, pour tou(t)(s) autre(s) État(s) intéressé(s) de réagir, s'il(s) souhaite(nt) demander la cessation ou la réparation. Les réactions peuvent prendre des formes multiples, qui vont du rappel non officiel et confidentiel de la nécessité d'honorer l'obligation en cause, aux protestations formelles, consultations, etc. De plus, le défaut de

[439] Voir *supra* les paragraphes 9, et 117 à 119.

[440] Voir *supra* les paragraphes 102 et 107. Voir *infra* les paragraphes 279 à 281 pour l'examen des cas où la responsabilité est invoquée par plus d'un État lésé eu égard au même fait.

[441] Dans la Convention de Vienne de 1969, des questions de ce type sont traitées séparément, à propos de chaque problème spécifique. Ainsi, la procédure relative aux réserves est traitée à l'article 23, après les articles qui concernent la formulation de réserves et leur effet juridique. La section 1 de la cinquième partie rassemble un certain nombre de dispositions concernant l'invocation des motifs d'invalidité, de suspension ou d'extinction d'un traité : voir par exemple les articles 44 (divisibilité des dispositions d'un traité), 45 (« perte du droit d'invoquer une cause de nullité d'un traité ou un motif d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application »). D'autres questions de procédure sont abordées à la section 4 de la même partie, et la section 5 traite des conséquences d'une telle invocation.

[442] Voir *supra* le paragraphe 23 et la note 47.

[443] Voir *supra* les paragraphes 136 et 137, et pour les conditions du règlement, voir Koskenniemi, « L'affaire du passage par le Grand-Belt », en particulier p. 940 à 947.

[444] Voir *supra* les paragraphes 25 et 26.

[445] Voir *supra* le paragraphe 134.

réaction d'un État lésé qui a connaissance de la violation peut avoir des conséquences juridiques pouvant même aller jusqu'à la perte du droit d'invoquer la responsabilité, par renonciation ou prescription extinctive.

235. L'on peut relever une analogie avec l'article 65 de la Convention de Vienne de 1969, en vertu duquel :

> 1. La partie qui, sur la base des dispositions de la présente Convention, invoque soit un vice de son consentement à être liée par un traité, soit un motif de contester la validité d'un traité, d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application, doit notifier sa prétention aux autres parties. La notification doit indiquer la mesure envisagée à l'égard du traité et les raisons de celle-ci.
>
> 2. Si, après un délai qui, sauf en cas d'urgence particulière, ne saurait être inférieur à une période de trois mois à compter de la réception de la notification, aucune partie n'a fait d'objection, la partie qui a fait la notification peut prendre, dans les formes prévues à l'article 67, la mesure qu'elle a envisagée.
>
> 3. Si toutefois une objection a été soulevée par une autre partie, les parties devront rechercher une solution par les moyens indiqués à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies.
>
> 4. Rien dans les paragraphes qui précèdent ne porte atteinte aux droits ou obligations des parties découlant de toute disposition en vigueur entre elles concernant le règlement des différends.
>
> 5. Sans préjudice de l'article 45, le fait qu'un État n'ait pas adressé la notification prescrite au paragraphe 1 ne l'empêche pas de faire cette notification en réponse à une autre partie qui demande l'exécution du traité ou qui allègue sa violation.

236. Il convient de ne pas formaliser à excès la procédure, et d'éviter de laisser entendre que la conséquence normale de la non-exécution d'une obligation est l'introduction d'une demande en réclamation. Dans de nombreux cas, la voie discrète de la diplomatie peut s'avérer plus efficace pour assurer l'exécution de l'obligation, voire la réparation. Néanmoins, un État lésé ou intéressé est en droit de répondre à la violation et sa première réaction devrait être d'attirer l'attention de l'État responsable sur la situation, et de demander qu'il prenne des mesures appropriées afin de mettre fin à la violation et de pourvoir à la réparation.

237. Il n'appartient pas au projet d'articles de détailler la forme que l'invocation de la responsabilité doit revêtir. Dans la pratique, les réclamations en responsabilité sont formulées à différents niveaux de gouvernement, en fonction de leur gravité et de l'état des relations générales entre les États concernés. D'ailleurs, la CIJ a parfois admis des modes d'invocation de responsabilité plutôt informels. Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* par exemple, l'Australie soutenait que la réclamation de Nauru était irrecevable car elle n'avait « pas été présentée dans des délais raisonnables »[446]. Cet argument soulevait deux questions : d'une part, celle de savoir à quel moment la réclamation avait été effectivement introduite, et d'autre part, celle de déterminer si le laps de temps écoulé avant l'introduction de la réclamation (ou encore, le laps de temps écoulé avant que Nauru ait effectivement pris une mesure quelconque de réclamation) était fatal à cette dernière. Cette objection fut rejetée par la Cour. Elle fit référence non seulement au fait que la réclamation avait été soulevée, et non réglée, avant l'indépendance de Nauru en 1968, mais aussi à des articles de presse selon lesquels la réclamation avait été évoquée par le nouveau président de Nauru dans son discours de l'indépendance et, implicitement, dans des correspondances et discussions ultérieures avec les ministres australiens. Cependant, la Cour releva également que

> [C]e n'est que le 6 octobre 1983 que le président de Nauru écrivit au premier ministre d'Australie en lui demandant de réexaminer favorablement la position de Nauru[447].

La Cour résuma comme suit les communications entre les parties :

> Nauru a été officiellement informée, au plus tard par lettre du 4 février 1969, de la position de l'Australie au sujet de la remise en état des terres à phosphates exploitées avant le 1er juillet 1967. Nauru n'a contesté cette position par écrit que le 6 octobre 1983. Dans l'intervalle cependant la question avait, selon les dires de Nauru, non contredits par l'Australie, été soulevée à deux reprises par le président de Nauru auprès des autorités australiennes compétentes. La Cour estime que, eu égard tant à la nature des relations existant entre l'Australie et Nauru qu'aux démarches ainsi accomplies, l'écoulement du temps n'a pas rendu la requête de Nauru irrecevable[448].

Il semble ressortir de cet extrait que la Cour n'a pas attaché beaucoup d'importance aux formalités. Elle a estimé suffisant que l'État défendeur ait pris connaissance de la réclamation suite aux communiqués du demandeur, même si la preuve de ces derniers revêtait la forme d'articles de presse, de discours ou réunions au lieu d'une correspondance diplomatique officielle. Mais, malgré cette souplesse et la prise en considération du contexte entourant les relations entre les deux États concernés, la Cour paraît avoir tenu compte du fait que l'État demandeur avait effectivement notifié la réclamation à l'État défendeur.

238. De l'avis du Rapporteur spécial, cette approche est appropriée sur le plan des principes. Il doit exister au minimum une certaine forme de notification de la réclamation en responsabilité d'un État à l'autre, de telle sorte que l'État responsable ait connaissance de l'allégation formulée à son encontre et qu'il soit en mesure d'y répondre (par exemple en mettant fin à la violation et en proposant une forme de réparation adéquate). Bien entendu, la forme précise que prend la réclamation variera selon les circonstances. Mais le projet d'articles devrait au moins exiger que l'État qui invoque la responsabilité le notifie à l'État responsable. À cette occasion, il serait normal que soient précisés le comportement qui est exigé de lui pour qu'il soit mis fin à tout fait illicite de caractère continu, ainsi que la forme que devrait revêtir la réparation demandée. En outre, dès lors que le mode normal de communication interétatique est l'écrit, il paraît approprié d'exiger que la notification de la réclamation ait lieu par écrit[449].

3. Questions relatives à la recevabilité des réclamations

239. Lorsqu'un État ayant protesté contre une violation n'est pas satisfait de la réponse donnée par l'État responsable, il est en droit d'invoquer la responsabilité de cet

[446] *C.I.J. Recueil 1992* (voir *supra* la note 307), par. 31, p. 253.

[447] Ibid., par. 35, p. 254.

[448] Ibid., par. 36, p. 254 et 255.

[449] Cf. la Convention de Vienne de 1969, art. 23 (les réserves, les acceptations expresses de réserves et les objections aux réserves doivent être formulées par écrit) et 67 (les notifications d'invalidité, d'extinction ou de retrait d'un traité doivent être formulées par écrit).

État en demandant des mesures de cessation, de réparation, etc., telles qu'elles sont prévues dans la deuxième partie. Le projet d'articles devrait peut-être l'exprimer par analogie avec les articles 63, paragraphes 2 à 4, et 65 de la Convention de Vienne de 1969. La question qui se pose est de savoir si un article de la deuxième partie *bis* devrait aborder les questions relatives à la recevabilité des réclamations en responsabilité.

240. De façon générale, le projet d'articles ne traite pas des problèmes de compétence des cours et tribunaux internationaux, ni des conditions de recevabilité des actions. Il porte plutôt sur la définition des conditions d'établissement de la responsabilité internationale des États, et sur l'invocation de cette responsabilité par les États. En conséquence, le projet d'articles n'est pas destiné à aborder des questions telles que l'exigence d'épuisement des autres méthodes de règlement pacifique des différends avant l'introduction d'une procédure, ou des doctrines comme la litispendance ou *electa una via*, qui peuvent affecter la compétence d'un tribunal international plutôt que d'un autre[450]. En revanche, certaines questions qui seraient qualifiées de questions de recevabilité lorsqu'elles sont invoquées devant un tribunal international présentent un caractère plus fondamental : il s'agit avant tout de conditions de mise en cause de la responsabilité d'un État. Les exemples les plus évidents sont fournis par les exigences d'épuisement des voies de recours internes et de nationalité des réclamations.

a) *Épuisement des voies de recours internes (art. 22)*

241. L'épuisement des voies de recours internes était déjà prévu à l'article 22 tel qu'adopté en première lecture et a déjà fait l'objet de discussions au sein de la Commission en 1999, sur la base du deuxième rapport du Rapporteur spécial[451]. Tel qu'adopté en première lecture, l'article 22 reflétait ce qui peut être appelé une acception « matérielle » du principe d'épuisement des voies de recours internes, selon laquelle, chaque fois que le principe trouve à s'appliquer, la violation n'est pas établie aussi longtemps que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées. Toutefois, il y a certainement des hypothèses où il n'en est pas ainsi : par exemple, l'individu qui a été victime de torture par la police doit épuiser les voies de recours internes, mais la torture est une violation à la fois des droits de l'homme et du standard minimal de traitement des étrangers. Le Rapporteur spécial avait suggéré que le principe de l'épuisement des voies de recours internes ne soit pas incorporé dans l'article 22, mais plutôt dans une clause de sauvegarde insérée soit à la fin du chapitre III de la première partie, soit dans la deuxième partie *bis* proposée[452]. Après plus ample réflexion, il estime que l'emplacement approprié d'une telle clause est la deuxième partie *bis*. La clause de sauvegarde devrait être énoncée en des termes très généraux : elle devrait comprendre tous les cas dans lesquels le principe d'épuisement des voies de recours internes trouve à s'appliquer, et ce, que ce soit dans le cadre d'un traité ou du droit international général. En outre – et contrairement à l'ancien article 22 –, la clause de sauvegarde ne devrait pas être confinée aux cas de protection diplomatique, à savoir les cas « concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales »[453]. Il n'est pas nécessaire de détailler dans le projet d'articles les modalités d'application de la règle. Il est également inutile d'aborder des questions comme celles de savoir : *a*) si la règle s'applique aux préjudices infligés à l'extérieur du territoire de l'État défendeur; *b*) si elle s'applique aux préjudices infligés aux États étrangers et à leurs organes, par exemple en matière commerciale ou économique (*iure gestionis*); *c*) si certaines voies de recours doivent être considérées comme « disponibles » à cet effet; et *d*) ce qu'il faut entendre par épuisement. Ces matières seront sans aucun doute traitées de façon plus détaillée dans le cadre des travaux relatifs à la protection diplomatique.

b) *Nationalité des réclamations*

242. Un second motif d'irrecevabilité potentielle qui pourrait être inclus dans la deuxième partie *bis* réside dans la nationalité des réclamations. De nouveau, il convient de souligner que la réglementation détaillée du principe de nationalité des réclamations relève du domaine de la protection diplomatique. Mais puisque le principe de la nationalité des réclamations représente une condition générale d'invocation de la responsabilité et ne concerne pas seulement la compétence ou la recevabilité des réclamations devant les organes judiciaires, il est préférable de l'envisager de la même façon que le principe d'épuisement des voies de recours internes. En conséquence, une disposition simple est proposée[454].

4. Limites à l'obtention de la réparation

243. Les limitations relatives au principe de la réparation intégrale devraient être reflétées dans la deuxième partie, qui définit les obligations de l'État responsable à cet égard et prend en compte des problèmes comme la faute contributive. Dans le contexte de l'invocation de la responsabilité cependant, certaines limites supplémentaires peuvent exister. Deux questions doivent être relevées à ce propos.

a) *Le principe* non ultra petita

244. Les cours et tribunaux internationaux appliquent très souvent – ou du moins mentionnent – le principe *non ultra petita,* en vertu duquel un État ne se verra pas octroyer à titre de réparation davantage que ce qu'il a

[450] Pour une discussion des diverses questions affectant la compétence et la recevabilité des réclamations internationales devant les tribunaux, voir Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale : étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en œuvre*; Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, particulièrement vol. II, chap. VII, p. 427 à 575; et Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *Jurisdiction*.

[451] Voir *Annuaire... 1999* (voir *supra* la note 8), par. 138 à 150, p. 42 à 45 et, pour un résumé de la discussion sur cet article, *Annuaire... 1999*, vol. II (2e partie), par. 223 à 243, p. 70 et 71.

[452] Pour le texte proposé, voir *Annuaire... 1999* (voir *supra* la note 8), par. 158, p. 47.

[453] Ibid. Selon l'article 41, par. 1 *c*, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les communications interétatiques concernant les violations des droits de l'homme ne peuvent être examinées par le Comité des droits de l'homme « qu'après s'être assuré que tous les recours internes disponibles ont été utilisés et épuisés, conformément aux principes de droit international généralement reconnus ». Voir aussi le Protocole facultatif, art. 2, et les dispositions équivalentes figurant dans les conventions régionales des droits de l'homme.

[454] Voir *infra* le paragraphe 284 pour le texte de la disposition.

réellement réclamé. Par exemple, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, le Royaume-Uni réclamait 700 087 £ comme valeur de remplacement du contre-torpilleur *Saumarez*, qui avait été coulé par des mines. Les experts de la CIJ évaluèrent le coût réel de remplacement à une somme légèrement supérieure (716 780 £). La Cour octroya cependant au Royaume-Uni la somme inférieure, déclarant qu'« [e]lle ne [pouvait] pas lui allouer une somme supérieure à celle demandée dans ses conclusions »[455]. La Cour a appliqué ce même principe dans diverses affaires, tantôt en le justifiant par référence aux règles de procédure associées aux conclusions formelles des parties[456], tantôt en le considérant comme une règle inhérente à la procédure judiciaire[457].

245. Le principe selon lequel la réclamation de l'État lésé impose une limite quant à la forme et au *quantum* de la réparation qui peut être octroyée trouve également appui dans la jurisprudence arbitrale. Par exemple, dans l'affaire des *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*, le Royaume-Uni avait réclamé des intérêts composés de 7 %. L'Espagne estimait, quant à elle, que seul un intérêt simple de 5 % était dû. Le Rapporteur, Max Huber, souligna :

> Le taux de 5 % serait certainement insuffisant. Il serait, par contre, possible d'envisager dans certains cas un taux supérieur à 7 %. Cela faisant, l'on se heurterait cependant au principe judiciaire selon lequel il n'est pas loisible d'aller au-delà des demandes des Parties. Malgré le caractère spécial de l'enquête dont il a été chargé, le Rapporteur considère … que dans la mesure possible il doit s'inspirer des principes gouvernant la procédure judiciaire. C'est pourquoi il adopte le taux de 7 % comme maximum en même temps que minimum[458].

Le moins que l'on puisse dire est qu'il s'agissait là d'une application plutôt mécanique du principe. Le Royaume-Uni demandait un taux composé de 7 %, et la séparation du taux d'intérêt de sa méthode de calcul paraît vraiment injustifiée. Un taux d'intérêt plus élevé calculé à titre d'intérêt simple n'aurait pas été au-delà des montants que le Royaume-Uni entendait réellement obtenir à titre d'intérêt[459].

246. Il est reconnu que le principe *non ultra petita* constitue en quelque sorte une limite extrême à la sentence ou à la décision finale que peut ordonner une cour ou un tribunal, mais qu'il n'apporte, dans ce cadre, aucune limitation aux fondements de la décision. Ainsi, la CIJ a toujours affirmé sa liberté de choisir non seulement les fondements sur lesquels elle prend sa décision, mais aussi la qualification de la nature de la réclamation de l'État demandeur[460]. Des difficultés peuvent néanmoins survenir lorsqu'une partie entend circonscrire sa réclamation ou ses prétentions en vue de limiter le pouvoir du tribunal, par exemple en favorisant la restitution sur l'indemnisation. Ainsi, dans l'arbitrage du *Rainbow Warrior*, la Nouvelle-Zélande sollicitait uniquement le retour des deux agents sur l'île, et rejetait expressément toute réclamation d'indemnisation à titre supplétif[461]. Le Tribunal paraît avoir admis qu'il s'agissait là d'une restriction à ses pouvoirs de décision, bien que le passage pertinent de la sentence ne soit pas exempt de toute ambiguïté. Selon ce passage,

> Toutefois, la Nouvelle-Zélande n'a pas demandé l'attribution de compensation monétaire – pas même subsidiairement au cas où le Tribunal ne ferait pas les déclarations ni n'ordonnerait pas les injonctions relatives au retour des agents. Le Tribunal comprend cette position qui résulte de l'appréciation faite par un État de sa dignité et de ses droits souverains. Le fait que la Nouvelle-Zélande n'ait pas demandé une injonction de compensation monétaire a eu pour effet aussi que la France n'a pas abordé cette solution, assez différente, dans ses plaidoiries écrites et orales, ou même n'a pas eu l'occasion de le faire. De plus, le Tribunal lui-même n'a pas bénéficié de la discussion par les deux Parties des questions […] s'y rapportant, en particulier le montant des dédommagements[462].

En conséquence, le tribunal décida « de ne pas formuler d'injonction de compensation monétaire »[463]. Il émit cependant une recommandation de portée similaire, ce qui avait en fait pour effet d'éluder la règle.

247. De l'avis du Rapporteur spécial, la règle *non ultra petita* représente, en pratique, l'extension sur le plan procédural du principe plus fondamental selon lequel un État lésé est en droit, dans le cadre d'une réparation intégrale, de choisir parmi les différents modes de réparation disponibles. Pour autant que le droit de sélection sous-jacent de l'État lésé soit clairement exprimé dans la deuxième partie *bis*, il est inutile d'énoncer le principe de façon plus détaillée. En effet, ceci risquerait de limiter le pouvoir d'appréciation des tribunaux internationaux quant à la combinaison des différents modes appropriés au cas d'espèce, notamment si – comme le Rapporteur Max Huber le fit dans l'affaire des *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*[464] – le principe est appliqué séparément aux divers aspects de la réparation demandée. L'erreur qui consisterait à détailler le principe *non ultra petita* devrait être expliquée dans le commentaire, mais il n'est pas nécessaire de consacrer un article spécifique à ce principe.

---

[455] *C.I.J. Recueil 1949* (voir *supra* la note 69), p. 249. En revanche, la Cour alloua toute l'indemnisation réclamée pour les réparations du second navire endommagé, le contre-torpilleur *« Volage »*, nonobstant le fait que l'évaluation des experts était légèrement inférieure (ibid.).

[456] Comme dans la *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile (Colombie/Pérou)*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 402 (mentionnant « le principe que la Cour a le devoir de répondre aux demandes des parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées »). En réalité, le Statut de la Cour se concentre sur la « réclamation » de l'État demandeur (voir en part. l'art. 53). C'est le Règlement qui traite les conclusions formelles des parties comme circonscrivant et limitant la réclamation (art. 49; 60, par. 2; 79, par. 2; et 95, par. 1); de manière similaire, en ce qui concerne les demandes reconventionnelles, voir l'art. 80, par. 2.

[457] Comme dans la *Demande de réformation du jugement nº 158 du Tribunal Administratif des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1973*, par. 87, p. 207 et 208.

[458] Voir *supra* la note 414.

[459] Une approche sensiblement plus souple, mais qui consacre malgré tout le principe de base, a été retenue par le Tribunal arbitral mixte roumano-allemand dans l'affaire *Dame R. S. Gologan et al. c. Allemagne*; voir *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. V, Paris, Sirey,1926, p. 945, et *Digest of Public International Law Cases*, vol. 3, 1925-1926, Londres, Longmans, Green and Co., 1929, p. 419.

[460] Voir par exemple le rappel de la jurisprudence réalisé par la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, *ordonnance du 20 décembre 1974*, *C.I.J. Recueil 1974*, par. 29, p. 262 et 263, et l'affaire des *Essais nucléaires* (*Nouvelle-Zélande c. France*), ibid., par. 30, p. 466 et 467.

[461] Voir *supra* le paragraphe 132.

[462] *Revue générale de droit international public* (voir *supra* la note 17), vol. 94, 1990, par. 119, p. 874.

[463] Ibid., par. 120, p. 874.

[464] Voir *supra* la note 414.

b) *La règle prohibant le double recouvrement*

248. La règle prohibant le double recouvrement représente une seconde limitation potentielle à l'invocation de la responsabilité. Il est généralement admis que l'octroi de dommages et intérêts compensatoires ne doit pas entraîner un « double recouvrement », c'est-à-dire, un recouvrement par la partie lésée supérieur à son dommage ou à son préjudice tel qu'il a été évalué. La nécessité « d'arriver à une juste appréciation du montant du dommage et d'éviter des doubles emplois » a été jugée comme une règle de principe, par exemple, par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*[465]. Ce principe a été réaffirmé par d'autres tribunaux internationaux[466] et par la pratique étatique[467]. Dans certaines circonstances, il affecte le *quantum* même de l'indemnisation et concerne ainsi des questions déjà abordées dans le chapitre II de la deuxième partie. À titre d'exemple, l'indemnisation pour le manque à gagner et celle de l'intérêt sur le capital auquel se rapporte le manque à gagner ne peuvent être octroyées pour la même période[468]. Mais dans d'autres circonstances, il se peut que l'État demandeur ait potentiellement droit à une réparation intégrale, laquelle doit être limitée au stade de l'invocation de la responsabilité de manière à éviter le double recouvrement. Il en sera souvent ainsi, lorsque différentes personnes ou entités sont en droit d'introduire devant des fors différents ce qui constitue en réalité la même réclamation. L'affaire de l'*Usine de Chorzów* peut à nouveau servir d'exemple puisque le bien dont il était question faisait l'objet de réclamations à la fois par les (anciens) propriétaires devant des tribunaux arbitraux mixtes et par l'Allemagne devant la CPJI. La Cour rejeta l'argument de la Pologne selon lequel cette circonstance rendait la réclamation allemande irrecevable, et ce parce que, sur le plan formel, les parties n'étaient pas les mêmes, et sur le plan du fond, la réclamation de l'Allemagne visait un bien saisi en violation d'un traité, alors que la compétence des tribunaux arbitraux était relative à des biens légalement expropriés. Cependant, il est clair que toute indemnisation qui aurait été éventuellement allouée aux sociétés aurait été prise en compte dans l'évaluation du montant de l'indemnisation due à l'Allemagne.

249. Dans la plupart des cas, la règle prohibant le double recouvrement est couverte par le principe général de réparation (équitable) intégrale, lequel implique de façon générale que la réparation ne soit pas supérieure à ce qui est nécessaire pour indemniser l'État lésé de son préjudice, et qu'elle ne soit pas inéquitable au vu des circonstances. Il est un cas, toutefois, où il peut être nécessaire d'exprimer le principe de façon explicite, c'est celui où le même demandeur est en droit d'obtenir réparation de la part de plusieurs États qui sont responsables essentiellement du même dommage. Ce cas relève de la question de la pluralité d'États responsables et il sera traité dans ce contexte ci-après[469].

5. Perte du droit d'invoquer la responsabilité

250. La matière de l'invocation de la responsabilité par un État lésé comprend enfin la question de la perte de ce droit. De nouveau, une analogie peut être trouvée dans l'article 45 de la Convention de Vienne de 1969, qui concerne la perte du droit d'invoquer une irrégularité d'un traité. Selon cet article,

> [u]n État ne peut plus invoquer une cause de nullité d'un traité ou un motif d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application […] si, après avoir eu connaissance des faits, cet État :
>
> *a*) A explicitement accepté de considérer que, selon le cas, le traité est valide, reste en vigueur ou continue d'être applicable; ou
>
> *b*) Doit, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé, selon le cas, à la validité du traité ou à son maintien en vigueur ou en application.

Cette disposition traite de questions comme la renonciation à invoquer une violation substantielle. Elle suggère qu'il serait utile d'introduire une disposition similaire dans la deuxième partie *bis*.

251. La question qui se pose dès lors est de déterminer les éléments que cette disposition devrait comprendre. En premier lieu, il paraît nécessaire de distinguer la position d'un État lésé de celle des autres États concernés. Ainsi, la renonciation valable à invoquer la responsabilité ou le règlement du différend entre l'État responsable et l'État lésé (ou, s'ils sont plusieurs, tous les États lésés), peut exclure toute réclamation de réparation ou menace de contre-mesures par les autres États.

252. Cependant, même dans un cadre bilatéral, la question de la perte du droit d'invoquer la responsabilité peut se poser. Celle-ci peut avoir divers fondements : *a*) la renonciation, *b*) la prescription, *c*) le règlement, et *d*) l'extinction ou la suspension de l'obligation sous-jacente qui a été violée. L'on pourrait aussi faire valoir que toutes ces catégories juridiques (y compris la prescription) représentent des formes de renonciation, et qu'une disposition générale inspirée de l'article 45 de la Convention de Vienne de 1969 suffirait à couvrir la matière. Avant de s'engager dans cette voie, il convient d'examiner brièvement les différentes options envisageables.

a) *Renonciation*

253. Le premier motif de perte du droit d'invoquer la responsabilité d'un État, qui en constitue également le motif

[465] C.P.J.I. (voir *supra* la note 49), p. 49. Voir également p. 45, où la Cour releva que dans les circonstances de l'espèce, « [i]l ne semble pas douteux […] que la Pologne ne court aucun risque de devoir payer à nouveau la valeur de l'usine à la Commission des Réparations, si, conformément à la demande de l'Allemagne, elle paie à cet État la valeur de l'usine ».

[466] Voir, par exemple, les affaires : *Harza Engineering Company c. République islamique d'Iran*, in *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (voir *supra* la note 404), par. 30, p. 88 et 89; *Itel Corporation c. Gouvernement de la République islamique d'Iran*, ibid., vol. 28, 1992, par. 31 et 32, p. 172; et *Seaco, Inc. c. République islamique d'Iran*, ibid., par. 55 et 56, p. 214 et 215.

[467] Ceci ressort, par exemple, de la pratique des commissions nationales d'indemnisation, qui, lorsqu'elles allouent une somme globale à titre d'indemnisation, doivent tenir compte de tout montant perçu ou qui aurait dû l'être par le requérant (s'il avait exercé une diligence normale) par toute autre source en raison du préjudice en cause; voir, entre autres, *The Foreign Compensation (Egypt) Order 1971* (Grande-Bretagne et Égypte), Statutory Instruments of the United Kingdom, 1971, nº 2104, art. 10, par. 2 *b*; et *The Foreign Compensation (Romania) Order 1976* (Grande-Bretagne et Roumanie), Statutory Instruments of the United Kingdom, 1976, nº 1154, art. 10.

[468] Voir, par exemple, l'affaire *Uiterwyk Corporation c. Gouvernement de la République islamique d'Iran*, in *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19, Cambride, Grotius, 1989, par. 188, p. 158 et 159.

[469] Voir *infra* le paragraphe 279.

le plus évident, est la renonciation par l'État lésé au droit d'invoquer la violation elle-même ou ses conséquences. Il s'agit d'une manifestation du principe général du consentement relatif aux droits et obligations dont dispose un État donné. À l'instar d'autres formes du consentement de l'État, des questions relatives à la validité d'une renonciation pourraient indubitablement se poser. Ce serait le cas, notamment, d'une éventuelle contrainte de l'État ou de son représentant, ou d'une erreur matérielle quant aux faits, découlant par exemple d'une représentation erronée de ces faits par l'État responsable. De telles questions devraient être résolues de la même manière que dans le cas du projet d'article 29**,** qui traite du consentement en tant que circonstance excluant l'illicéité[470]. Par conséquent, il faudrait parler de « renonciation valable » et laisser les règles de droit général déterminer ce qui constitue une renonciation valable dans les circonstances particulières.

254. Se pose également la question d'une éventuelle distinction entre le consentement ultérieur relatif à la violation elle-même et le consentement à renoncer au droit d'invoquer les conséquences de cette violation. Le commentaire de l'article 29, tel qu'adopté en première lecture souligne que « si le consentement n'a été donné que postérieurement à la commission du fait (*ex post facto*), il y aura seulement eu renonciation (« *waiver* ») à faire valoir la responsabilité et les prétentions par lesquelles elle se traduit. Mais une telle renonciation (« *waiver* ») laisse subsister l'illicéité du fait précédent »[471]. Évidemment, lorsque la renonciation survient après le fait en question, ce fait aura été – par définition – illicite au moment où la violation s'est produite. Toutefois, la raison pour laquelle l'État qui renonce ne pourrait pas consentir rétrospectivement au comportement en cause, et ainsi le « légitimer » en tous points, n'apparaît pas évidente, tout au moins dans les cas d'obligations qui lient uniquement l'État responsable et celui qui renonce. Par ailleurs, la situation envisagée par le commentaire est certainement susceptible de se produire : un État pourrait vouloir fermer les yeux sur les conséquences d'une violation – de façon en quelque sorte prospective – sans aller pour autant jusqu'à excuser le comportement illicite initial. Dans les deux cas, il semble raisonnable qu'une renonciation valable et sans réserve entraîne la perte du droit d'invoquer la responsabilité.

255. Dans certains cas, la renonciation pourrait ne viser qu'un aspect de la relation juridique entre l'État lésé et l'État responsable. Ainsi, dans l'affaire de l'*Indemnité russe,* l'ambassade russe avait à de nombreuses reprises exigé que la Turquie verse une somme correspondant au capital d'un prêt, sans jamais faire référence au paiement d'intérêts ou de dommages-intérêts pour le délai de remboursement. La Turquie ayant versé la somme exigée, le Tribunal a statué que le comportement de la Russie équivalait à l'abandon de toute autre réclamation découlant du prêt[472]. La décision porte tout autant sur l'effet d'un règlement que sur l'effet d'une renonciation conçue dans un sens général. Il est clair toutefois que la formulation du principe de la renonciation devrait permettre ce type de renonciation partielle[473].

256. S'il est possible d'inférer une renonciation du comportement des États concernés ou d'une déclaration unilatérale, ce comportement ou cette déclaration doivent être clairs et sans équivoque. Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, l'Australie prétendait qu'avant l'indépendance, les autorités du Nauru avaient renoncé à une réclamation de remise en état, et ce de deux façons : *a*) par la conclusion de l'accord du 14 novembre 1967 relatif à l'industrie des phosphates de l'île de Nauru; et *b*) par des déclarations faites au moment de l'accession à l'indépendance. En ce qui concerne l'accord, il est vrai qu'il répondait à une exigence centrale de Nauru relative au contrôle de l'industrie des phosphates à compter de l'indépendance. Les comptes rendus des négociations montraient cependant que la question de la renonciation à la remise en état avait été soulevée mais non pas acceptée et l'accord lui-même restait silencieux sur ce point. Pour ce qui touche aux déclarations pertinentes, elles comportaient une remarque selon laquelle les redevances futures « permettr[aient] de résoudre le problème [de remise en état] »[474]. La Cour rejeta l'argument de l'Australie. En ce qui concerne l'accord de 1967, elle déclara que :

> La Cour n'estime pas nécessaire […] de s'interroger sur l'opposabilité à la République de Nauru d'une renonciation éventuellement opérée par les autorités nauruanes avant l'indépendance de ce pays. Il lui suffira de constater qu'en fait ces autorités n'ont jamais renoncé à leurs prétentions de manière claire et non équivoque…[475].

En ce qui a trait à la déclaration du chef principal de Nauru, la Cour nota que, « [e]n dépit d'une formulation quelque peu ambiguë, cette déclaration n'impliquait aucune renonciation au point de vue exprimé de manière claire et répétée par les représentants du peuple nauruan devant divers organes de l'Organisation des Nations Unies »[476]. Le contexte des négociations et l'inégalité *de facto* des parties soulignaient l'importance d'assurer que la renonciation fût claire et sans équivoque. En cas de doute, une renonciation ne peut être présumée[477]. La disposition proposée doit être claire à cet égard.

b) *Prescription*[478]

257. La question de la perte du droit d'invoquer la responsabilité en raison d'un retard dans l'introduction d'une réclamation est plus controversée. L'existence d'un principe de prescription extinctive comme motif d'irrecevabilité d'une action en responsabilité semble généralement reconnue. Dans le passage suivant de l'affaire de

[470] Pour une discussion de l'article 29, voir *Annuaire... 1999* (voir *supra* la note 8), par. 232 à 243.

[471] *Annuaire… 1979*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 29, par. 16, p. 126.

[472] *Recueil des sentences arbitrales* (voir *supra* la note 80), p. 446.

[473] Dans ce sens, certains cas de renonciation s'apparentent au règlement d'une réclamation par l'offre et l'acceptation d'une réparation partielle (voir *infra* le paragraphe 259).

[474] *C.I.J. Recueil 1992* (voir *supra* la note 307), par. 17, p. 249.

[475] Ibid., par. 13, p. 247.

[476] Ibid., par. 20, p. 250.

[477] Dans un contexte différent, voir l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, *arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 24, dans laquelle la Cour a considéré que le texte des traités pertinents était clair et sans équivoque.

[478] Pour un aperçu utile, voir Ibrahim, « The doctrine of laches in international law », p. 647, avec les références à la jurisprudence et à la doctrine. Pour un compte-rendu antérieur, voir Pinto, « La prescription en droit international », p. 438 à 448.

Certaines terres à phosphates à Nauru, la CIJ a endossé ce principe en déclarant reconnaître

que, même en l'absence de disposition conventionnelle applicable, le retard d'un État demandeur peut rendre une requête irrecevable. Elle note cependant que le droit international n'impose pas à cet égard une limite de temps déterminée. La Cour doit par suite se demander à la lumière des circonstances de chaque espèce si l'écoulement du temps rend une requête irrecevable[479].

La Cour poursuit en soulignant que dans les circonstances de l'affaire, et eu égard à l'historique du problème, la requête de Nauru n'était pas irrecevable pour ce motif[480].

258. L'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* concernait un différend interétatique. Plusieurs des décisions ayant trait à la question de la prescription ont cependant été rendues dans le cadre de réclamations liées à la protection diplomatique, apparues quelques années, voire longtemps après la survenance des incidents originaires. Les conclusions de cette jurisprudence peuvent se résumer comme suit :

a) L'élément incontournable d'une allégation de délai déraisonnable est évidemment l'écoulement d'une période de temps considérable. Toutefois, aucune limite temporelle généralement acceptée, et exprimée en années, n'a été établie. En 1970, le Ministère fédéral helvétique a suggéré une période de 20 à 30 ans à compter de la naissance de la réclamation[481]. Il a par ailleurs été affirmé que les exigences étaient plus élevées dans le cas des réclamations contractuelles que des réclamations extra-contractuelles[482]. Aucune de ces tentatives de fixation générale d'un délai précis et limité pour les réclamations internationales n'a été acceptée[483]. En effet, il serait pratiquement impossible d'établir une limite unique, étant donné la diversité des situations, des obligations et des comportements susceptibles de donner lieu à une réclamation;

b) Il existe bien entendu beaucoup d'exemples de fixation de délais à l'égard de catégories spécifiques de réclamations effectuées en vertu de traités[484], notamment dans le domaine du droit privé[485]. Il est par contre tout à fait exceptionnel que des dispositions conventionnelles portant sur des réclamations interétatiques soient soumises à des prescriptions expresses;

c) Lorsqu'une réclamation a été notifiée à un État défendeur, le délai relatif à son examen, devant un tribunal international par exemple, ne la rendra normalement pas irrecevable[486]. Ainsi, dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, la CIJ a jugé suffisant le fait que Nauru avait fait mention de ses réclamations dans le cadre des négociations bilatérales que cet État avait eues avec l'Australie antérieurement à la mise en œuvre formelle de la procédure judiciaire en 1989[487]. Dans l'affaire *Tagliaferro*, l'arbitre Ralston a également conclu qu'en dépit de l'écoulement d'une période de trente et un ans depuis les faits, la réclamation était recevable dans la mesure où elle avait été notifiée immédiatement après la survenance du préjudice[488];

d) La pratique internationale suggère en effet que l'écoulement du temps ne suffit pas, *en soi*, à rendre une réclamation irrecevable. Les règles relatives au délai répondent à une préoccupation importante, celle des difficultés supplémentaires que le délai écoulé cause à l'État défendeur (en ce qui concerne la réunion et la présentation des preuves par exemple). Ainsi, dans les affaires *Stevenson* et *Gentini*, des considérations de procédure équitable ont été mises en avant[489]. En revanche, l'argumentation tirée du retard pris dans la réclamation a été rejetée lorsque, dans les circonstances particulières de l'affaire, l'État défendeur ne pouvait démontrer avoir subi un quelconque préjudice de ce fait[490];

e) La distinction entre la notification d'une réclamation et l'introduction de l'instance devant une cour internationale ou un autre organe découle en partie de l'absence générale, en droit international, de mécanisme de règlement des différends par une tierce partie. Souvent, la seule manière d'invoquer la responsabilité d'un État est d'introduire une réclamation par les voies diplomatiques, sans aucune possibilité de recours obligatoire à un tiers. Il serait évidemment injuste de porter préjudice à un demandeur en concluant qu'une réclamation est prescrite, lorsque le demandeur (ou son État) a tout tenté pour que le différend soit soumis à un processus judiciaire. Cependant, même lorsque l'État disposait, en tout temps utile, d'un forum international, cette distinction a trouvé à s'appliquer. Ainsi, dans l'affaire *LaGrand*, la CIJ a accepté la requête allemande en indication de mesures

[479] *C.I.J. Recueil 1992*, par. 32, p. 253 et 254.

[480] Ibid., par. 36, p. 254 et 255. Le passage pertinent est cité *supra* au paragraphe 237. Le juge Oda exprima son désaccord sur ce point, au motif que le silence (selon son analyse), conservé par Nauru pendant plus de quinze ans après l'indépendance, induisait que « la Cour n'[avait] pas à en connaître […] ne serait-ce que par égard pour ses propres fonctions » (ibid., par. 28, p. 324).

[481] Communiqué du 29 décembre 1970, reproduit in Caflisch, « La pratique suisse en matière de droit international public 1975 », p. 153.

[482] Fleischhauer, « Prescription », p. 1107.

[483] Un grand nombre de décisions internationales soulignent l'absence de règles générales, et, plus particulièrement, de limites spécifiques mesurées en années. Le principe de la prescription fait plutôt appel à une appréciation fondée sur les faits de l'espèce. Outre l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* (voir *supra* la note 307), voir, par exemple, l'affaire *Gentini*, 1903, *Recueil des sentences arbitrales* (voir *supra* la note 374), p. 561; et l'arbitrage *Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, 1956, ibid., vol. 12 (publication des Nations Unies, numéro de vente : 63.V.3), p. 103 et 104.

[484] Par exemple, un délai de six mois pour les requêtes individuelles en vertu de l'article 35, par. 1, du Protocole nº 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce délai ne semble pas s'appliquer aux actions interétatiques instituées en vertu de l'article 33.

[485] Dans le domaine des transactions commerciales et du transport international, par exemple; voir la Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises. Par opposition, dans le domaine des crimes individuels à l'encontre du droit international, la tendance est d'éviter la prescription des poursuites; voir Weiss, « Time limits for the prosecution of crimes against international law ».

[486] Pour un énoncé de la distinction entre la notification d'une réclamation et l'introduction d'instance, voir, par exemple, *Oppenheim's International Law*, p. 527; et Rousseau, *Droit international public*, p. 182.

[487] Voir *supra* le paragraphe 256.

[488] Affaire *Tagliaferro*, 1903, in *Recueil des sentences arbitrales* (voir *supra* la note 374), p. 593.

[489] Voir les affaires *Stevenson*, 1903, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (publication des Nations Unies, numéro de vente : 59.V.5), p. 385; et *Gentini*, 1903, *Recueil des sentences arbitrales* (voir *supra* la note 374), vol. X, p. 557.

[490] Voir par exemple l'affaire *Tagliaferro* (voir *supra* la note 488), p. 593; et la décision elle-même dans l'affaire *Stevenson* (voir *supra* la note 489), p. 386 et 387.

conservatoires et prononcé un sursis à l'exécution[491]. La Cour a rendu son ordonnance bien que l'Allemagne ait intenté l'action judiciaire littéralement à la dernière minute, six ans et demi après avoir eu connaissance de la violation[492].

259. Une souplesse considérable caractérise l'approche de toutes ces questions. Une réclamation ne sera pas déclarée irrecevable en raison d'un retard à moins que l'État défendeur n'ait été clairement désavantagé. Les cours internationales font montre de flexibilité lorsqu'elles soupèsent les circonstances pertinentes d'une affaire donnée, y compris, par exemple, le comportement de l'État défendeur et l'importance des droits en cause[493]. Contrairement à ce que l'expression « prescription » peut suggérer, les tribunaux internationaux ne procèdent pas à une simple mesure du temps écoulé et n'appliquent pas des limites de temps strictes. Le facteur décisif est plutôt de savoir si l'intimé pouvait *raisonnablement* s'attendre à ce que la réclamation ne soit plus poursuivie[494]. Pour cette raison, la distinction entre la prescription d'une part, et la renonciation implicite ou le concept plus général d'acquiescement de l'autre, est relative. En effet, tous les exemples d'irrecevabilité discutés ici pourraient vraisemblablement être analysés comme des manifestations du principe général de renonciation ou d'acquiescement. Aux fins du projet d'articles toutefois, le Rapporteur spécial propose d'adopter la distinction traditionnelle entre la renonciation et la prescription. De plus, étant donné les moyens de communication modernes et la disponibilité accrue de recours devant des tiers en de nombreux cas, l'adoption d'une approche plus rigoureuse quant à la poursuite des voies de recours disponibles semble justifiée, et ce même dans le contexte des réclamations interétatiques. Le projet d'articles devrait disposer que la responsabilité d'un État ne peut être invoquée si la réclamation n'a pas été notifiée à l'État responsable dans un délai raisonnable après que l'État lésé eut pris connaissance de la lésion, et si l'État responsable pouvait raisonnablement croire – eu égard aux circonstances – que la réclamation ne serait pas maintenue. Cette disposition établit un juste équilibre entre les intérêts de l'État lésé et ceux de l'État prétendument responsable et reflète la pertinence de la notion « d'attente raisonnable » relative aux délais.

[491] Voir *supra* la note 261.

[492] La requête de l'Allemagne avait été introduite le 2 mars 1999. Par manque de temps, la phase des mesures conservatoires se limita à une rencontre entre les parties et le Président de la Cour. Dans une opinion individuelle, le Président Schwebel nota que « [l]'Allemagne aurait pu présenter sa requête des années, des mois, des semaines, voire quelques jours plus tôt » et ajouta qu'il avait « de profondes réserves quant à la manière de procéder […] de la Partie requérante » [*C.I.J. Recueil 1999* (voir *supra* la note 261), p. 22].

[493] L'importance du droit à la vie a sans nul doute été un élément essentiel dans l'*affaire LaGrand* (voir *supra* la note 261).

[494] Les analogies avec le droit privé et le droit interne en matière de limitation des actions et de prescription sont également pertinentes. Lorsque la réclamation sous-jacente (par exemple en matière contractuelle) relève d'un système de droit interne et qu'elle est prescrite ou éteinte en vertu de ce droit, il n'y a pas de raison pour que la procédure de protection diplomatique de l'État de nationalité se trouve dans une meilleure position. Il est aussi possible que la prescription en droit interne s'applique par analogie. La tendance générale (quoique non universelle) favorise des périodes de prescription plus courtes, traitées comme des questions substantielles plutôt que procédurales. Pour un aperçu général, voir Hondius, « General report », en particulier, p. 22 à 25.

c) *Règlement*

260. Un troisième motif de perte du droit d'invoquer la responsabilité survient lorsqu'un État responsable offre une certaine forme de réparation en règlement de la réclamation et que cette offre est acceptée. Cette idée fournit peut-être une meilleure explication de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de l'*Indemnité russe* : le tribunal arbitral insista sur le fait qu'après plusieurs années de revendications répétées de la Russie ayant trait au remboursement du capital, sans aucune référence aux intérêts moratoires ou aux dommages-intérêts pour le retard, la somme exigée avait effectivement été versée[495]. Dans ces conditions, le Tribunal était disposé à conclure que l'offre et l'acceptation du remboursement du capital constituaient un règlement complet et final, même en l'absence d'une disposition expresse à cet effet dans le compromis de règlement[496]. Une combinaison d'actes unilatéraux de la part des deux États en cause pourrait en effet, dans certaines circonstances, fournir un règlement final et complet[497]. Par contre, un règlement exige une action des deux États, ou du moins un acquiescement clair de la part de l'un d'eux à l'action que l'autre prend en vue de régler le différend. L'action unilatérale de la part d'un des États ne peut suffire[498].

261. L'on pourrait soutenir que de tels cas d'offre et d'acceptation ou d'autres formes de règlement devraient être compris dans la catégorie des renonciations. En termes simples, lorsqu'un État se désiste d'une action « avec préjudice », il renonce à la réclamation en question. Mais il sera souvent difficile de déterminer qui a renoncé à quoi, ainsi que le suggère le recours fréquent à des formules telles que « sans préjudice » dans les compromis de règlement. La question est de savoir s'il est nécessaire de prévoir une disposition spécifique selon laquelle, à défaut d'une stipulation ou d'un accord entre les parties, l'offre et l'acceptation de la réparation impliquent la perte de tout droit ultérieur d'invoquer la responsabilité relativement à la réclamation en cause. En vertu d'une telle disposition, un État acceptant une offre de réparation aurait l'obliga-

[495] Voir *supra* le paragraphe 212.

[496] Pour des exemples de dispositions expresses, voir l'Accord général entre l'Iran et les États-Unis sur le règlement de certaines affaires devant la C.I.J. et le Tribunal du 9 février 1996, transformé en sentence de compromis par l'ordonnance du Tribunal des différends irano-américains du 22 février 1996 (*ILM*, vol. 35, nº 3, 1996, p. 553), ainsi que l'accord entre l'Australie et la République de Nauru pour le règlement de l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru,* 10 août 1993 (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1770, nº 30807, p. 379).

[497] Voir, par exemple, les excuses formulées par les États-Unis le 4 novembre 1998 relativement à la violation du paragraphe 2 de l'article 35 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires dans l'affaire *Ángel Francisco Breard* [reproduites in *Digest of United States Practice in International Law 1991-1999*, Sally Cummins et David Stewart (dir.), Washington, Office of the Legal Adviser, United States Department of State, chap. 2, doc. nº 18]. Ceci coïncidait avec la demande de radiation du rôle faite par le Paraguay « avec préjudice » [voir *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis)*, ordonnance du 10 novembre 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 427].

[498] Ainsi dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* (voir *supra* la note 307), les trois États partenaires avaient déclaré que « les arrangements financiers proposés pour régler la question des phosphates répondent aux besoins futurs de la communauté nauruane, y compris la remise en état ou la réinstallation » (cité *in C.I.J. Recueil 1992*, par. 15, p. 248). La Cour considéra que cette position n'était pas opposable à Nauru, en l'absence d'une acceptation claire de sa part; voir *supra* le paragraphe 256.

tion d'indiquer clairement s'il la considère uniquement comme un règlement partiel. Une autre option consisterait à indiquer dans un alinéa que l'acceptation sans réserve d'une offre de réparation de l'État responsable, même accompagnée d'une clause « sans préjudice », constitue une forme de renonciation. Tout bien pesé, le Rapporteur spécial préfère cette seconde solution, qu'il trouve plus économique.

d) *Extinction ou suspension de l'obligation violée*

262. Enfin, il est nécessaire de considérer la situation où une obligation primaire, dont on invoque la violation, est éteinte ou suspendue. Cela est susceptible de se produire davantage dans le cas d'obligations conventionnelles que pour d'autres types d'obligations, bien que la seconde hypothèse ne soit pas totalement à exclure. Ainsi, une zone antérieurement soumise au régime juridique applicable à la haute mer pourrait passer sous la juridiction d'un État côtier à la suite d'un processus de réclamation et de reconnaissance. Des questions de responsabilité pour la saisie de bateaux de pêche étrangers pourraient néanmoins être soulevées et rester applicables pendant la période « de transition » précédant la détermination des questions de compétence[499]. D'autres situations similaires pourraient être envisagées. Pour ce qui touche au droit des traités, l'article 70 de la Convention de Vienne de 1969 dispose que :

> 1. À moins que le traité n'en dispose ou que les Parties n'en conviennent autrement, le fait qu'un traité a pris fin en vertu de ses dispositions ou conformément à la présente Convention :
>
> […]
>
> *b*) Ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des Parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin[500].

Il est vrai que l'article 73 de la Convention de Vienne prévoit également que ses dispositions « ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité […] en raison de la responsabilité internationale d'un État […] ». De plus, l'article 70 (par. 1 *b*) traite de « l'exécution » d'un traité et non pas du défaut d'exécution. Néanmoins, si la violation d'une obligation internationale donne immédiatement lieu à un droit secondaire à réparation pour l'État lésé, il est difficile d'imaginer comment un tel droit pourrait être affecté par l'extinction de l'obligation primaire violée. Le Tribunal arbitral a expressément statué en ce sens dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, dans laquelle l'obligation conventionnelle bilatérale avait pris fin par écoulement du temps, nonobstant sa violation préalable[501]. L'extinction de l'obligation primaire n'entraîne pas la perte du droit d'invoquer la responsabilité et, bien au contraire, le droit secondaire à la réparation continue *prima facie* d'exister. La question est plutôt de savoir si, par analogie avec l'article 70 (par. 1 *b*) de la Convention de Vienne, il est souhaitable de le préciser. En réalité, cela ne semble pas nécessaire : cette question semble être couverte, du moins implicitement, par les articles 18 et 24 du projet d'articles tels qu'adoptés provisoirement en seconde lecture. Il est vrai que l'article 18 est maintenant formulé en termes négatifs[502]. Toutefois, lorsqu'il est lu conjointement avec l'article 24, paragraphe 1[503], il appert clairement que la violation d'une obligation internationale se produit au moment où le fait illicite est commis, et que les conséquences énumérées dans les chapitres Ier et II de la deuxième partie s'appliquent alors automatiquement. Il ne semble pas nécessaire de prévoir une disposition spécifique, bien que le commentaire doive traiter clairement de la question. Plus précisément, dans le cas de faits illicites continus, il importe de rappeler que la violation cesse, par définition, avec l'extinction ou la suspension de l'obligation, sans toutefois que la responsabilité déjà engagée ne soit remise en cause.

B. – Cas impliquant une pluralité d'États lésés ou responsables

263. Les projets d'articles adoptés en première lecture n'ont pas abordé expressément le problème général des réclamations en responsabilité concernant le même fait ou la même transaction, mais impliquant une pluralité d'États. C'est là un problème différent de celui des obligations multilatérales, quoique les deux questions se recouvrent dans une certaine mesure. La base juridique qui permet d'affirmer la responsabilité de chacun des États impliqués dans un comportement donné peut bien être à chaque fois différente; en outre, même si elle était la même, l'obligation en question pourrait être due de manière séparée par chacun des États responsables du comportement à chacun des États lésés par celui-ci. La question est de savoir quelle différence engendre, pour la responsabilité d'un État donné, le fait qu'un autre État (voire plusieurs autres États) soit également responsable du même comportement, ou soit aussi lésé par celui-ci[504].

---

[499] Cf. l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116. En fait, les parties marquèrent « leur accord pour renvoyer cette question [l'indemnisation des saisies] à un règlement ultérieur pour le cas où elle se poserait effectivement » (ibid., p. 126). De même, dans l'une des affaires de *Compétence en matière de pêcheries*, la demande d'indemnisation pour une entrave à l'endroit des bateaux de pêche ne fut pas maintenue; voir *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *fond*, *arrêt*, *C.I.J. Recueil 1974*, par. 12, p. 7. Dans l'autre affaire [ibid. (*République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, *fond*, *arrêt*, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 175], la demande fut maintenue mais dans une forme tellement abstraite que la Cour refusa de se prononcer à son endroit (ibid., par. 71 à 76, p. 203 à 205).

[500] Voir aussi les articles 71, par. 2 *b*, et 72, par. 1 *b*.

[501] *Recueil des sentences arbitrales* (voir *supra* la note 17), par. 106, p. 266, où il est fait référence à l'opinion dissidente du président, lord McNair, dans l'affaire *Ambatielos, exception préliminaire*, *arrêt*, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 63 et 64. La majorité dans cette affaire considéra ne pas avoir besoin de traiter de cette question.

[502] Cet article dispose que :

> « 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. »

[*Annuaire… 1999*, vol. I, p. 291.]

[503] Tel qu'approuvé provisoirement, le paragraphe 1 de l'article 24 (Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale) prévoit que :

> « 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. »

[*Annuaire… 1999*, vol. I, p. 292.]

[504] Dans la doctrine, on fait souvent référence à ce problème en utilisant des analogies relevant du droit interne, par exemple en évoquant la responsabilité solidaire. Cf. Brownlie, *State responsibility*, p. 189 à 192 (« Joint responsibility »); Noyes et Smith, « State responsibility and the principle of joint and several liability », p. 225 à 267; et, pour une étude générale, Padelletti, *Pluralità dei Stati nel fatto illecito internazionale*. Il convient néanmoins de faire preuve d'une prudence particulière dans

(Suite de la note page suivante.)

264. Les commentaires reviennent fréquemment sur ce problème. Ainsi, le commentaire de l'article 44 indique :

une série de problèmes […] viennent se poser en cas de pluralité d'États lésés si ces États optent pour des formes de réparation différentes. Cette question est de celles qui ont toutes les chances de se poser chaque fois qu'il y aura plusieurs États également ou différemment lésés. Elle a des incidences en ce qui concerne les conséquences tant « substantielles » qu'« instrumentales » des faits internationalement illicites, et la Commission a l'intention d'y revenir en temps utile[505].

265. Malheureusement, ce « temps utile » n'est jamais arrivé, et, comme le sujet n'a pas été intégré au projet d'articles adopté en première lecture, il n'a pas fait l'objet de commentaires écrits et détaillés de la part des gouvernements. Lors des débats de la Sixième Commission en 1999 néanmoins, un certain nombre de gouvernements se sont déclarés favorables à l'inclusion de dispositions traitant du problème de la pluralité d'États. Un gouvernement, tout en étant en faveur de cette démarche, nota qu'« il n'y avait guère en droit international de règle établie sur le sujet »[506]. De nombreux gouvernements ont suggéré quant à eux qu'il suffirait de traiter la question dans les commentaires[507].

1. La situation juridique existante

266. Il est nécessaire de considérer séparément la question de la pluralité d'États lésés et celle de la pluralité d'États responsables.

a) *Pluralité d'États responsables*[508]

267. Dans l'état actuel du projet d'articles, un certain nombre d'aspects spécifiques du problème sont déjà traités ou au moins envisagés.

a) L'article 9 traite de l'attribution à l'État du comportement d'organes qui sont mis à sa disposition par un autre État[509]. Si l'organe est sous le contrôle de l'État d'accueil et agit dans l'exercice de la puissance publique de ce même État, celui-ci est responsable des faits de cet organe. La conséquence en est que, dans tout autre circonstance, c'est l'État qui envoie l'organe qui sera responsable (ou éventuellement les deux États);

b) L'article A (proposé au lieu de l'article 13 tel qu'il avait été adopté en première lecture) exclurait du champ du projet d'articles toute question relative à la responsabilité d'une organisation internationale ou d'un État eu égard au comportement d'une organisation internationale[510]. Il y a, cependant, une distinction entre le comportement d'une organisation internationale en tant que telle (par exemple la conclusion d'un traité ou d'un contrat par une organisation, ou le fait qu'elle commette un dommage civil ou un fait internationalement illicite) et le comportement des organes d'un État dans le cadre d'une organisation internationale ou à la demande de cette dernière. Le comportement d'un organe étatique ne perd pas cette qualité simplement parce qu'il est, par exemple, coordonné par une organisation internationale, voire autorisé par celle-ci[511];

c) Le chapitre IV de la première partie traite d'un certain nombre de cas dans lesquels un État est responsable à l'égard du fait d'un autre État[512]. Ces cas comportent, respectivement, l'aide ou l'assistance (art. 27), la direction et le contrôle (art. 27 *bis*) et la contrainte (art. 28). Ces articles partent tous de l'idée selon laquelle, de manière générale, l'État A n'est pas responsable de faits attribuables à l'État B mais que, dans certaines circonstances, le principe selon lequel chaque État n'est responsable que de ses propres faits peut être laissé de côté. Le chapitre IV est expressément sans préjudice de la responsabilité internationale de l'État agissant (art. 28 *bis*) : ainsi un État qui est assisté, dirigé ou même contraint d'accomplir un fait qui lèse un État tiers sera responsable de ce fait, même si, au moins dans le cas de la contrainte, il pourra peut-être plaider la force majeure à titre de circonstance excluant l'illicéité de son comportement;

Plus fondamentalement, le projet d'articles traite implicitement de ce problème de manière générale, dans la mesure où, dans l'état actuel des choses, *chaque* État lésé peut tenir *chaque* État responsable d'un fait internationalement illicite, quand bien même, eu égard au même comportement, il y aurait plusieurs États lésés et plusieurs État auxquels le comportement serait attribuable. Cette position est explicitée dans le commentaire de l'article 27, dans lequel le comportement conjoint est distingué de la participation d'un État donné au fait illicite d'un autre. Le commentaire est clair :

[i]l ne saurait […] être question de participation d'un État au fait internationalement illicite d'un autre État dans les cas où des infractions identiques sont commises de concert, voire parfois en même temps, par deux ou plusieurs États, agissant chacun par l'intermédiaire de ses propres organes. […] Une conclusion similaire s'impose dans les cas d'attribution parallèle d'un comportement unique à plusieurs États. C'est ce qui arrive lorsque le comportement en question a été adopté par un organe commun d'une pluralité d'États. D'après les principes qui inspirent les articles du chapitre II du projet, le comportement de l'organe commun ne peut en effet qu'être considéré comme un fait de

(Suite de la note 504.)

l'application de telles analogies à cette question. Des traditions juridiques différentes se sont développées de leurs propres manières, soumises à leurs propres influences historiques. Pour exemples d'études plus anciennes portant sur des systèmes juridiques différents, voir Williams, *Joint Obligations*; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit*, p. 241 à 267, et pour une étude comparative très utile, Weir, loc. cit.

[505] *Annuaire… 1993*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 8 [actuel article 44], par. 15, p. 73.

[506] A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 12.

[507] Ibid.

[508] Pour une discussion préliminaire, voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire... 1999* (voir *supra* la note 8), par. 159 à 162, et 212 et 213.

[509] Voir *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie) (voir *supra* la note 23), par. 221 à 233, et pour l'examen de la question en seconde lecture, ibid., vol. II (2e partie), par. 412 à 415 et 422 à 424, p. 88 et 89; et par. 447, p. 91.

[510] Ibid., vol. II (1re partie) (voir *supra* la note 23), par. 258 à 264, et pour l'examen de la question en seconde lecture, ibid., par. 414 et 424, p. 84 et 85, et par. 446, p. 87. L'emplacement de l'article A reste à décider : il serait peut-être plus à sa place dans la quatrième partie telle qu'elle est proposée.

[511] De manière générale, sur la question de la responsabilité des États membres pour les faits des organisations internationales, voir les rapports de Mme Rosalyn Higgins à l'Institut de droit international (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-I, 1995, p. 249), ainsi que la résolution de l'Institut sur ce point : *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-II, 1996, p. 444. Voir aussi Klein, *La Responsabilité des organisations internationales*, p. 426 à 524.

[512] Voir *Annuaire... 1999* (voir *supra* la note 8), par. 159 à 214, et pour l'examen en seconde lecture, ibid., vol. II (2e partie), par. 244 à 278, p. 72 à 77.

chacun des États dont il est l'organe commun. Si ce comportement n'est pas conforme à une obligation internationale, il se trouvera alors que deux ou plusieurs États auront commis parallèlement des faits internationalement illicites distincts, encore qu'identiques[513].

268. Cette présentation semble conforme à la position reçue en droit international général, au moins en l'absence d'un accord contraire entre les États concernés. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, le Royaume-Uni obtint le recouvrement complet des dégâts subis par ses navires, endommagés par des mines lors de leur passage dans les eaux albanaises. La CIJ déclara l'Albanie responsable de ces pertes envers le Royaume-Uni, au motif qu'elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la présence de mines et de la volonté des navires britanniques d'exercer leur droit de transit, mais qu'elle manqua d'avertir les navires[514]. Les mines elles-mêmes n'avaient pourtant pas été placées par l'Albanie (qui ne disposait pas, à l'époque, de la possibilité de placer des mines); elles avaient très probablement été placées par un navire yougoslave, comme la Cour le releva brièvement. Il est probable que dans ces circonstances, la Yougoslavie aurait aussi été tenue responsable envers le Royaume-Uni pour le dommage causé aux navires par ses mines. Cependant, personne n'a suggéré que la responsabilité de l'Albanie pour défaut d'avertissement puisse s'en trouver réduite en quelque façon, voire, *a fortiori*, exclue. C'est là un cas topique dans lequel deux États différents se trouvaient chacun responsable des conséquences directes de leur propre comportement eu égard au seul et même incident. Beaucoup d'autre cas similaires peuvent être envisagés[515].

269. Dans de telles hypothèses, la responsabilité de chaque État participant devra être déterminée individuellement, sur la base de son propre comportement. Par exemple, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la question de la responsabilité de la Yougoslavie quant au minage était d'une nature différente de celle de la responsabilité de l'Albanie pour l'absence d'avertissement de leur présence, même si la lésion et le dommage subis par le Royaume-Uni provenaient du même événement. La question est de savoir si la situation est différente selon que les États responsables agissent ensemble dans une entreprise conjointe, ou selon que l'un agit seul au nom de plusieurs autres[516].

270. C'est le problème que soulevait l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*[517]. L'Australie, le seul défendeur en l'affaire, était l'un des trois États parties à l'accord de tutelle pour Nauru. Selon l'article 2 de cet accord, trois gouvernements (l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni), étaient en effet désignés comme « l'autorité qui exercera l'administration du Territoire ». Il était entendu que l'autorité administrante ainsi formée ne constituerait pas une personne juridique distincte, mais serait seulement l'expression des trois gouvernements agissant de manière conjointe, conformément aux termes de l'accord. Selon l'article 4 de celui-ci, l'Australie pourrait, « au nom de l'autorité chargée de l'administration », « exercer dans ledit territoire pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires ». L'Australie administra ainsi le territoire, conformément à l'accord de tutelle, au nom des trois États[518]. À titre d'exception préliminaire, l'Australie avança l'argument selon lequel elle ne pouvait être poursuivie seule par Nauru, mais seulement de manière conjointe avec les deux autres États concernés. L'un des fondements de cette argumentation était procédural : toute détermination de la responsabilité de l'Australie entraînerait nécessairement celle des deux autres États. Ceux-ci étaient des parties nécessaires à l'affaire et, conformément au principe de l'*Or monétaire*[519], la réclamation contre la seule Australie était irrecevable. Il y avait néanmoins une seconde raison : la responsabilité des trois États constituant l'autorité administrante était « solidaire » et une réclamation ne pouvait être faite contre l'un d'entre eux seulement.

271. La CIJ rejeta les deux arguments et se déclara compétente. Sur la question de la responsabilité « solidaire », elle s'exprima ainsi :

> [L]'exception préliminaire de l'Australie à cet égard semble comporter deux branches; la première peut être traitée brièvement. L'Australie soutient tout d'abord que, dans la mesure où les réclamations de Nauru se fondent sur le comportement de l'Australie agissant en tant que l'un des trois États constituant l'autorité administrante en vertu de l'accord de tutelle, la responsabilité de ce chef est de nature telle qu'une réclamation ne saurait être présentée que contre les trois États pris conjointement et non contre l'un d'entre eux à titre individuel. À ce propos, l'Australie a soulevé la question de savoir si la responsabilité des trois États serait « solidaire » (« *joint and several* »), en ce sens que l'un quelconque des trois serait tenu de réparer en totalité le préjudice résultant de toute méconnaissance des obligations de l'autorité administrante et non pas seulement d'assurer cette réparation pour un tiers ou dans toute autre proportion. Il s'agit là d'une question que la Cour doit réserver pour le fond de l'affaire; mais cette question est indépendante de celle de savoir si l'Australie peut être assignée seule. La Cour n'estime pas qu'il ait été démontré qu'une demande formée contre l'un des trois États seulement doive être déclarée irrecevable *in limine litis* au seul motif qu'elle soulève des questions relatives à l'administration du Territoire à laquelle participaient deux autres États. En effet, il est indéniable que l'Australie était tenue d'obligations en vertu de l'accord de tutelle, dans la mesure où elle était l'un des trois États qui constituaient l'autorité administrante, et rien dans la nature de cet accord n'interdit à la Cour de connaître d'une demande relative à la méconnaissance desdites obligations par l'Australie[520].

La Cour eut la prudence d'ajouter néanmoins que sa décision sur la compétence

[513] *Annuaire… 1978*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 27 (tel qu'adopté en première lecture), par. 2, p. 111 et 112.

[514] Voir *C.I.J. Recueil 1949* (voir *supra* la note 17), p. 22 et 23.

[515] Le Nicaragua engagea, à l'encontre d'États voisins, trois affaires relatives au préjudice qu'il avait subi du fait de l'activité des Contras, en se fondant sur le fait que les actions des Contras étaient dirigées et appuyées par ces États comme par les États-Unis. Ces trois affaires furent finalement interrompues, après néanmoins que la Cour eut reconnu sa compétence dans l'affaire concernant le Honduras [*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, *compétence et recevabilité*, *C.I.J. Recueil 1988*, p. 69]. La responsabilité des États-Unis a été engagée pour certaines actions des Contras et pour leurs propres actions de soutien. La question du *quantum* de la responsabilité des États-Unis ne fut cependant pas tranchée, dans la mesure où l'affaire fut radiée du rôle (voir *supra* la note 309).

[516] Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, il n'était pas nécessaire de prouver l'existence d'une entreprise conjointe entre l'Albanie et la Yougoslavie, puisque la responsabilité de l'Albanie était suffisamment établie par son propre silence sur la présence des mines. Quoi qu'il en soit, la Cour n'aurait pas pu juger la Yougoslavie responsable, puisque celle-ci n'était pas partie à l'affaire.

[517] *C.I.J. Recueil 1992* (voir *supra* la note 307).

[518] Ibid., par. 42 à 47, p. 256 à 258.

[519] *Or monétaire pris à Rome en 1943*, *arrêt du 15 juin 1954*, *C.I.J. Recueil 1954*, p. 19.

[520] *C.I.J. Recueil 1992* (voir *supra* la note 307), par. 48, p. 258 et 259.

ne tranch[ait] pas la question de savoir si l'Australie, dans le cas où elle serait déclarée responsable, devrait réparer, en totalité ou seulement pour partie, les dommages que Nauru prétend avoir subis, compte tenu des caractéristiques des régimes de mandat et de tutelle […] et notamment du rôle particulier joué par l'Australie dans l'administration du Territoire[521].

En fait, la Cour n'a jamais eu à résoudre ces problèmes. L'affaire fut retirée par accord, l'Australie acceptant de payer par tranches une somme correspondant à la totalité de celle réclamée par Nauru. Ultérieurement, les deux autres gouvernements acceptèrent de contribuer aux paiements effectués dans le cadre du règlement[522].

272. La question de l'étendue de la responsabilité pour un comportement mené de manière conjointe par un groupe d'États est occasionnellement abordée dans les traités. L'exemple le plus intéressant en est peut-être celui de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux du 29 mars 1972. L'article IV établit expressément la « responsabilité solidaire » (« *joint and several liability* »), dans le cas où le dommage est subi par un État tiers à la suite d'une collision entre deux objets spatiaux lancés par deux États. Dans certains cas, la responsabilité est stricte; dans d'autres, elle est fondée sur la faute. Le paragraphe 2 dispose que :

Dans tous les cas de responsabilité solidaire prévue au paragraphe 1 du présent article, la charge de la réparation pour le dommage est répartie entre les deux premiers États selon la mesure dans laquelle ils étaient en faute; s'il est impossible d'établir dans quelle mesure chacun de ces États était en faute, la charge de la réparation est répartie entre eux de manière égale. Cette répartition ne peut porter atteinte au droit de l'État tiers de chercher à obtenir de l'un quelconque des États de lancement ou de tous les États de lancement qui sont solidairement responsables la pleine et entière réparation due en vertu de la présente Convention.

De même, l'article V établit une responsabilité solidaire dans le cas où deux États, ou davantage, lancent de manière conjointe un objet spatial qui cause un dommage : l'État sur le sol ou grâce à l'équipement duquel l'objet spatial est lancé est considéré comme participant au lancement conjoint. Selon le paragraphe 2 de l'article V :

Un État de lancement qui a réparé le dommage a un droit de recours contre les autres participants au lancement en commun. Les participants au lancement en commun peuvent conclure des accords relatifs à la répartition entre eux de la charge financière pour laquelle ils sont solidairement responsables. Lesdits accords ne portent pas atteinte au droit d'un État auquel a été causé un dommage de chercher à obtenir de l'un quelconque des États de lancement ou de tous les États de lancement qui sont solidairement responsables la pleine et entière réparation due en vertu de la présente Convention.

Ceci constitue sans aucun doute une *lex specialis* – mais il s'agit en même temps d'une indication utile de ce à quoi pourrait conduire le régime de la responsabilité « solidaire » pour autant qu'un État lésé soit concerné. De plus, les éléments relevant de la « responsabilité solidaire », tels qu'ils sont décrits dans la Convention, correspondent en général à la notion de responsabilité solidaire présente dans la *common law*, à laquelle le terme lui-même est emprunté. Selon la *common law*, les personnes qui sont solidairement responsables – par exemple des partenaires ou des fidéicommissaires (« *trustees* ») – sont chacune responsables de tout le dommage causé à des tiers par le partenariat ou en cas de violation de fiducie (« *breach of trust* »), et peuvent chacune être poursuivies pour tout le montant du dommage, sans qu'il soit nécessaire d'y joindre les autres partenaires ou fidéicommissaires. Leur responsabilité est « conjointe » (« *joint* ») au sens où elles sont responsables des comportements illicites de chacune d'entre elles à l'égard de tiers; elle est « séparée » (« *several* ») au sens où elles peuvent être poursuivies de manière séparée. Historiquement, cependant, il y a eu d'autre formes de responsabilité dans la *common law*, incluant une responsabilité conjointe stricte lorsque des personnes responsables de manière conjointe devaient normalement êtres poursuivies en groupe, et n'étaient pas séparément responsables des actions du groupe. De la même manière, dans les systèmes de droit civil, il y a différentes formes de responsabilité solidaire selon le contexte[523].

273. Un exemple possible, en droit international, de responsabilité « conjointe » mais non séparable est fourni par la responsabilité des quatre puissances dans toute l'Allemagne et à Berlin avant 1990. Dans une série d'affaires, les tribunaux ont refusé de considérer que les États pouvaient être poursuivis individuellement et séparément pour des comportements découlant des arrangements quadripartites[524].

274. Un autre « cas particulier » est fourni par la responsabilité de l'Union européenne et de ses États membres dans le cadre des « accords mixtes », lorsque l'Union et tous ses membres, ou certains d'entre eux seulement, sont liés en leur nom propre, mais que la responsabilité de l'exécution de l'obligation est distribuée entre eux d'une façon qui n'est pas déterminée *a priori*. La formulation la plus élaborée de cette responsabilité se trouve à ce jour dans l'Annexe IX à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Dans le cadre de ces accords, la responsabilité de l'exécution des obligations est partagée entre l'Union et les États membres, quoique le fondement de ce partage puisse changer avec le temps. Une disposition prévoit que les autres États peuvent déterminer qui, de l'Union ou des États Membres, endosse la responsabilité à un moment donné; la responsabilité solidaire n'apparaît alors que s'ils ne fournissent pas l'information demandée « dans un délai raisonnable ou s'ils communiquent des renseignements contradictoires »[525].

275. Les sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la CIJ n'incluent pas les analogies tirées des systèmes juridiques nationaux et, si de telles analogies peuvent avoir un certain rôle à jouer, celui-ci reste clairement subsidiaire[526]. Il faut être particulièrement prudent avec les analogies tirées de règles ou de concepts qui ne sont pas largement partagés et dont la définition interne repose sur des considérations

[521] Ibid., par. 56, p. 262.

[522] Pour la radiation du rôle de la Cour, voir l'ordonnance du 13 septembre 1993 (voir *supra* la note 322), et, pour l'accord de règlement du 10 août 1993, voir *supra* la note 496.

[523] Voir Weir, loc. cit., par. 79 à 81, p. 43 et 44. Pour le droit allemand, voir Markesinis, op. cit., p. 904 à 907, avec références à la doctrine.

[524] Voir les affaires citées dans le premier rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 23), par. 229, note 300, p. 50.

[525] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Annexe IX, art. 6, par. 2. Sur la question des accords mixtes en général, voir, par exemple, Rosas, « Mixed Union — mixed agreements », p. 125.

[526] Voir *Statut international du Sud-Ouest africain*, *avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 148 (opinion divergente de sir Arnold McNair).

historiques ou sur les pouvoirs et les règles de procédure judiciaires : cela est certainement le cas de concepts tels que la responsabilité « solidaire », que ce soit dans la « common law » (« *joint and several* ») ou dans les systèmes de droit civil. Ce qui importe en revanche au niveau international, ce sont les termes mêmes de tout accord ou arrangement, interprétés à la lumière des principes du consentement, de l'indépendance des États et de la règle *pacta tertiis*.

276. Avant de considérer quelle disposition devrait, le cas échéant, être incluse dans le projet d'articles, des questions connexes doivent être mentionnées brièvement :

a) *Responsabilité des États membres pour le comportement d'une organisation internationale.* Cela soulève des questions difficiles par rapport à la structure et au fonctionnement des organisations internationales, qu'il n'est pas approprié de traiter dans le cadre du projet d'articles. Comme on l'a déjà noté, ce problème est exclu du champ du projet d'articles par la proposition d'article A[527];

b) *Application du principe de l'Or monétaire.* Le principe de l'*Or monétaire*[528], tel que la Cour l'explique dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*[529] et l'applique dans l'affaire relative au *Timor oriental*[530], constitue un obstacle procédural à la recevabilité d'une réclamation devant une juridiction internationale et n'appartient pas en tant que tel au droit de la responsabilité des États. Le principe est invoqué lorsqu'une juridiction ou un tribunal exerçant un pouvoir judiciaire ne peut déterminer la responsabilité juridique d'un État qui n'est partie à la procédure et n'a pas non plus le pouvoir d'ordonner que la partie tierce nécessaire au procès y soit associée. Manquant de tels pouvoirs, la juridiction concernée ne peut conclure à la responsabilité de l'État A, qui est partie à l'affaire, si, pour y parvenir, il lui est d'abord nécessaire de procéder à une détermination de la responsabilité de l'État B, qui n'y est pas partie;

c) *Existence de règles spéciales de responsabilité pour les « aventures communes ».* Lorsque deux personnes s'engagent conjointement dans une « aventure commune » qui entraîne un préjudice pour une troisième, il est habituellement admis que la victime peut recouvrer toutes ses pertes auprès de l'un des deux participants, selon le principe de bon sens qui veut que la victime n'a pas à démontrer quel élément particulier du dommage est attribuable à chacun d'eux. Les tribunaux internationaux ont atteint des résultats similaires en faisant référence à des considérations d'« équité » ou en exigeant de l'État responsable d'un comportement illicite qu'il montre quelles sont les conséquences découlant de la violation *qui ne peuvent pas* lui être attribuées[531];

d) *Contribution entre plusieurs États en cas d'activité conjointe.* Lorsque deux États, ou davantage, s'engagent dans une activité commune et que l'un deux est tenu responsable du dommage produit, il est naturel que cet État demande, sur une base ou sur une autre, la contribution des autres États concernés. Une telle contribution est spécifiquement envisagée dans les articles IV (2) et V (2) de la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux[532]. Comme on l'a déjà noté, le Royaume-Uni et la Nouvelle-Zélande apportèrent effectivement une contribution à l'Australie, eu égard au règlement de l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru*[533]. D'un autre côté, il peut y avoir des affaires où le tribunal ne permet, au nom de l'équité, aucune contribution, par exemple sur le fondement de la maxime *ex turpi causa non oritur actio*. Dans de tels cas, la victime est indemnisée mais, en ce qui concerne ceux qui ont commis le fait illicite de manière conjointe, la perte est pour celui sur lequel elle tombe.

277. Ce bref passage en revue de l'état actuel du droit conduit à la conclusion suivante. En principe, la règle normale semble consister en ce que chaque État est responsable séparément du comportement qui lui est attribuable d'après les règles énoncées dans les chapitres II et IV de la première partie, et cette responsabilité n'est pas diminuée ou réduite par le fait qu'un autre État (ou plusieurs autres) est également responsable du même comportement. C'est là la conclusion à laquelle le juge Shahabuddeen est parvenu avec prudence dans son opinion individuelle en l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru*. Se référant au travail de la Commission, il affirma :

> Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur les aspects généraux de la question délicate, soigneusement examinée par la Commission, qui est de savoir quand un État doit être considéré comme participant au fait internationalement illicite d'un autre État. Il suffit de noter que, de l'avis de la Commission, lorsque des États agissent par l'intermédiaire d'un organe commun, chaque État est séparément responsable du fait illicite de l'organe commun. Il me semble que ce point de vue va dans le même sens que l'affirmation de Nauru selon laquelle, dans cette affaire, chacun des trois États est solidairement responsable de la manière dont Nauru a été administrée en leur nom par l'Australie, que l'Australie puisse ou non être considérée, strictement parlant, comme un organe commun.
>
> Les décisions judiciaires sont rares. Toutefois, parlant de la possibilité qu'a eue un État non partie de contribuer aux dommages causés dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, M. Azevedo a eu l'occasion de dire :
>
> > « La victime conserve la faculté de présenter la demande contre un seul des responsables, *in solidum*, d'après un choix qui est toujours laissé à sa discrétion, dans le domaine purement économique, tandis qu'un magistrat criminel ne doit pas, en principe, se prononcer sur la responsabilité d'un complice ou d'un mandant, sans établir en même temps l'imputabilité par rapport à l'auteur principal ou à l'exécutant matériel de l'infraction. » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 92).
>
> Sur les faits, l'affaire du *Détroit de Corfou* permet de faire un certain nombre de distinctions. Il convient toutefois de faire observer que, selon la conception de M. Azevedo en matière de droit commun, le droit d'intenter une action « contre un seul des responsables *in solidum* » est ouvert à la partie lésée « d'après un choix qui est *toujours* laissé à [la] discrétion [de la victime] dans le domaine purement économique… » (les italiques sont de moi). Ce mode d'approche semble compatible avec le point de vue selon lequel Nauru a effectivement le droit d'assigner l'Australie seule[534].

Il n'est pas nécessaire cependant d'assimiler cette situation à la « responsabilité solidaire » telle qu'elle est comprise dans certains systèmes juridiques internes. Les États sont libres d'incorporer ce principe dans leurs

[527] Voir *supra* le paragraphe 267.

[528] Voir *supra* la note 519.

[529] *C.I.J. Recueil 1992* (voir *supra* la note 307), par. 50, p. 259.

[530] *C.I.J. Recueil 1995* (voir *supra* la note 205), par. 29, p. 102.

[531] Voir *supra* le paragraphe 35.

[532] Voir *supra* le paragraphe 272.

[533] Voir *supra* le paragraphe 271.

[534] *C.I.J. Recueil 1992* (voir *supra* la note 307), p. 284 et 285.

accords, mais (en dehors d'arrangements spécifiques et du principe de la *lex specialis*) le cas normal de responsabilité se présente lorsque un comportement, attribuable à un État selon les principes énoncés dans les chapitres II ou IV de la première partie, constitue une violation d'une obligation internationale de cet État envers un autre État qui est aussi partie à cette obligation ou qui peut légitimement en bénéficier.

278. Outre la jurisprudence (rare il est vrai sur la question), un certain nombre de considérations appuient cette conclusion :

a) Il sera nécessaire dans tous les cas de considérer la situation de chaque État défendeur, pour déterminer par exemple si des circonstances excluant l'illicéité peuvent lui être reconnues. Si l'État A contraint l'État B à commettre avec lui un fait internationalement illicite au détriment d'un État C, l'État B pourra peut-être s'appuyer sur la contrainte à titre de circonstance excluant l'illicéité, ce qui ne sera pas le cas pour l'État A[535];

b) De manière similaire, la situation juridique des deux États coparticipants peut être différente au regard des règles juridiques applicables. Ainsi, l'un des États coparticipants peut être lié par une règle particulière (par exemple dans le cadre d'un traité bilatéral avec l'État lésé), tandis que l'autre coparticipant ne l'est pas. Celui-ci ne saurait être tenu responsable de la violation commise par celui-là que dans des circonstances très limitées[536].

b) *Pluralité d'États lésés*

279. Si l'on se tourne vers la question de la pluralité d'États lésés, l'on s'aperçoit que le problème posé par l'article 40 était significatif, pour des raisons qui ont déjà été données. Cela tient au fait que, dans le cas des obligations multilatérales, de très nombreux États étaient considérés comme « lésés » et qu'il n'y avait apparemment aucune différence entre leurs situations juridiques respectives, qu'il s'agisse de la victime principale de la violation ou d'un État concerné cherchant à assurer le respect de l'obligation dans l'intérêt « public »[537]. Maintenant qu'il est suggéré de distinguer entre l'État « lésé » et les autres, et de donner la priorité aux réactions de celui-là, par exemple dans le choix de l'indemnisation plutôt que de la restitution, le problème est beaucoup moins important.

280. En pratique, bien sûr, plusieurs États pourraient encore être reconnus comme « lésés », selon la définition proposée, par rapport à une violation unique d'une obligation multilatérale. Par exemple, tous les États liés par une obligation intégrale seraient lésés par sa violation, tout comme ils seraient tous habilités à suspendre un traité en raison de la violation substantielle d'une telle obligation en vertu de l'article 60, paragraphe 2 *c*, de la Convention de Vienne de 1969[538]. Dans un tel cas de figure, la Convention permet à chaque État d'agir de manière autonome, ou à tous d'agir de concert. Mais c'est seulement dans ce dernier cas que cette action peut aboutir effectivement à l'exclusion de l'État responsable hors du cadre défini par le traité; sinon, le remède, s'il s'agit bien d'un remède, consiste dans la suspension individuelle du traité[539].

281. Pour ce qui est de l'invocation de la responsabilité, lorsque plusieurs États sont lésés (par exemple lorsque chacun est particulièrement affecté) par un seul et même fait internationalement illicite, il n'y a pas de difficulté à ce que chacun réclame la cessation, ou l'indemnisation du préjudice qu'il a lui-même subi (nonobstant le respect de la règle prohibant le double recouvrement)[540]. Il n'y a pas non plus de difficulté en principe à ce que chacun demande la satisfaction eu égard au fait illicite (illicite en ce qui le concerne). Le seul problème qui pourrait se présenter consisterait en ce que les États lésés soient en désaccord sur le fait d'accepter ou non une indemnisation au lieu de la restitution, en supposant que la restitution soit possible. En théorie, il pourrait être avancé que, étant donné le principe de la priorité de la restitution sur l'indemnisation, le mode de réparation applicable est la restitution, sauf si tous les États lésés s'accordent pour en décider autrement. En pratique cependant, la solution semble être inverse. Ainsi, dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*, l'arbitre se refusa à ordonner la restitution au lieu de l'indemnisation, dans une situation complexe où plusieurs autres personnes avaient un intérêt juridique mais n'avaient pas demandé la restitution[541]. Globalement, il ne semble pas que la situation dans laquelle il y a plusieurs États lésés par le même fait illicite ait causé des difficultés pratiques telles qu'elles requièrent une régulation spécifique dans le projet d'articles.

2. Dispositions proposées

282. En résumé, en l'absence d'une solution spécifique au problème de la pluralité d'États lésés ou d'États responsables, opposable par traité ou d'une autre manière, la position prise en général par le droit international semble simple. Tout État est responsable de son propre comportement eu égard à ses propres obligations internationales. Tout État lésé (au sens strict proposé) est habilité à réclamer à tout État responsable la réparation des pertes découlant du fait de cet État et clairement attribuables à ce dernier. De telles réclamations sont sujettes aux conditions suivantes : d'une part, l'État lésé ne peut pas recouvrer, de quelque source que ce soit, une indemnisation supérieure à ce qu'il a perdu, et, d'autre part, lorsque qu'il y a plus d'un État responsable du même préjudice, des problèmes de contribution peuvent se présenter entre ceux-ci. Un facteur de complication, dans le cas des réclamations impliquant une pluralité d'États responsables, réside dans la règle de l'*Or monétaire*[542], mais cette règle

[535] Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire... 1999* (voir *supra* la note 8), par. 207.

[536] Ibid., par. 181 à 184.

[537] Voir *supra* les paragraphes 85 et 109.

[538] Voir *supra* les paragraphes 91 et 111.

[539] Comme on l'a déjà noté, la suspension d'un traité peut ne pas aider du tout l'État lésé, et ne constitue pas, de manière générale, un « remède » à une violation.

[540] Dans l'affaire du *Vapeur « Wimbledon »* (voir *supra* la note 201), quatre États entamèrent une procédure à propos d'un navire britannique opérant pour le compte d'une compagnie française transportant des munitions de l'Italie vers la Pologne. Seule la France réclamait une indemnisation, très certainement parce qu'en vertu des accords d'affrètement, le transporteur français devait assumer les pertes liées au retard et à la modification de l'itinéraire.

[541] Voir *supra* le paragraphe 128 et la note 237.

[542] Voir *supra* la note 519.

relève de la recevabilité judiciaire et n'est pas un critère déterminant de la responsabilité en tant que telle[543]. Ces questions sont assez différentes du problème de savoir si, et dans quelles circonstances, les États membres peuvent être tenus responsables des faits des organisations internationales : ceci doit être considéré comme une partie du droit relatif aux organisations internationales et sort du champ du projet d'articles.

283. La question est de savoir s'il est nécessaire d'expliciter ces propositions dans le projet d'articles, ou si une explication dans le commentaire suffirait. De l'avis du Rapporteur spécial, une certaine clarification serait souhaitable, en raison de la fréquence avec laquelle ces questions se présentent, de leur importance et de l'incertitude qui les a entourées. Des dispositions sont ainsi proposées à cet effet.

C. – Conclusions relatives à la deuxième partie *bis*, chapitre premier

284. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial propose les projets d'articles suivants dans la deuxième partie *bis* du chapitre premier.

« DEUXIÈME PARTIE *BIS*

« **Mise en œuvre de la responsabilité des États**

« CHAPITRE PREMIER

« **INVOCATION DE LA RESPONSABILITÉ D'UN ÉTAT**

« *Article 40* bis. – *Droit d'invoquer la responsabilité d'un État*[544]

« *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 les 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.

« *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.

« *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.

« *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. »

D. – Contre-mesures d'un État lésé

285. En ce qui concerne l'invocation de la responsabilité par un État lésé, la question de la prise de contre-mesures doit encore être traitée. Conformément à l'approche adoptée jusqu'ici à l'égard de l'invocation de la responsabilité (deuxième partie *bis*), l'on se propose d'aborder en premier lieu le recours aux contre-mesures dans ce qui peut être considéré comme le cas « normal », c'est-à-dire lorsque l'État lésé fait face à l'État responsable (que ce soit seul ou à plusieurs). Dans une section ultérieure du présent rapport, le champ plus large des cas ayant trait aux contre-mesures dans le cadre d'obligations multilatérales sera abordé comme un aspect des problèmes généraux liés aux articles 19, 40 et 51 à 53 tels qu'adoptés en première lecture.

[543] Voir *supra* le paragraphe 240, pour la distinction entre la recevabilité des réclamations en responsabilité et la recevabilité des procédures judiciaires.

[544] Pour le texte de l'article 40 *bis* proposé par le Rapporteur spécial, voir *supra* le paragraphe 119.

1. Introduction

286. Actuellement situées dans le chapitre III de la deuxième partie, les dispositions relatives aux contre-mesures ont fait l'objet d'un débat approfondi entre 1994 et 1996, sur la base des rapports détaillés de M. Arangio-Ruiz[545]. Dans le cadre de la deuxième lecture, une première discussion a eu lieu en 1999 sur le fondement du deuxième rapport du Rapporteur spécial actuel, qui soulevait un certain nombre de questions générales[546]. Le résultat de ce débat est résumé comme suit dans le rapport de la Commission pour 1999 :

> une minorité de membres de la Commission préférait maintenir le lien entre les contre-mesures et la troisième partie. Mais ces membres ne défendaient pas pour autant l'inégalité que faisait naître le lien entre l'adoption de contre-mesures et le règlement des différends. En fait, on a appuyé l'idée d'établir un lien étroit entre ces deux questions, compte tenu du risque d'abus inhérent aux contre-mesures et de la nécessité de soumettre celles-ci autant que possible à un contrôle.
>
> [La] proposition visant à dissocier les contre-mesures du règlement des différends ne préjugeait pas de la possibilité de soumettre à un règlement des différends les problèmes nés du recours à des contre-mesures. En revanche, il était inconcevable de prévoir dans le projet d'articles que la procédure de règlement obligatoire des différends ne serait ouverte qu'à l'État qui avait commis le fait internationalement illicite. […]
>
> [P]réconiser l'égalité de traitement entre les États dans le cadre du dispositif existant revenait en réalité à préconiser un régime général de règlement des différends en liaison avec le projet d'articles. […] [C]ela supposait que le projet d'articles revêtirait la forme d'un projet de convention, ce qui n'avait pas été encore décidé[547].

Dans l'attente d'une réponse aux problèmes liés aux contre-mesures que soulèvent les articles 47 à 50, la Commission n'a pas adopté en 1999 de formulation précise pour l'article 30, selon lequel est exclue l'illicéité d'un comportement pris par voie de contre-mesures[548].

287. À la suite du débat préliminaire qui s'est tenu en 1999, le Rapporteur spécial pense que les dispositions relatives aux contre-mesures devraient être incluses dans la deuxième partie *bis*, mais sans qu'un lien spécifique avec le règlement des différends soit établi. La raison qui motive l'inclusion dans la deuxième partie *bis* tient à ce que, de manière générale, les contre-mesures devraient être considérées comme remplissant une fonction instrumentale, celle d'assurer le respect de l'obligation, et non comme des mesures ou des sanctions punitives. La raison de la séparation entre contre-mesures et règlement des différends réside, pour être bref, en ce que le maintien d'un tel lien donne à l'État cible (par hypothèse, l'État qui a commis un fait internationalement illicite) le droit univoque d'invoquer le règlement par un tiers, alors que ce droit devrait être également conféré à l'État lésé, en lieu et place du recours aux contre-mesures. Si les contre-mesures font l'objet d'un traitement détaillé dans la deuxième partie *bis*, il suffira d'y faire simplement référence dans le chapitre V de la première partie, au titre des circonstances excluant l'illicéité.

288. Cette position semble recevoir un appui général au sein de la Commission, comme hypothèse de départ tout au moins. Cependant, s'il s'avère impossible de parvenir à un accord sur le contenu des dispositions relatives aux contre-mesures (en ce qui concerne notamment le régime des contre-mesures dans le cadre des obligations multilatérales), d'autres options devront peut-être être étudiées. Au nombre de celles-ci, la plus évidente consisterait à détailler davantage les conditions des contre-mesures dans le chapitre V de la première partie.

289. Il faut souligner que, dans son traitement des contre-mesures en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ s'est montrée globalement favorable à l'équilibre trouvé dans le projet d'articles, tout en apportant un certain nombre de clarifications. Dans un contexte bilatéral où la question des contre-mesures interdites ne se posait pas, la Cour a avalisé quatre éléments distincts du droit des contre-mesures : *a*) une contre-mesure doit être prise en réponse à un fait illicite[549]; *b*) elle doit être précédée d'une demande de l'État lésé visant à ce que l'État auteur du fait illicite s'acquitte de ses obligations[550]; *c*) la contre-mesure doit être proportionnée, par rapport « aux dommages subis compte tenu des droits en cause »[551]; *d*) enfin, elle doit avoir pour but « d'inciter l'État auteur du fait illicite à exécuter les obligations qui lui incombent en droit international, et […] doit partant être réversible »[552]. La Cour a, en particulier, fait sienne la conception des contre-mesures qui sous-tend l'article 47. Elle a également adopté l'exigence de proportionnalité mais y a adjoint des éléments utiles de clarification, en retenant une approche plus stricte que celle que pourrait impliquer la rédaction de l'article 49.

290. Dans leurs commentaires sur les contre-mesures, les gouvernements ont à la fois abordé la question d'ordre général du maintien des articles 47 à 50 et des problèmes plus spécifiques de rédaction et d'équilibre[553]. D'un point de vue général, les gouvernements ont fait référence à :

a) La difficulté de distinguer en pratique les contre-mesures des « mesures conservatoires » évoquées au paragraphe 1 de l'article 48;

b) La question de savoir si les contre-mesures devaient avoir un lien avec la violation (c'est-à-dire la notion de contre-mesures réciproques);

c) L'éventualité des « mesures collectives » et des contre-mesures dans les cas de violation d'obligations multilatérales ou *erga omnes*;

d) L'impact de la distinction entre « crimes » et « délits » sur le régime des contre-mesures et, plus généralement, la question de savoir si les contre-mesures ont une fonction punitive;

---

[545] Voir ses 4e, 6e et 7e rapports (voir *supra* la note 21). Pour le résumé des débats, voir *Annuaire… 1992*, vol. II (2e partie), par. 117 à 276, p. 20 à 43, *Annuaire… 1994*, vol. II (2e partie), par. 275 à 288, p. 151 et 152, et par. 347 à 353, p. 160; et *Annuaire… 1995*, vol. II (2e partie), par. 340 à 343, p. 64.

[546] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 8), et pour le résumé du débat, voir *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), par. 426 à 453, p. 90 à 93.

[547] *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), par. 450 à 452, p. 93.

[548] Ibid., par. 332, p. 82.

[549] *C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 18), par. 83, p. 55 et 56.

[550] Ibid., par. 84, p. 56. La Cour ne fit pas mention d'une exigence de négociations préalables. En l'espèce, des négociations approfondies avaient eu lieu, de sorte que la question ne se posait pas.

[551] Ibid., par. 85, p. 56.

[552] Ibid., par. 87, p. 56 et 57.

[553] Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire... 1999* (voir *supra* la note 8), par. 376 à 381, p. 101 et 102.

e) L'impact des contre-mesures sur la situation économique de l'État cible et sur les droits de l'homme dans cet État, ainsi que les impacts possibles sur les États tiers;

f) La nature déséquilibrée des contre-mesures, qui favorisent uniquement les États les plus puissants.

291. Du point de vue du Rapporteur spécial, si ces critiques et questions doivent être examinées, elles ne mènent cependant pas à la conclusion que les projets d'articles devraient être supprimés. Selon lui, il convient de considérer les contre-mesures comme des aspects de l'invocation de la responsabilité des États (c'est-à-dire comme des « conséquences instrumentales », pour adopter la terminologie de M. Arangio-Ruiz). Il est probablement plus utile de mettre en place un régime équilibré des contre-mesures à même d'en contrôler les excès plutôt que de rester silencieux sur un sujet d'importance vitale, auquel, en outre, la Commission ne pourra certainement pas contribuer d'une autre manière. On peut également ajouter que, de manière générale, la réaction au travail mené jusqu'à présent par la Commission sur le sujet a été positive. Pour ces raisons, l'on se propose d'examiner dans la présente section les articles existants ainsi que les commentaires dont ils ont fait l'objet, en se plaçant dans la perspective des contre-mesures prises par un État lésé [au sens où ce terme est défini à titre de proposition dans l'article 40 *bis*, par. 1]. L'adoption de contre-mesures par rapport à des obligations multilatérales, lorsque le ou les États qui prennent les contre-mesures ne sont pas eux-mêmes des États lésés, présente des problèmes globalement plus difficiles, qui ne peuvent être traités qu'une fois résolues les questions fondamentales que posent les contre-mesures prises par un État lésé *stricto sensu*.

2. Examen du chapitre III actuel (art. 47 à 50)

292. Les articles 47 à 50 forment actuellement un ensemble relativement homogène, de sorte qu'il n'est pas possible de traiter des problèmes touchant par exemple l'article 47 sans tenir compte des articles ultérieurs. Par conséquent, l'on se propose de résumer tout d'abord le contenu du commentaire et des observations des gouvernements sur ces quatre articles, avant de débattre de manière thématique des questions qu'ils soulèvent.

a) *Article 47 (Contre-mesures d'un État lésé)*

293. L'article 47 dispose :

1. Aux fins des présents articles, on entend par contre-mesures le fait pour l'État lésé de ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers l'État auteur d'un fait internationalement illicite pour l'inciter à s'acquitter de ses obligations au titre des articles 41 à 46, 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 aux demandes de l'État lésé afin qu'il s'en acquitte.

2. La prise de contre-mesures est soumise aux conditions et restrictions énoncées dans les articles 48 à 50.

3. Si une contre-mesure visant un État auteur d'un fait internationalement illicite entraîne la violation d'une obligation à l'égard d'un État tiers, cette violation ne peut être justifiée à l'encontre de l'État tiers au titre de ce chapitre.

L'article 47 est ainsi un hybride, qui donne une « définition » des contre-mesures, fait référence aux limitations auxquelles les articles 48 à 50 les soumettent et qui traite de la position des États tiers à leur égard.

294. Selon son commentaire, l'article 47 pose que « l'État lésé est en droit » de prendre une « contre-mesure licite »[554]. Pourtant, la définition illustrative donnée au paragraphe 1 ne dit pas que l'État lésé est en droit de prendre des contre-mesures, ou encore que celles-ci sont licites. Elle dit simplement ce que sont les contre-mesures. Leur illicéité n'est pas exclue par l'article 47 mais par l'article 30. L'ensemble reste cependant quelque peu évasif : le traitement des contre-mesures dans la deuxième partie telle qu'adoptée en première lecture est justifié par le fait qu'il s'agit de mesures pouvant être prises, dans certaines circonstances, pour inciter un État violant une obligation internationale à s'acquitter de ses obligations « secondaires » de cessation et de réparation. Le commentaire les aborde de ce point de vue, tout en soulignant les limites posées à leur utilisation. À cet égard, il indique en particulier que : *a*) les contre-mesures peuvent seulement être prises en réponse à un comportement effectivement illicite, la croyance de bonne foi en l'illicéité n'est pas suffisante[555]; *b*) leur but est limité à la « poursuite de la cessation et d'une réparation », il n'est, en particulier, pas punitif mais instrumental[556]; *c*) les contre-mesures « ne peuvent être adoptées qu'en dernier recours, quand les [autres] moyens […] en vue d'inciter l'État auteur du fait illicite à s'acquitter de ses obligations ont échoué, ou échoueraient manifestement[557] »; *d*) elles ne peuvent être adoptées que dans la mesure « nécessaire » à cet objectif[558]; et *e*) en évaluant leur nécessité, l'État lésé doit tenir compte de « la réponse faite à ses demandes par l'État auteur du comportement illicite », ce qui implique un dialogue entre l'État lésé et l'État visé sur les questions de cessation et de réparation[559]. À l'évidence, les contre-mesures légitiment le comportement en question uniquement entre l'État lésé et l'État visé, bien que cela n'exclue pas la possibilité, « dans un monde interdépendant où les États sont de plus en plus souvent liés par des obligations multilatérales », de porter atteinte « de façon incidente à des États tiers »[560]. Selon le commentaire, cela sera « particulièrement utile dans les cas où l'État lésé pourrait être amené à contrevenir à des règles établissant des obligations *erga omnes* »[561]. Mais, malgré ce rappel, les articles relatifs aux contre-mesures ne prêtent quasiment aucune attention à la question des obligations *erga omnes* : le monde des articles 47 à 50 est celui où seuls l'État lésé et l'État responsable se font face. Ainsi qu'on l'a déjà noté, il est préférable de traiter en premier de cette situation, avant d'aborder les problèmes plus complexes des obligations et des contre-mesures collectives. Mais il faut déjà souligner combien il serait étrange d'envisager que l'État lésé puisse violer une obligation *erga omnes* en prenant une contre-mesure vis-à-vis d'un seul État.

---

[554] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 47, par. 1, p. 71.

[555] Ibid.

[556] Ibid., par. 2, p. 72. À cet égard, la conception des contre-mesures dans la deuxième partie est plus étroite que celle que reflète l'article 30 tel qu'adopté en première lecture, qui incluait certaines « sanctions ».

[557] Ibid., par. 4, p. 72.

[558] Ibid., par. 5.

[559] Ibid., par. 6.

[560] Ibid., par. 7.

[561] Ibid. par. 8, p. 73.

295. Seuls quelques gouvernements ont fait des commentaires généraux sur l'article 47. À l'exception de la France, qui considère que « l'article 47 est un peu composite » – la définition donnée au paragraphe 1 étant apparemment « sans rapport avec les deux autres paragraphes »[562] –, ils y sont globalement favorables et encouragent le renforcement et la clarification de certains des principes qu'il contient. Quelques gouvernements demandent à la Commission de ne pas se limiter à la codification du droit coutumier relatif aux contre-mesures mais aussi d'élaborer « des règles limitant clairement les circonstances » dans lesquelles il est possible d'y avoir recours[563]. Ainsi, un gouvernement a proposé d'ajouter « que seuls les États directement lésés par un fait illicite devaient avoir le droit de réagir et que, même dans ce cas, ils devaient être tenus de prouver qu'ils avaient subi un dommage »[564].

296. Les paragraphes 1 et 3 ont donné lieu à des observations plus détaillées. En ce qui concerne le paragraphe 1, un certain nombre de gouvernements ont manifesté leur préoccupation quant à la possible fonction punitive des contre-mesures, bien que ce point de vue ne soit pas universellement partagé. Ainsi, pour la Grèce, le chapitre III dans son entier semble « mieux convenir aux violations qualifiées de délits et moins bien à celles qui constitueraient des crimes internationaux »; elle ajoute que la rédaction du chapitre III devrait mieux refléter cette distinction[565]. En revanche, d'autres gouvernements ont fermement soutenu que « les contre-mesures ne devaient pas avoir un caractère punitif, mais devaient viser la restitution, la réparation ou l'indemnisation »[566]. Afin d'éviter toute ambiguïté sur ce point, l'Irlande suggère que les termes « la prise de contre-mesures n'inclut pas la prise de mesures à caractère punitif »[567] soient ajoutés au paragraphe 1. À l'instar de tous les gouvernements qui ont commenté l'article 47[568], l'Irlande soutient également le principe consacré au paragraphe 3 par rapport à la prtection des États tiers mais propose d'y faire « un léger amendement » : « étant donné que d'autres personnes de droit international, par exemple une organisation internationale, peuvent être lésées par une contre-mesure dirigée contre un État », le gouvernement irlandais suggère que l'expression « tierce partie » remplace « État tiers »[569].

297. La France et le Danemark (au nom des pays nordiques) ne remettent pas en question la substance du paragraphe 3 mais considèrent qu'elle serait mieux reflétée dans une disposition distincte[570]. Le Danemark soutient même une révision plus générale de l'article 47, conformément à un point de vue « plus prudent » visant à limiter le droit de recourir aux contre-mesures. Il propose ainsi de fondre les articles 47 à 49 dans un seul article intitulé « conditions du recours à des contre-mesures », qui poserait d'abord que le recours aux contre-mesures est illicite à moins que certaines conditions ne soient remplies, puis procéderait à l'énumération de ces conditions[571].

b) *Article 48 (Conditions de recours à des contre-mesures)*

298. L'article 48 pose certaines conditions procédurales à la prise de contre-mesures ou à leur maintien en vigueur. Des quatre articles adoptés en première lecture, il fut de loin le plus controversé. Il dispose :

1. Avant de prendre des contre-mesures, un État lésé s'acquitte de l'obligation de négocier prévue à l'article 54. Cette obligation est sans préjudice de l'adoption par cet État des mesures conservatoires qui sont nécessaires pour préserver ses droits et sont par ailleurs conformes aux conditions stipulées dans le présent chapitre.

2. Un État lésé qui prend des contre-mesures s'acquitte des obligations relatives au règlement des différends découlant de la troisième partie ou de toute autre procédure de règlement obligatoire des différends en vigueur entre l'État lésé et l'État auteur du fait internationalement illicite.

3. Sous réserve que le fait internationalement illicite ait cessé, l'État lésé doit suspendre les contre-mesures dans les cas et dans la mesure où la procédure de règlement des différends visée au paragraphe 2 est appliquée de bonne foi par l'État qui a commis ledit fait, et où le différend est soumis à un tribunal qui est habilité à émettre des injonctions obligatoires pour les parties.

4. L'obligation de suspendre les contre-mesures prend fin en cas de défaut de l'État auteur du fait internationalement illicite de se conformer à une demande ou à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend.

299. Le commentaire souligne une différence de vues essentielle sur l'article 48 au sein de la Commission. Tous ses membres ont certes soutenu l'idée selon laquelle les moyens pacifiques de règlement des différends devaient être suivis, mais la question demeurait de savoir dans quelle mesure il y avait là un pré-requis nécessaire au recours aux contre-mesures, étant donné : *a*) l'éventualité qu'un État prolonge les négociations et s'engage dans des procédures dilatoires, et *b*) le fait que « certaines formes de contre-mesures (y compris quelques-unes qui sont parmi les plus facilement réversibles, comme le gel

[562] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 47, par. 1, p. 155.

[563] A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 121, p. 19.

[564] Ibid.

[565] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), commentaires sur le chapitre III, p. 121. Voir, pour un point de vue différent, les commentaires de la Mongolie [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35, p. 153)].

[566] A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 74, p. 21. Singapour critique « certaines contradictions » entre les commentaires des articles 30 et 47 à cet égard [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur le chapitre III].

[567] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 47, par. 1.

[568] Voir A/CN.4/496, par. 121, p. 19 et 20, et A/CN.4/504, par. 74, p. 21 (voir *supra* la note 3). Singapour considère que le paragraphe 3 « ne va peut-être pas assez loin » et que le projet d'article devrait répondre « à ces préoccupations afin de protéger les États tiers contre une telle éventualité » [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35)].

[569] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 47, par. 3.

[570] Ibid. Pour la France, ce principe « n'a guère sa place dans cet article (un État A ne peut évidemment pas se venger sur un État C de ce que l'État B lui a fait) » (ibid., commentaires sur l'article 47, par. 1).

[571] Ibid., commentaires sur l'article 47. Selon le Danemark (au nom des pays nordiques), ces conditions sont les suivantes :

« *a*) Il y a bien eu fait internationalement illicite;

« *b*) L'État lésé a émis une protestation associée à une demande de cessation ou de réparation;

« *c*) L'État auteur du fait illicite a refusé de régler le différend à l'amiable, notamment grâce à des procédures de règlement obligatoire par tierce partie;

« *d*) L'État lésé a fait savoir de manière appropriée et en temps voulu qu'il avait l'intention de recourir à des contre-mesures;

« *e*) Le critère de proportionnalité est respecté, c'est-à-dire que les mesures prises par l'État lésé ne sont pas hors de proportion avec la gravité du fait internationalement illicite et de ses effets. ».

d'avoirs), ne sont efficaces que si elles sont prises rapidement »[572]. Pour tenter de résoudre l'opposition existant entre la garantie de l'effectivité des contre-mesures, d'une part, et la volonté d'empêcher qu'elles soient prises prématurément, d'autre part, une distinction est faite entre les « contre-mesures conservatoires » (dénommées « mesures conservatoires ») et les autres mesures. Selon le commentaire, les « mesures conservatoires » sont celles qui sont nécessaires à l'État lésé « pour préserver ses droits ». En revanche, tout « l'arsenal des contre-mesures » – une expression qui n'est pas employée dans les articles eux-mêmes – ne peut pas être utilisé sans que l'on ait d'abord tenté de régler le différend par la négociation[573]. Les mesures conservatoires sont présentées comme intrinsèquement réversibles : « on peut ainsi comparer la saisie provisoire de biens et leur confiscation, ou la suspension d'une autorisation et sa révocation »[574].

300. Une seconde manière d'atteindre un équilibre entre les intérêts de l'État prenant les contre-mesures et ceux de l'État visé est d'exiger que les contre-mesures soient suspendues dans certaines conditions, lesquelles sont énoncées dans les paragraphes 3 et 4. Il est important de noter ici que les dispositions des articles 47 à 50 sont associées à celles qui concernent le règlement obligatoire par tierce partie des différends relatifs aux contre-mesures, qui ont été proposées en première lecture et auxquelles il a déjà été fait référence[575]. Le commentaire résume ainsi l'effet de ces dispositions :

> si les conditions fondamentales du recours à des contre-mesures énoncées à l'article 47 sont réunies et si les négociations initiales n'ont pas abouti, l'État lésé peut prendre des contre-mesures sans recourir au préalable à des procédures de règlement des différends par tierce partie. Mais s'il prend des contre-mesures, l'État contre lequel elles sont prises peut recourir à l'arbitrage obligatoire […] ou à une autre procédure de règlement obligatoire du différend par tierce partie. Si l'État accusé du fait illicite recourt à une telle procédure et l'applique de bonne foi, et à condition que le fait illicite lui-même ait cessé, les contre-mesures doivent être suspendues[576].

Cette suspension reste néanmoins conditionnelle; si l'État visé ne coopère pas au règlement du différend par tierce partie, ou n'honore pas l'ordonnance ou l'indication de mesures conservatoires émanant d'une tierce partie, la suspension des contre-mesures peut être écartée[577]. Selon le commentaire, ce système « marque un net progrès par rapport aux dispositions qui existent pour le règlement des différends mettant en cause des contre-mesures », notamment en ce qu'« il atténuera l'élément du système des contre-mesures qui tendait à une escalade des réactions »[578].

301. La République tchèque et l'Irlande prennent note des « débats et controverses au sein de la Commission » sur l'article 48[579]. D'ailleurs, les commentaires des gouvernements sur cette disposition reflètent également des points de vue largement différents, et parfois opposés. La Suisse, par exemple, se déclare « satisfaite des dispositions sur le règlement des différends relatifs aux contre-mesures »[580]. D'autres gouvernements considèrent en revanche que l'article 48 devrait être, sinon supprimé, du moins profondément modifié. La France propose ainsi une rédaction entièrement nouvelle de la disposition[581], tandis que les États-Unis estiment qu'elle devrait « figurer dans un protocole facultatif consacré au règlement des différends »[582]. Indépendamment de la position générale qu'il a adoptée par rapport au traitement des contre-mesures dans le projet d'articles, le Royaume-Uni suggère l'adjonction d'une disposition « correspondant à l'article 45 de la Convention de Vienne de 1969 qui stipulerait qu'un État ne peut plus prendre de contre-mesures après qu'il a acquiescé à une violation de ses droits »[583]; il faudrait également prêter une attention particulière à la situation où « [p]lusieurs États peuvent prendre des contre-mesures, mais l'État principalement affecté peut décider de ne pas en prendre, ou même consentir à l'infraction »[584].

302. À côté de ces observations et suggestions de caractère général, les gouvernements concentrent pour la plupart leurs commentaires sur les paragraphes 1 et 2. Deux questions principales sont abordées en ce qui concerne le paragraphe 1. La première a trait à l'obligation de négocier, qui doit être remplie avant que soient prises des contre-mesures de plein exercice. Certains gouvernements soutiennent clairement cette disposition, en se fondant sur l'idée que les contre-mesures constituent une solution de

---

572 *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 48, par. 2, p. 73.

573 Ibid., par. 3, p. 74.

574 Ibid., par. 4.

575 Voir *supra* le paragraphe 265.

576 *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 48, par. 11, p. 75.

577 Ibid., par. 12, où est résumé l'effet de l'article 48, paragraphe 4.

578 Ibid., par. 13.

579 *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 48; à cet égard, l'Irlande « doute qu'il soit sage d'établir un lien entre ces dispositions sur le règlement des différends et les conditions ayant trait aux contre-mesures ».

580 Ibid. Voir aussi les commentaires du Japon, qui considère que « les articles 48 à 50 sont généralement bien rédigés dans la mesure où ils préviennent un usage abusif des contre-mesures en imposant des restrictions non seulement de procédure mais aussi de fond » [*Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), commentaires sur l'article 48].

581 Cette proposition de la France se lit comme suit :

« 1. L'État lésé qui décide d'adopter des contre-mesures doit préalablement à leur entrée en vigueur :

« *a*) Inviter par demande motivée l'État auteur du fait dont il allègue qu'il est internationalement illicite à s'acquitter de ses obligations;

« *b*) Notifier à cet État le contenu des contre-mesures qu'il envisage de prendre;

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

« 2. L'État lésé peut toutefois procéder dès leur notification à la mise en œuvre, à titre conservatoire, des contre-mesures nécessaires à la préservation de ses droits.

« 3. Lorsque le fait internationalement illicite a pris fin, l'État lésé doit suspendre les contre-mesures dès lors qu'une procédure de règlement obligatoire du différend est appliquée par les parties et que des injonctions obligatoires peuvent être décidées.

« 4. L'obligation de suspendre les contre-mesures prend fin en cas de défaut de l'État auteur du fait internationalement illicite de se conformer à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend. » [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 48, p. 155.]

582 Ibid. Ce gouvernement ajoute que, comme « système obligatoire de conditions de recours aux contre-mesures, [l'article 48] est en effet sans fondement en droit international coutumier » [voir aussi A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 121, p. 18 et 19].

583 *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 48, p. 156. Pour le Royaume-Uni, la Commission devrait se limiter à l'article 30 et supprimer les articles 47 à 50 (ibid., commentaires sur le chapitre III, p. 153).

584 Ibid., commentaires sur le chapitre III.

dernier recours, une « *ultima ratio* »[585], et non pas « une conséquence directe et automatique de l'accomplissement d'un fait internationalement illicite »[586]. D'autres, tout en ne contestant pas l'existence de l'obligation de négocier, l'interprètent de manière relativement restrictive : pour le Japon par exemple, lorsque les contre-mesures ont pour objet d'inciter l'État auteur du fait illicite à restaurer aussi rapidement que possible la situation préexistante, « il n'y a pas assez de temps pour négocier »; dès lors, l'interprétation qui devrait prévaloir autoriserait l'État lésé à « prendre des contre-mesures si l'État auteur du fait illicite n'a pas répondu de façon précise à sa proposition dans un délai raisonnable »[587]. D'autres gouvernements encore sont hostiles à l'adoption d'une telle disposition, essentiellement au motif que l'obligation de négocier avant de prendre des contre-mesures n'appartient pas au droit international coutumier, à l'inverse de la demande préalable de cessation et de réparation[588]. Pour le Royaume-Uni par exemple, le paragraphe 1 représente « une contrainte nouvelle, injustifiée, peu pratique et utopique dans un monde moderne en pleine évolution »[589]. Les États-Unis vont plus loin et indiquent que le projet devrait refléter « la règle coutumière fondamentale qui veut que le recours aux contre-mesures est légitime avant les négociations et pendant les négociations »[590].

303. La seconde question qui est soulevée au regard du paragraphe 1 a trait à la référence aux « mesures conservatoires ». À l'exception du Danemark (au nom des pays nordiques), pour lequel « [o]n pourrait […] mentionner tout particulièrement le concept de mesures conservatoires »[591], les autres gouvernements trouvent difficile en pratique « de distinguer les mesures conservatoires des contre-mesures proprement dites »[592]. Pour l'Argentine, « [c]e n'est pas par leur nature que [les mesures conservatoires] se distingueraient des contre-mesures, mais par leur degré de sévérité et leur durée »[593]. Le Royaume-Uni dénonce vigoureusement une terminologie malheureuse « qui peut laisser sous-entendre un lien conceptuel parfaitement déplacé avec les mesures conservatoires de la CIJ »[594]. Les États-Unis se demandent si les mesures conservatoires seront illicites « au même titre que les contre-mesures, en l'absence d'un fait illicite générateur »; si elles ne le sont pas, elles lui semblent alors inutiles, mais, si elles le sont, « on voit mal comment on peut en appliquer concrètement la notion »[595].

304. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 48, même les gouvernements qui sont en principe favorables à l'existence d'un lien entre le recours aux contre-mesures et le régime de règlement des différends prévu dans la troisième partie du projet expriment des doutes quant à sa rédaction et aux conceptions qui le sous-tendent. La République tchèque par exemple, bien qu'elle « ait des sympathies pour l'idée d'un contrôle, au moins a posteriori, de la licéité des contre-mesures », considère que le paragraphe 2 « introduit un lien organique assez rigide entre la deuxième et la troisième partie du projet » et préjuge ainsi de la question de la nature contraignante de cette dernière partie au détriment des « règles de fond concernant les contre-mesures »[596]. Pour les États-Unis, « [l]e paragraphe 2 présente deux difficultés du point de vue du dispositif d'arbitrage que prévoit le projet ». En premier lieu, le système d'arbitrage obligatoire que propose le paragraphe 2 de l'article 58 « n'est pas sanctionné par le droit international coutumier, serait impossible à faire fonctionner en pratique » et créerait « un déséquilibre grave dans la manière dont sont traités, d'une part, l'État lésé et, d'autre part, l'État auteur », en imposant « une charge inacceptable » au premier[597]. En second lieu, la référence qui est faite à « toute autre procédure de règlement obligatoire des différends en vigueur » entre les parties pourrait être interprétée « à tort comme signifiant qu'il y a consentement à la procédure de règlement quand la procédure existante exige qu'il y ait consentement mutuel… »[598]. Un autre gouvernement a cependant suggéré que, même si aucun lien n'est établi entre la prise de contre-mesures et la procédure de règlement des différends, le recours aux contre-mesures devrait être conditionné au « rejet par l'État

[585] Ibid. L'Argentine suggère d'« inverser la présomption de licéité des contre-mesures », envisagées comme « un fait simplement *toléré* » par le droit international; voir aussi A/CN.4/496, par. 120, p. 19, et A/CN.4/504, par. 74, p. 21 (voir *supra* la note 3).

[586] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 48 formulés par la République tchèque, p. 157, qui ajoute que « [l]a fonction de ces préconditions est de réduire les possibilités de recours prématuré, et donc abusif, aux contre-mesures ». L'Autriche et la France – cette dernière estimant que « l'édiction de contre-mesures doit, dans toute la mesure du possible, être associée à un processus de règlement pacifique des différends » – sont aussi favorables à l'obligation préalable de négocier [ibid., p. 156 et 157; voir aussi A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 121, p. 19 et 20].

[587] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), commentaires sur l'article 48, p. 121. De même, l'Irlande considère que l'État qui souhaite prendre des contre-mesures « doit normalement négocier avec l'État » auteur du fait illicite pour obtenir la cessation de celui-ci et la réparation, mais qu'il est peu probable de pouvoir lui imposer « des obligations plus astreignantes avant de prendre des contre-mesures » [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 8), commentaires sur l'article 48, p. 156].

[588] États-Unis et Allemagne, cette dernière estimant « tout à fait déraisonnable d'attendre de l'État lésé qu'il s'abstienne de prendre des contre-mesures » pacifiques jusqu'à épuisement de toutes les voies de règlement amical du différend [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 48, par. 1, p. 156; voir aussi A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 74, p. 21].

[589] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 48, par. 1, p. 157.

[590] Ibid.

[591] Ibid., p. 155. La République tchèque semble aussi faire sienne la notion de mesures conservatoires lorsqu'elle souligne que leur suspension « viderait les contre-mesures de leur contenu » [ibid.; voir aussi A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 121, p. 19 et 20].

[592] Allemagne, qui ajoute que « cette nouvelle catégorie de "mesures conservatoires" ouvre la voie à des tentatives de la part de certains États pour se soustraire aux limitations traditionnellement attachées à l'exercice de représailles » (*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 48, par. 1, p. 156). Voir aussi l'Irlande, qui craint que cette distinction puisse « même alimenter le différend entre les États » (ibid., commentaires sur l'article 48), et le Japon, qui demande une définition plus claire des mesures conservatoires [*Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), commentaires sur l'article 48, p. 121); voir aussi A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 76, p. 21].

[593] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur le chapitre III, p. 151.

[594] Ibid., commentaires sur l'article 48, par. 1, p. 157.

[595] Ibid.

[596] Ibid., commentaires sur l'article 48, par. 2, p. 158.

[597] Ibid. Voir aussi A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 75, p. 21, où il est indiqué que l'État prenant les contre-mesures et l'État visé devraient avoir « les mêmes possibilités de recourir à des moyens de règlement pacifique », et Japon [*Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), commentaires sur l'article 48, p. 121 et 122].

[598] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 48, par. 2, p. 158.

fautif d'une offre de régler le différend par une procédure de règlement obligatoire par tierce partie »[599].

305. En ce qui concerne le paragraphe 3, le Japon est favorable à la disposition mais trouve sa rédaction « assez vague » : il suggère que, si la procédure mentionnée est judiciaire, cela devrait être indiqué clairement[600]. Les États-Unis considèrent quant à eux que l'exigence prévue au paragraphe 3 « peut offrir à l'État en faute l'occasion de nouveaux atermoiements et de nouvelles infractions »[601].

c) *Article 49 (Proportionnalité)*

306. L'article 49 énonce comme condition de légitimité d'une contre-mesure l'exigence fondamentale de proportionnalité. Il dispose que :

> Les contre-mesures prises par un État lésé ne doivent pas être hors de proportion avec le degré de gravité du fait internationalement illicite ou ses effets sur l'État lésé.

307. Le commentaire décrit le principe de proportionnalité comme « une condition générale de la légitimité des contre-mesures ou des représailles […] un élément d'une importance cruciale pour déterminer la licéité d'une contre-mesure eu égard au risque intrinsèque d'abus qui découlent de l'inégalité de fait des États »[602]. La question n'est pas de savoir si cette condition existe mais avec quelle rigueur elle doit être appliquée. La rédaction négative de l'article 49 (« ne doivent pas être hors de proportion ») est justifiée par le rappel des formulations retenues dans des affaires comme celles du *Naulilaa*[603]ou de l'*Accord relatif aux Services aériens*[604]. La condition de proportionnalité est ainsi d'application souple et permet que soient pris en considération à la fois la gravité du fait illicite et ses effets sur l'État lésé[605]. Elle n'a pas notamment pour but

> de restreindre de manière injustifiée la capacité d'un État de prendre des contre-mesures efficaces en réaction à certains faits illicites mettant en jeu des obligations *erga omnes*, tels que des violations des droits de l'homme. En revanche, un État juridiquement lésé pourrait se trouver plus limité qu'un État matériellement lésé dans le choix du type et de l'intensité des mesures qui seraient proportionnées au préjudice juridique qu'il aurait subi[606].

308. Tous les gouvernements qui ont commenté l'article 49 s'accordent sur le fait que le principe de proportionnalité des contre-mesures appartient au droit international coutumier[607]; certains y voient un élément d'une « importance cruciale »[608], ou l'une « des conditions fondamentales à remplir pour que l'exercice des contre-mesures soit légitime »[609]. Quelques gouvernements ont des réserves sur la rédaction de l'article 49[610], mais aucun ne met en doute la pertinence de la référence au « degré de gravité du fait internationalement illicite »[611]. La République tchèque considère que la « fonction du principe de proportionnalité devient encore plus importante dans le cas des contre-mesures prises en relation avec un crime »; selon elle, « [l]es effets d'un crime peuvent toucher à des degrés variables la communauté des États et, par conséquent, le principe de proportion- nalité devrait s'appliquer pour chaque État lésé individuellement… »[612].

309. La question que soulèvent les États à l'égard de l'article 49 est plutôt de savoir s'il devrait être affiné par l'adjonction d'autres éléments pertinents dans la détermination de la proportionnalité. L'Autriche par exemple, qui met en avant l'« effet régulateur » du principe de proportionnalité, demande que le concept soit davantage détaillé, tout au moins dans le commentaire de l'article[613]. L'Irlande comme les États-Unis estiment néanmoins qu'il est possible de définir la notion de manière plus exhaustive dans le projet d'article, même si « [l]a proportionnalité est une question d'approximation et non de précision », qui ne demande ni une identité ni une équivalence exacte dans l'appréciation de la licéité d'une contre-mesure[614]. Ces deux gouvernements critiquent notamment le fait que l'objet d'une contre-mesure ne soit pas pris en considération dans l'évaluation de la proportionnalité. Mentionnant l'application récente qui a été faite

---

[599] A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 75, p. 21.

[600] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), commentaires sur l'article 48, p. 122.

[601] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 8), commentaires sur l'article 48, par. 3, p. 158.

[602] *Annuaire… 1995*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 13 [actuel article 49], par. 2, p. 67.

[603] *Colonies portugaises (Incident de Naulilaa), Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.1), p. 1028 (où sont exclues les « représailles hors de toute proportion avec l'acte qui les a motivées »). L'affaire concernait des représailles armées et non des contre-mesures au sens du chapitre III.

[604] *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, sentence arbitrale du 9 décembre 1978, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.80.V.7), par. 83, p. 483 (mesures non « clairement disproportionnées à celles prises par la France »).

[605] *Annuaire… 1995* (voir *supra* la note 602), commentaire de l'article 49, par. 6 à 8, p. 68 et 69.

[606] Ibid., par. 9, p. 69. Le texte du projet d'articles tel qu'adopté en première lecture ne fait cependant aucune distinction entre le « préjudice juridique » et le « préjudice matériel ».

[607] Voir, par exemple, *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 49, Allemagne, mentionnant l'avis consultatif de la CIJ sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*; Irlande (ibid., p. 136 et 137), États-Unis (ibid., p. 134 et 135); et A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 74, p. 21.

[608] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de l'Autriche sur l'article 49, p. 158.

[609] Ibid., commentaires de la République tchèque sur l'article 49, p. 160.

[610] Ibid., commentaires de l'Irlande sur l'article 49. L'Irlande est favorable à la « formulation négative de la condition », mais la France propose de remplacer le membre de phrase « hors de proportion avec le degré de gravité du fait internationalement illicite ou ses effets sur l'État lésé » par les termes « hors de proportion avec les effets du fait internationalement illicite sur l'État lésé ainsi qu'avec son degré de gravité » (ibid., p. 159 et 160).

[611] Voir, par exemple, les commentaires de l'Allemagne sur l'article 49, ibid. Pour les États-Unis cependant, la rédaction adoptée en première lecture « insiste trop » sur une « vague qualification » de gravité, qui « ne correspond qu'à un seul des aspects du droit international coutumier » (ibid., p. 159).

[612] Commentaires de la République tchèque sur l'article 49 (ibid., p. 160).

[613] Commentaires de l'Autriche sur l'article 49 (ibid., p. 158). Selon l'Allemagne, « pour évaluer la proportionnalité des contre-mesures, il faut prendre en considération tous les éléments pertinents dans des circonstances données » (ibid.).

[614] Commentaires des États-Unis sur l'article 49 (ibid., p. 159), lesquels ajoutent « qu'une réponse d'un degré de gravité plus élevé que le fait qui l'a provoquée peut s'imposer dans certaines circonstances pour amener l'État en faute à honorer ses obligations »; voir aussi les commentaires de l'Irlande (ibid.).

du concept de proportionnalité par des organes internationaux de protection des droits de l'homme comme la Cour européenne des droits de l'homme, l'Irlande déclare « que tant le but précis de la contre-mesure [la cessation et/ou la réparation] que la forme spécifique de la réparation recherchée, le cas échéant, peuvent effectivement être pertinents dans la détermination de la proportionnalité de la contre-mesure »[615]. De même, pour les États-Unis, la « "[p]roportionnalité" signifie essentiellement que les contre-mesures doivent être ainsi calculées pour qu'elles incitent l'État fautif à honorer ses obligations de droit international et que les dispositions prises à cette fin ne doivent pas s'aggraver d'elles-mêmes [mais] viser uniquement à régler le différend »[616].

310. Deux autres questions ont été soulevées par rapport à l'article 49. L'Irlande s'interroge sur la distinction qu'effectue le commentaire entre préjudice juridique et matériel : elle souligne « que dans de nombreux cas de violations des droits de l'homme, le préjudice matériel sera subi par des nationaux de l'État qui commet le fait internationalement illicite », de sorte que « limiter l'examen des effets d'un fait internationalement illicite au préjudice juridique subi par un État lésé serait peut-être trop restrictif ». Dans de telles hypothèses, « la conception classique du principe de proportionnalité dans le contexte des contre-mesures, qui considère le rapport entre l'État auteur du fait illicite et l'État lésé, est peut-être inadaptée »[617]. En second lieu, au cours des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, il a été suggéré d'« examiner la question de la responsabilité des États dans le cas de représailles sans proportion avec la violation les ayant motivées »[618].

d) *Article 50 (Contre-mesures interdites)*

311. L'article 50 énumère cinq catégories de comportement interdites par voie de contre-mesures. Il dispose :

Un État lésé ne doit pas recourir, à titre de contre-mesures :

a) À la menace ou à l'emploi de la force, interdits par la Charte des Nations Unies;

b) À des 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;

c) À tout comportement qui porte atteinte à l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires;

d) À tout comportement qui déroge aux droits de l'homme fondamentaux; ou

e) À tout autre comportement contrevenant à une norme impérative du droit international général.

312. Le long commentaire de l'article 50 commence par relever le chevauchement existant entre l'alinéa *e* et les alinéas *a* et *d*, qu'il justifie par le besoin d'éviter des débats relatifs au caractère impératif des normes concernées[619]. Il se poursuit par l'examen successif de chacune des exclusions :

a) Les représailles armées ou les contre-mesures impliquant l'usage de la force armée sont expressément exclues par la Déclaration sur les relations amicales, en accord avec la Charte des Nations Unies[620], ainsi que par la doctrine et la pratique modernes[621];

b) Le commentaire est plus détaillé pour justifier l'exclusion des mesures « de contrainte économique ou politique extrêmes [qui] peuvent avoir des conséquences aussi graves que celles qui découlent de l'emploi de la force armée »[622]. Le problème qui se pose néanmoins à cet égard tient au fait que les contre-mesures sont, par définition, contraignantes : elles sont prises pour inciter un État à faire quelque chose qu'il est obligé mais refuse de faire. Pour autant que certaines mesures extrêmes sont exclues par la Charte des Nations Unies, il est évident qu'elles ne peuvent être légitimées par le projet d'articles; dans la mesure où elles ne le sont pas (et pourvu qu'elles remplissent les autres conditions posées dans le projet, en particulier l'exigence de proportionnalité), leur essence est d'être contraignantes. Le commentaire tente de traiter cette question. Il souligne « que s'il est formulé en termes trop généraux, l'alinéa *b* risque de revenir à une quasi-interdiction des contre-mesures », mais ajoute que l'article 50 limite « les comportements interdits aux mesures de contrainte économique ou politique extrêmes »; en outre, l'emploi de l'expression « visant à » […] dénote une intention hostile ou punitive et exclut tout comportement susceptible de porter atteinte de manière vague et non intentionnelle à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'État[623];

c) En ce qui concerne l'inviolabilité diplomatique, le commentaire note que l'alinéa est limité aux « règles du droit diplomatique qui sont destinées à garantir la sécurité physique et l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques en toute circonstance, y compris en cas de conflit armé »[624]. Cette protection s'avère particulièrement importante lorsque les relations entre les deux États sont très tendues, comme cela peut être le cas quand existe une menace de recourir à des contre-mesures ou quand celles-ci sont prises;

d) Pour ce qui touche à l'interdiction des contre-mesures portant atteinte aux droits fondamentaux de l'homme, le commentaire souligne qu'elle trouve son origine historique dans l'interdiction des représailles contre les personnes protégées par le droit international humanitaire et qu'elle fut ultérieurement élargie pour couvrir les protections offertes aux individus par le biais des normes relatives aux droits de l'homme non susceptibles de dérogations. La question qui se pose ici réside dans le fait que

[615] Commentaires de l'Irlande sur l'article 49 (ibid., p. 160).

[616] Commentaires des États-Unis sur l'article 49 (ibid.). Par conséquent, les États-Unis estiment que « le principe de proportionnalité veut que l'on considère les objectifs [que] visent [les contre-mesures], et aussi l'importance du principe enfreint par l'acte illicite initial » (ibid., p. 159).

[617] Commentaires de l'Irlande sur l'article 49 (ibid., p. 160).

[618] A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 74, p. 21.

[619] *Annuaire… 1995* (voir *supra* la note 602), commentaire de l'article 14 [actuel article 50], par. 1, p. 69.

[620] Telle qu'annexée à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale en date du 24 octobre 1970.

[621] *Annuaire… 1995* (voir *supra* la note 602), par. 2, p. 70, mentionnant la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, annexe, premier principe, par. 6.

[622] *Annuaire… 1995* (voir *supra* la note 602), commentaire de l'article 14 [actuel article 50], par. 5, p. 71.

[623] Ibid., par. 12, p. 73.

[624] Ibid., par. 14, p. 73.

les contre-mesures prises envers un État ne peuvent par définition autoriser une violation des droits de l'homme non susceptibles de dérogation, dont les bénéficiaires sont par essence des tierces parties par rapport à l'État visé, même si elles en sont les ressortissants. Le problème est plutôt d'éviter les « conséquences inhumaines [qui] peuvent résulter […] indirectement de mesures dirigées contre l'État auteur d'un fait illicite »[625]. Le commentaire mentionne des exemples de boycotts et d'autres mesures qui épargnent les « articles destinés à soulager des souffrances humaines » ou les activités « directement axées sur l'assistance humanitaire »[626]. Ici encore, la difficulté tient au fait que ces exemptions n'impliquent pas nécessairement pour l'État lésé un comportement que les normes relatives aux droits de l'homme requièrent juridiquement de lui : quelle que soit l'adéquation de ces exemptions à des considérations humanitaires, un État n'est pas généralement obligé par le droit des droits de l'homme de permettre que des activités humanitaires soient menées par ses ressortissants ou ses agents sur le territoire d'un autre État. L'alinéa *d* trouve une justification plus convaincante dans l'idée que les contre-mesures sont essentiellement « une affaire entre les États concernés » et qu'elles devraient avoir « le minimum d'effets sur les parties privées pour éviter la répression collective »[627];

e) Enfin, en ce qui concerne l'exclusion résiduelle des comportements dérogeant aux autres normes impératives, le commentaire ne fournit pas d'exemples : il note même que l'alinéa *e* « n'est sans doute pas absolument nécessaire, puisque, par définition, il ne peut être dérogé aux règles du *jus cogens* à titre de contre-mesures ou autrement ». La mention des normes impératives permettrait cependant « d'assurer un ajustement graduel des articles à l'évolution du droit en la matière et aurait donc son utilité »[628].

313. Les gouvernements qui ont fait des commentaires sur l'article 50 semblent assez divisés sur son objet général et son contenu. Certains d'entre eux (comme la République tchèque et l'Irlande) soulignent d'un côté que « les intérêts de la communauté internationale exig[ent] que certaines catégories de contre-mesures soient interdites »[629], et se montrent donc favorables aux interdictions énumérées, « dont la plupart relèvent du *jus cogens* »[630]. Bien qu'elle ait des réserves sur certains éléments particuliers de la liste, l'Irlande fait notamment remarquer que, dans les dernières décennies, « on a reconnu de plus en plus que certains comportements de la part d'un État devaient être interdits dans toutes circonstances, même en réponse à un fait illicite préalable d'un autre État »[631]. D'autres gouvernements sont d'avis, en revanche, que l'article 50 ne reflète pas généralement la pratique étatique ou le droit international coutumier[632]. D'autres encore, comme Singapour, critiquent le fait que l'article 50 n'aborde pas « la question essentielle de savoir si les mesures en question doivent avoir un lien quelconque avec le droit auquel on a porté atteinte »[633]. Les États-Unis le trouvent « inutile » dans la mesure où la règle de proportionnalité prévue à l'article 49 « limiterait la gamme des contre-mesures autorisées et interdirait le plus souvent le recours aux mesures visées à l'article 50 »[634]. Ils s'inquiètent également de ce que cette disposition « risque de superposer des règles de fond aux régimes existants sans expliciter les règles particulières applicables ni le droit de la responsabilité des États », en prenant pour exemple les règles relatives aux relations diplomatiques et consulaires[635].

314. L'alinéa *a* n'a pas fait l'objet de nombreux commentaires, bien que la France trouve sa rédaction « étrange » et propose une autre formulation, fondée sur l'article 52 de la Convention de Vienne de 1969[636]. L'Irlande rappelle que, conformément à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, les États ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'usage de la force, et déclare souscrire « sans réserve à la restriction apportée aux contre-mesures qui est énoncée dans cet alinéa », lequel « reconnaît implicitement le rôle des Nations Unies et de ses organismes dans ce domaine »[637].

315. Les avis sur l'alinéa *b* sont en revanche contrastés. Au nombre des États qui y sont favorables se trouvent, au moins implicitement, ceux qui critiquent de manière générale l'utilisation des contre-mesures, au motif qu'elles avantagent « les États les plus puissants et risquerai[en]t de saper tout système fondé sur l'égalité et la justice »[638]. Ainsi, pour Singapour, les États les plus puissants

> sur le plan économique ou politique auront plus de chances d'appliquer des contre-mesures efficaces que les États plus faibles, en particulier les pays en développement et les pays les moins avancés. De même, les États les plus faibles seront beaucoup plus affectés par des contre-mesures[639].

Certains gouvernements sont en revanche très hostiles à cet alinéa. La France considère qu'il n'a aucun

[625] Ibid., par. 20, p. 76.

[626] Ibid., par. 21, p. 76.

[627] Ibid., par. 22, p. 77.

[628] Ibid., par. 26, p. 78.

[629] A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 121, p. 20.

[630] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de la République tchèque sur l'article 50, p. 161. De même, l'Irlande « approuve pleinement le traitement réservé dans le projet d'article 50 aux restrictions de fond apportées aux mesures qui peuvent être licitement prises à titre de contre-mesures » (ibid., p. 161). Le Danemark (au nom des pays nordiques) conserverait une disposition sur les contre-mesures interdites « en suivant les lignes essentielles de l'article 50 » (ibid., p. 160).

[631] Ibid., p. 161.

[632] Commentaires des États-Unis sur l'article 50 (ibid., p. 160), lesquels ajoutent que la disposition peut « rendre les différends plus complexes au lieu d'en faciliter le règlement »; voir aussi les commentaires de Singapour sur le chapitre III (ibid.) et doc. A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 120, p. 19.

[633] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de Singapour sur le chapitre III, p. 153; voir aussi les commentaires des États-Unis sur l'article 50 (ibid., p. 160).

[634] Ibid., commentaires sur l'article 50.

[635] Ibid. Le Royaume-Uni déclare que les restrictions posées dans l'article 50 « ne sont pas satisfaisantes » (ibid., p. 161).

[636] Commentaires de la France sur l'article 50 *a* (ibid., p. 161). La disposition se lirait comme suit : « à la menace ou à l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies ».

[637] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 50 *a,* p. 161; voir aussi A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 74, p. 21, où il est souligné que « les contre-mesures armées [sont] interdites par le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, qui [est] devenu une règle du droit international coutumier ».

[638] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de Singapour sur le chapitre III, p. 154; voir aussi les commentaires de l'Argentine (ibid.); et A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 120, p. 19.

[639] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de Singapour sur le chapitre III, p. 154.

fondement en droit international coutumier et devrait être supprimé[640]. Le Japon craint qu'il « n'interdise pratiquement toutes les contre-mesures »[641]. Le Royaume-Uni comme les États-Unis critiquent sa formulation vague et subjective[642], le Gouvernement du Royaume-Uni ajoutant que, « si l'acte illicite initial était l'imposition, à l'État lésé, d'une mesure » de contrainte économique ou politique extrême « , on voit mal pourquoi l'État lésé ne devrait pas répondre de la même manière »[643]. L'Irlande et la Suisse sont plus favorables à cet alinéa. Pour le Gouvernement irlandais, l'interdiction est confortée par des éléments de la pratique étatique, bien qu'il doute « qu'il y ait accord universel pour admettre que de telles mesures sont interdites *en toutes circonstances* » : la disposition appartient dès lors à la *lex ferenda*[644]. Le même gouvernement estime en outre « qu'il est souhaitable de limiter ainsi le recours aux contre-mesures », même si le mot « extrême » manque de précision. De son point de vue, ce problème pourrait être résolu par l'insistance sur la protection des « intérêts vitaux de la population de l'État auteur d'un fait illicite, par opposition aux intérêts vitaux de l'État lui-même » : les contre-mesures ne devraient pas, en particulier, avoir pour résultat « de priver la population d'un État de ses moyens de subsistance »[645]. Dans le même ordre d'idées, la Suisse se demande pourquoi l'interdiction de l'alinéa *b* n'est pas étendue à d'autres types de contrainte, comme « dans le domaine de l'environnement », et propose de supprimer les termes « économique ou politique »[646].

316. Peu de commentaires ont été livrés sur l'alinéa *c*. L'Irlande estime ici encore qu'il relève de la *lex ferenda*, dans la mesure où l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques et consulaires ne vaut pas « *en toutes circonstances* »; il est néanmoins clairement en faveur de cette disposition et souligne qu'

> [i]l existe d'autres mesures qui peuvent être prises licitement à la suite d'un fait internationalement illicite en ce qui concerne le personnel et les biens diplomatiques ou consulaires et qui ne seraient pas aussi nuisibles pour le fonctionnement du système juridique international, par exemple, la rupture des relations diplomatiques entre l'État lésé et l'État auteur du fait illicite[647].

De même, les États-Unis appuient « fermement » l'alinéa *c* mais ajoutent qu'il « ne doit pas être interprété comme interdisant les mesures fondées sur la réciprocité »[648].

317. L'alinéa *d* soulève un débat similaire à celui de l'alinéa *b*. Pour certains États, sa formulation, et notamment l'expression « droits de l'homme fondamentaux », n'est pas « clairement définie »[649], et est susceptible d'engendrer des difficultés dans la mesure où il y a peu de cas « dans lesquels il existe un consensus sur ce qui constitue des "droits de l'homme fondamentaux" »[650]. Le Royaume-Uni trouve cette rédaction « difficile à cerner et beaucoup trop générale », même si l'alinéa suscite « une certaine sympathie ». Soulignant que « la plupart des contre-mesures ne visent pas des individus et qu'un État y a recours à l'encontre d'un autre État », le Royaume-Uni se demande comment une contre-mesure au sens propre du terme pourrait être équivalente à un comportement qui déroge « à des droits fondamentaux de cette nature », voire aux « autres droits de l'homme généralement reconnus ». À son avis, l'alinéa *d* soulève des questions de droit matériel, ce qui confirme qu'il ne faut pas « chercher à réglementer les contre-mesures dans le détail » dans le projet d'articles[651]. L'Irlande, en revanche, « approuve […] l'idée maîtresse de la limitation » aux droits de l'homme fondamentaux. Comme d'autres pays, elle considère que l'expression « droits de l'homme fondamentaux » est « trop générale et imprécise », mais estime « possible de déterminer certains droits auxquels on ne saurait déroger », même en temps de guerre ou en cas d'urgence. L'Irlande indique à cet égard que les listes de droits auxquels il n'est pas possible de déroger, fournies dans plusieurs traités relatifs aux droits de l'homme, « se recoupent dans une large mesure »[652]. Se fondant notamment sur l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, elle propose d'incorporer dans l'article 50 du projet la liste que livre cette disposition. Par conséquent, elle recommande d'interdire expressément toute

> contre-mesure impliquant une dérogation à l'un quelconque des droits énoncés au paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que les contre-mesures qui ont un caractère discriminatoire pour l'un quelconque des motifs mentionnés au paragraphe 1 de l'article 4[653].

318. En ce qui concerne l'alinéa *e*, l'Irlande propose sa suppression. De son point de vue, « [s]i la notion de norme impérative du droit international général est largement acceptée, l'identification et la formulation de normes spécifiques ne recueille pas le même consensus »; dès lors, l'alinéa ne peut être suffisamment précisé[654]. Les États-Unis font aussi remarquer que « la teneur des normes impératives est difficile à déterminer en dehors des domaines du génocide, de l'esclavage et de la torture »[655]. La France demande également la suppression de cet alinéa, conformément à l'approche qu'elle retient actuellement du concept de *jus cogens*[656]. D'un autre côté, on a suggéré à la Commission d'« examiner les mesures adoptées au cours des dernières années contre des États

[640] Ibid., commentaires sur l'article 50 *b*, p. 161.

[641] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), commentaires sur l'article 50, p. 122.

[642] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires sur l'article 50 *b*; pour le Royaume-Uni, « il est difficile, de toute façon, de définir des mesures "extrêmes" ».

[643] Ibid.

[644] Ibid.

[645] Ibid.; voir aussi les commentaires de Singapour, qui mentionne « l'ironie » de la souffrance qu'une contre-mesure peut potentiellement causer à une population qui « souffre déjà d'un régime répressif » (ibid., commentaires sur le chapitre III, p. 154).

[646] Ibid., commentaires sur l'article 50 *b*, p. 162.

[647] Ibid., commentaires sur l'article 50 *c*.

[648] Ibid., commentaires sur l'article 50, par. 1, p. 160.

[649] Japon, qui recommande la suppression de la disposition si elle ne peut être clarifiée davantage [*Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), commentaires sur l'article 50, p. 122].

[650] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires des États-Unis sur l'article 50 *d*, p. 162

[651] Ibid., p. 163; le Royaume-Uni souligne également que certaines questions abordées dans le commentaire (comme le refus d'étendre les embargos « aux articles de première nécessité et aux fournitures à caractère humanitaire ») font actuellement l'objet de débats au sein du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale.

[652] Ibid., p. 162.

[653] Ibid., p. 163.

[654] Ibid., commentaires de l'Irlande sur l'article 50 *e*.

[655] Ibid.

[656] Ibid.

"parias" qui étaient coupables d'avoir violé les normes fondamentales du droit international »[657].

319. Enfin, la France, qui veut « souligner le caractère par essence conditionnel et provisoire des contre-mesures », propose d'ajouter au projet un article 50 *bis* relatif à la cessation des contre-mesures, qui se lirait comme suit :

> Les contre-mesures doivent prendre fin dès que les obligations violées sont exécutées et qu'une réparation intégrale est obtenue par l'État lésé[658].

3. Révision des dispositions sur les contre-mesures d'un État lésé

320. Dans ce contexte, on peut identifier les cinq questions fondamentales suivantes :

a) La définition des contre-mesures;

b) Les obligations qui ne sont pas soumises au régime des contre-mesures;

c) Les conditions du recours à des contre-mesures et de leur maintien;

d) La cessation des contre-mesures;

e) La formulation de l'article 30.

On se penchera sur ces questions chacune à leur tour.

a) *Définition des contre-mesures*

321. L'article 47, comme on l'a déjà noté, est une disposition hybride « définissant » les contre-mesures prises par un État lésé et affirmant la restriction selon laquelle les contre-mesures ne peuvent porter atteinte aux droits des États tiers[659]. Cet article a soulevé un nombre important de commentaires et de propositions de la part des gouvernements. Ces réactions témoignent d'un souci concernant le double caractère des projets d'articles sur les contre-mesures. Leur inclusion dans la deuxième partie (ou dans la deuxième partie *bis*) est justifiée parce que les contre-mesures sont des moyens – parfois le seul moyen – d'inciter un État responsable à s'acquitter de ses obligations de cessation et de réparation, et sont, dans cette mesure, permises par le droit international. Cependant, ces projets d'articles se concentrent sur la régulation des contre-mesures, ce qui correspond à la principale préoccupation des gouvernements – celle de l'abus possible des contre-mesures. L'inélégance de la « définition » des contre-mesures dans l'article 47 tient au fait que la Commission n'était pas préparée à devoir dire, de manière si détaillée, que les contre-mesures qui remplissent les conditions posées constituent des réponses licites (ou « légitimes ») à la violation d'une obligation internationale. Il est tout à fait normal de chercher à prévenir l'abus de contre-mesures, mais il ne peut s'agir là que d'un effet secondaire de leur inclusion dans cette partie, et non la raison d'être de celle-ci.

322. Paradoxalement, certaines préoccupations quant à l'étendue des contre-mesures permises et quant au caractère hybride de l'article 47 pourraient être résolues par une formulation plus directe. L'élément essentiel réside dans le fait que les contre-mesures, qui sont par définition des mesures qui, dans tout autre circonstance, constitueraient une violation des obligations de l'État lésé envers l'État responsable, ne sont légitimes ou permises que dans le cadre des relations entre ces deux États, c'est-à-dire de manière relative[660]. L'article 47 n'affirme cela – si même il l'affirme véritablement – que de manière implicite, et les références, dans le paragraphe 3 de l'article 47, aux violations des obligations envers des États tiers, et, dans l'article 50 *d*, aux violations des droits de l'homme, contribuent à obscurcir la question. Plutôt que de le présenter comme une définition, il vaudrait mieux formuler l'article 47 comme une affirmation de l'habilitation d'un État lésé à prendre des contre-mesures contre un État responsable dans le but et sous les conditions précisés par les articles concernés[661].

323. La conception des contre-mesures qui se trouve ainsi affirmée ne va cependant pas sans soulever d'autres problèmes. Deux d'entre eux doivent en particulier être mentionnés. Le premier concerne la relation entre le non-respect d'une obligation et la suspension de cette obligation. Le second a trait à la question du champ essentiel des contre-mesures : peuvent-elles, ainsi que l'article 47 semble l'impliquer, être étendues, ou devraient-elles être limitées d'une manière ou d'une autre – soit par référence aux contre-mesures « réciproques » (prises par rapport à une obligation identique ou similaire à la première), soit en mentionnant au moins l'existence d'un critère de réversibilité?

i) *Contre-mesures et suspension d'obligations, en particulier d'obligations conventionnelles*

324. Des difficultés se sont souvent manifestées en raison de la confusion qui est faite, de façon peut-être compréhensible, entre la prise de contre-mesures qui constitueraient, dans toute autre circonstance, une violation d'une obligation internationale, et la suspension d'une obligation. Les commentateurs ont insisté sur les contraintes significatives qui pèsent, dans le cadre de la Convention de Vienne de 1969, sur la suspension des traités, et se sont demandé comment celles-ci pourraient être contournées, au moins en apparence, par le recours aux contre-mesures[662]. Par implication, la prise de contre-

[657] A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 121, p. 20.

[658] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), proposition de nouvel article 50 *bis*., p. 163.

[659] Voir *supra* les paragraphes 271 à 275.

[660] Pour reprendre les termes de la Cour dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, une contre-mesure doit être « dirigée contre » l'État responsable [*C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 18), par. 83, p. 55].

[661] De la même manière, la question des effets sur des États tiers peut être traitée dans le contexte de l'article 50. La définition même des contre-mesures exclut les mesures dirigées contre des États tiers. Le problème est plutôt celui des *conséquences* des contre-mesures sur les États tiers (voir *infra* les paragraphes 347 et 348).

[662] Un traité ne peut ainsi être suspendu, en tout ou partie, qu'en raison d'une violation « substantielle », alors que la condition cardinale du recours aux contre-mesures est la proportionnalité, et non l'importance. Voir par exemple Greig, « Reciprocity, proportionality and the law of treaties », p. 395, qui traite de la suspension des traités comme d'une « forme de réparation » et avance l'argument selon lequel les limitations prévues par les articles 42, par. 2, et 60 de la Convention de Vienne de 1969 sont rendues « lettre morte » si l'on autorise des contre-mesures pour des violations non substantielles.

mesures est considérée comme un équivalent de la suspension d'une obligation. La CIJ semble avoir avalisé à cette position dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, lorsqu'elle a affirmé que :

> La Cour ne peut suivre la Hongrie lorsque celle-ci soutient qu'en suspendant puis en abandonnant en 1989 les travaux dont elle avait encore la charge à Nagymaros et à Dunakiliti, elle n'a pas pour autant suspendu l'application du traité de 1977 lui-même, puis rejeté ce traité. Le comportement de la Hongrie à l'époque ne peut être interprété que comme traduisant sa volonté de ne pas exécuter au moins certaines dispositions du traité et du protocole du 6 février 1989, telles que précisées dans le plan contractuel conjoint. L'effet du comportement de la Hongrie a été de rendre impossible la réalisation du système d'ouvrages que le traité qualifiait expressément d'« unique et indivisible »[663].

Il est clair que la Hongrie avait fait preuve de sa volonté de ne pas respecter certaines des dispositions du traité de 1989, par la suspension des travaux requis par le traité; il est clair également qu'une fois que les raisons données par la Hongrie pour justifier son action furent reconnues comme juridiquement insuffisantes, ce refus entraînait la responsabilité de la Hongrie pour la violation de ces mêmes dispositions. Il est possible aussi que ce que la Hongrie a cherché à faire, en 1989-1990 (bien qu'elle ne l'ait jamais affirmé dans ces termes), était, en réalité, de suspendre les parties du traité qu'elle désapprouvait. Mais il est clair qu'une différence juridique existe entre la suspension d'un traité et le refus, qu'il soit ou non justifié, de le respecter. La suspension d'un traité (ou de parties séparables d'un traité), si elle est juridiquement justifiée, place le traité dans une sorte de limbes : il cesse de constituer un cadre juridique applicable pour les parties aussi longtemps qu'il est suspendu et jusqu'à ce que soit entreprise une action pour le remettre en vigueur[664]. Par contraste, un comportement non conforme aux termes d'un traité en vigueur, s'il est justifié en tant que contre-mesure, n'a pas pour effet de suspendre le traité; le traité continue à s'appliquer et la partie prenant des contre-mesures doit continuer à justifier son non-respect par rapport aux critères permettant de prendre des contre-mesures (nécessité, proportionnalité, etc.), aussi longtemps que dure ce non-respect. Les contre-mesures ne sont pas plus un motif de suspension d'un traité que ne l'est la nécessité[665].

325. Il y a par conséquent une distinction claire entre l'action entreprise dans le cadre du droit des traités, tel qu'il est codifié par la Convention de Vienne de 1969, et le comportement qui soulève des questions de responsabilité des États, exclues de la Convention. Le droit des traités porte essentiellement sur le contenu de règles primaires et sur la validité des tentatives de les modifier. Le droit de la responsabilité admet l'existence des règles primaires (qu'elles soient fondées sur un traité ou d'une autre manière) et traite de la question de savoir si un comportement incompatible avec ces règles peut être excusé et, s'il ne le peut pas, quelles sont les conséquences d'un tel comportement. Ainsi, lorsque l'on traite des problèmes de suspension, il est cohérent d'appliquer les règles de la Convention sur les violations substantielles et la possibilité de séparer les dispositions d'un traité, et, lorsque l'on traite des contre-mesures, d'appliquer les règles proposées dans le projet d'articles concernant la proportionnalité, etc.

ii) *L'étendue des contre-mesures*

326. Selon l'article 47, les contre-mesures signifient « le fait pour l'État lésé de ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers l'État auteur d'un fait internationalement illicite ». Il est vrai que le projet d'articles limite ensuite les contre-mesures de diverses manières : *a*) par l'exigence que le recours à des contre-mesures soit « nécessaire » pour assurer le respect des obligations secondaires de cessation et de réparation; *b*) par l'imposition de certaines conditions matérielles et procédurales à la prise et la continuation de contre-mesures, en particulier la proportionnalité; et *c*) par l'exclusion totale de certaines mesures (notamment celles qui impliquent l'emploi de la force ou la violation des droits de l'homme fondamentaux). Malgré cela, l'article 47 propose une formulation des contre-mesures extrêmement large. Un État qui confisque la propriété d'un autre État, ou détruit son ambassade, ne s'acquitte pas « d'une ou plusieurs de ses obligations envers l'État auteur d'un fait internationalement illicite ». Il semble néanmoins difficile de justifier de telles mesures comme étant simplement des instruments pour assurer le respect des obligations secondaires de l'État visé.

327. Le recours à la notion de « mesures de réciprocité », initialement proposée par le Rapporteur spécial Riphagen, est une façon possible de limiter l'étendue des contre-mesures[666]. De telles contre-mesures impliquent la suspension de l'exécution d'obligations à l'égard de l'État responsable, « si lesdites obligations correspondent ou sont directement liées à l'obligation qui a été violée »[667].

328. La notion de contre-mesures réciproques a comme un attrait viscéral, lié à l'instinct de la vengeance – « œil pour œil, dent pour dent » –, et à l'idée qu'un État peut difficilement se plaindre, si, ayant fait quelque chose à un autre État, cette même chose lui est faite, ou la même obligation est violée à son égard. On peut cependant soulever des objections sérieuses contre le fait de considérer la notion de contre-mesures réciproques comme une condition limitative du recours aux contre-mesures[668]. Celles-ci peuvent être résumées brièvement. Premièrement, les contre-mesures réciproques exigent de manière évidente que l'État lésé ait la possibilité d'imposer les même mesures que celles prises par l'État responsable, ou des mesures similaires, et le fait qu'il en aille ainsi est surtout une question de hasard. Par exemple, l'État A peut ne pas être en mesure de confisquer les avoirs de l'État B sur son propre territoire (en réponse à la saisie

[663] *C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 18), par. 48, p. 39.

[664] Voir la Convention de Vienne de 1969, art. 72. La Convention ne dit pas comment un traité suspendu peut être remis en vigueur, c'est-à-dire s'il peut l'être par consentement des parties ou par un acte unilatéral de l'État qui l'a suspendu, et dans ce dernier cas, dans quelles circonstances. Cf. cependant art. 72, par. 2.

[665] Comme la Cour l'a affirmé (*C.I.J. Recueil 1997*, par. 101, p. 63).

[666] *Annuaire… 1985* (voir *supra* la note 117), p. 3; voir aussi *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 8), par. 325, 361 et 385.

[667] *Annuaire... 1985* (voir *supra* la note 117), art. 8, p. 11. Willem Riphagen admet aussi les « représailles », impliquant la suspension de l'exécution d'autres obligations qui ne sont pas connexes mais restent soumises à une condition de réciprocité [formulée de manière assez vague]; voir, ibid., art. 9, p. 11.

[668] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 47, par. 1, p. 67.

de ses avoirs par l'État B), si l'État B n'y dispose d'aucun avoir. Deuxièmement, la notion de contre-mesures réciproques suppose que les obligations internationales soient réciproques, ce qui n'est pas nécessairement vrai : ainsi, une obligation peut être unilatérale, ou un État A peut avoir déjà accompli de manière irrévocable ce qui était requis de lui. Troisièmement, les considérations d'ordre et d'humanité excluent de nombreuses mesures, que l'on soit ou non victime d'une action similaire : si un État A expulse arbitrairement de son territoire tous les ressortissants d'un État B, cela ne peut justifier le fait, pour l'État B, d'en faire autant. La notion de contre-mesures réciproques, entendue comme une limitation du droit de prendre des contre-mesures, donnerait la prime aux outrages de l'État responsable, dont l'État lésé n'était pas disposé à se rendre coupable.

329. Cette conclusion (à laquelle la Commission était parvenue lors de la première lecture), ne met cependant pas un terme au débat. Il est plus probable que les contre-mesures puissent satisfaire les conditions de nécessité et de proportionnalité si elles sont prises par rapport à la même obligation ou à une obligation similaire, comme par exemple dans l'*Accord relatif aux services aériens*[669]. Si un État outrepasse le contexte immédiat d'un différend, que celui-ci implique les services aériens ou les accès portuaires d'un autre État, et impose des mesures sans rapport dans un autre domaine, le différend risque d'être exacerbé plutôt que résolu. On peut avancer sur ce point une présomption en faveur des contre-mesures réciproques – que l'on pourrait exprimer, par exemple, par une disposition prévoyant que, dans le cas où des contre-mesures réciproques sont raisonnablement envisageables, tout mesure prise eu égard à des obligations n'ayant aucun rapport serait présumée disproportionnée. Il y aurait cependant des difficultés à estimer à quoi correspond, dans ce cas, ce qui est « envisageable de manière raisonnable » et, tout bien considéré, le Rapporteur spécial estime que le lien entre la réciprocité et la proportionnalité peut être suffisamment explicité dans le commentaire.

330. Cela laisse ouverte la question de savoir si une restriction supplémentaire doit ou non être imposée à l'étendue des contre-mesures, même si celles-ci ne sont pas en définitive strictement réciproques. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ a estimé qu'une contre-mesure devait être « réversible ». Après avoir conclu que « le détournement du Danube effectué par la Tchécoslovaquie n'était pas une contre-mesure licite, faute d'être proportionnée », la Cour affirma n'avoir pas à statuer sur une autre condition dont dépend la licéité d'une contre-mesure, à savoir que celle-ci doit avoir pour but d'inciter l'État auteur du fait illicite à exécuter les obligations qui lui incombent en droit international, et que la mesure doit partant être réversible[670].

Le problème qui se pose alors tient au fait que, si une mesure peut être réversible (on peut débloquer les avoirs gelés, l'aviation civile peut reprendre son activité), ses effets pendant le temps où elle a été exécutée seront rarement complètement réversibles, des pertes ayant été subies par voie de conséquence, par l'État visé et par des tierces parties. Par exemple, la compagnie aérienne qui a subi la suspension d'un accord de services aériens aura perdu des revenus (il se peut même qu'elle soit conduite à la presque insolvabilité ou à une véritable liquidation). Il n'a pourtant jamais été suggéré d'exiger d'un État ayant pris avec succès des contre-mesures, qu'il indemnise tout ceux qui ont pu souffrir de pertes dues à ces mesures – et exiger cela empêcherait effectivement le recours aux contre-mesures dans de nombreux cas[671].

331. La notion de réversibilité garde néanmoins sa pertinence. Ce qui importe à propos des contre-mesures, c'est qu'elles sont instrumentales; elles sont prises dans le but d'atteindre un résultat précis (le respect par l'État visé de ses obligations internationales de cessation et de réparation) et elles ne sont justifiées que pour autant qu'elles continuent à être nécessaires à cette fin. Un dommage irrémédiable, infligé à l'État visé qui a violé une obligation internationale de l'État prenant les contre-mesures, équivaudrait à une punition ou à une sanction pour non-respect de cette obligation, et non à une contre-mesure telle que celle-ci est conçue dans le projet d'articles. Ce qui est difficile, c'est précisément de faire comprendre cette idée. Plutôt que d'utiliser l'expression « réversibilité », il paraît suffisant à cet effet que le paragraphe 2 de l'article 47 définisse les contre-mesures comme une comportement impliquant la suspension de l'exécution d'une obligation envers l'État visé[672]. Ceci impliquera clairement que la contre-mesure ne saurait être telle qu'elle empêche le retour à l'exécution de l'obligation, et les commentaires pourront expliciter cette exigence de manière plus détaillée.

iii) *Autres aspects de l'article 47*

332. Les autres aspects de la rédaction de l'article 47 portent moins à controverse. Il est évident que la prise de contre-mesures est soumise aux conditions et restrictions décrites dans les articles suivants. Cela doit sans nul doute être précisé mais ne requiert pas un paragraphe distinct. Il est clair, également, que selon le projet d'articles, les contre-mesures ont un but instrumental, et non punitif. Elles ne peuvent être prises que pour inciter l'État responsable à s'acquitter de ses obligations de cessation et de réparation. De même, il est nécessaire, avant que des contre-mesures soient prises, que l'État lésé ait sommé l'État responsable de s'exécuter, et que celui-ci ait manqué ou refusé de le faire[673]. La nécessité justifiant les contre-mesures se présente non pas en raison de la violation en tant que telle, mais en raison du non-respect des obligations qui s'ensuivent. Pour que ce manquement puisse être établi, il faut évidemment que l'État responsable ait été d'abord sommé de s'exécuter.

---

[669] *Recueil des sentences arbitrales* (voir *supra* la note 604), p. 483 et suiv.

[670] *C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 18), par. 87, p. 57.

[671] Il y a bien sûr une distinction entre ceux dont les droits vis-à-vis de l'État lésé sont atteints par une contre-mesure, et ceux qui sont indirectement affectés par une telle mesure. Un embargo commercial contre un État B peut très bien affecter le commerce de tierces parties avec l'État B ou sur le territoire de ce dernier; mais cela est bien différent d'un embargo commercial dirigé directement contre ces tierces parties elles-mêmes.

[672] Dans cette perspective, le Rapporteur spécial propose de revenir à la formulation proposée par M. Riphagen dans son sixième Rapport [*Annuaire… 1985* (voir *supra* la note 117), p. 11 et 12].

[673] Comme la Cour l'a souligné dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 18), par. 84, p. 56, en affirmant que : « l'État lésé doit avoir invité l'État auteur du fait illicite à mettre fin à son comportement illicite ou à en fournir réparation ».

333. Le Rapporteur spécial propose ci-dessous une version de l'article 47 conforme à ces conclusions[674].

b) *Obligations non soumises au régime des contre-mesures*

334. Tel qu'il est actuellement rédigé, l'article 50 (sur les contre-mesures interdites) combine un certain nombre d'interdictions assez différentes les unes des autres[675]. Quelques alinéas ont pour but d'exclure de manière générale certaines formes de contre-mesures [alinéas *a*, *c* et *e*]. L'un au moins des alinéas [l'alinéa *b*] porte sur l'effet des contre-mesures et prévoit qu'elles ne peuvent impliquer certaines formes de « contrainte […] extrêmes ». Un autre alinéa (l'alinéa *d*), qui exclut les dérogations aux « droits de l'homme fondamentaux »), est inspiré par certaines interdictions de représailles bien établies dans le domaine du droit international humanitaire, mais soulève aussi une autre question, celle de savoir si le problème de l'effet des contre-mesures portant atteinte indirectement aux droits de l'homme fondamentaux ne devrait pas être traité. Il semble préférable et plus clair, cependant, de distinguer entre les obligations qui ne peuvent être suspendues au titre des contre-mesures et celles qui doivent être respectées lorsque des contre-mesures sont prises – en d'autres termes, entre l'objet des contre-mesures et leur effet. L'article 50 peut être divisé de manière utile en deux parties : un article qui traite de la première question (en relation avec l'article 47), et un autre qui traite de la seconde.

i) *Contre-mesures impliquant l'emploi de la force*

335. Lorsque l'on se penche sur la question des contre-mesures, l'exclusion qui se présente en premier et qui est la moins sujette à controverse, est celle des contre-mesures impliquant l'emploi de la force (article 50 *a* actuel). Les règles relatives à l'usage de la force par les États dans leurs relations internationales sont des règles primaires qui sont contenues, ou auxquelles il est fait référence, dans la Charte, ainsi que, peut-être, certaines autres règles reposant sur la pratique internationale généralement acceptée. Dans la mesure où ces règles sont contenues dans la Charte, l'article 103 leur confère une primauté effective; de toute façon, on s'accorde généralement à penser que s'il y a des règles de droit international qui ont le rang de normes impératives, ce sont bien celles-ci. En termes de distinction entre obligations primaires et secondaires, ces règles sont primaires. Ce n'est pas la fonction du projet d'articles que de les soumettre à conditions ou d'étendre leur domaine par le développement de règles secondaires, quand bien même cela serait possible[676]. Il n'y a, en tous les cas, aucun fondement en droit international contemporain pour des contre-mesures impliquant l'emploi de la force tel qu'il est interdit par la Charte.

336. La seule question est alors celle de la formulation de l'alinéa *a*. La France propose une nouvelle rédaction fondée sur l'article 52 de la Convention de Vienne de 1969[677]. C'est là une amélioration, mais des ajustements supplémentaires sont nécessaires pour tenir compte de la conception suggérée de l'article 50, selon laquelle celui-ci doit exclure a priori certaines obligations du recours possible à des contre-mesures. En conséquence, l'article 50 *a* devrait exclure du régime des contre-mesures « les obligations relatives à la menace ou à l'emploi de la force prévues dans la Charte des Nations Unies ».

ii) *Obligations minimales nécessaires pour maintenir l'inviolabilité diplomatique et consulaire*

337. Une deuxième exclusion, contenue dans l'alinéa *c*, porte sur le « comportement qui porte atteinte à l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires ». À la différence de l'alinéa *a*, elle répond à une préoccupation fonctionnelle. Ce n'est pas que l'inviolabilité diplomatique et consulaire soit une norme impérative et non susceptible de dérogations. Le but de l'alinéa *c* est plutôt de chercher à maintenir un niveau minimal de communication diplomatique entre deux États, à un moment où, par définition, les relations qu'ils entretiennent sont probablement tendues. Cette exclusion cherche aussi à éviter la situation dans laquelle le personnel et les locaux diplomatiques deviennent de fait des otages potentiels, des cibles permanentes pour des contre-mesures. Dans ce contexte, les remarques faites par la CIJ dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* sont significatives. La Cour nota que même les activités prétendument criminelles des États-Unis contre l'Iran n'auraient pas justifié des atteintes à l'inviolabilité diplomatique et consulaire : « le droit diplomatique lui-même fournit les moyens de défense nécessaires ainsi que des sanctions contre les activités illicites de membres de missions diplomatiques ou consulaires »[678]. La Cour poursuivit en présentant les règles du droit diplomatique comme « un régime se suffisant à lui-même » et en soulignant que « le principe de l'inviolabilité des personnes des agents diplomatiques et des locaux des missions diplomatiques est l'un des fondements mêmes de ce régime établi de longue date »[679]. Évidemment, la Cour n'a pas considéré qu'une violation d'une autre obligation internationale pourrait constituer une justification ou une excuse pour une atteinte à l'inviolabilité.

338. On peut noter qu'aucun gouvernement n'a proposé de supprimer le paragraphe *c*[680]. Il est vrai que, comme un gouvernement l'a exprimé dans son commentaire, une telle inviolabilité ne peut pas exister « en toutes circonstances »[681]. Il faudrait cependant expliquer dans le commentaire que ce qui est préservé, c'est précisément l'obligation de respecter l'inviolabilité telle qu'elle existe entre deux États conformément aux règles applicables du droit international. Bien entendu, cette obligation est, dans le

[674] Voir *infra* le paragraphe 367.

[675] Pour le texte et les commentaires sur l'article 50, voir *supra* les paragraphes 311 à 319.

[676] Ceci vaut aussi pour les règles portant sur les représailles de belligérance – dans la mesure où elles sont encore reconnues en droit international –, qui sont des règles primaires relatives au comportement permis dans un conflit armé et non des règles secondaires sur la responsabilité.

[677] Voir *supra* le paragraphe 314.

[678] *C.I.J. Recueil 1980*, par. 83, p. 40, faisant référence, entre autres, à l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

[679] Ibid., par. 86, p. 40.

[680] Voir *supra* le paragraphe 316.

[681] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires de l'Irlande, p. 162.

cadre défini par ces règles, entièrement sans préjudice des autres droits de l'État d'accueil (par exemple celui de mettre un terme à la mission, de déclarer le personnel *persona non grata*, d'imposer des restrictions réciproques à liberté de mouvement, etc.). Un autre gouvernement, au moins implicitement, a soulevé la question de savoir si l'inviolabilité des locaux et des personnels diplomatiques et consulaires pouvait être soumise à des contre-mesures réciproques : en d'autres termes, il s'agissait de savoir si la saisie, par un État B, des locaux ou du personnel diplomatique de l'État A pouvait justifier le fait, pour l'État A, de détenir également le personnel ou les locaux de l'État B[682]. Il ne semble pas exister cependant d'exemples contemporains où des atteintes à l'inviolabilité diplomatique ou consulaire (à la différence d'autres privilèges) aient été justifiées à titre de contre-mesures, et – nonobstant la formulation catégorique retenue par la Cour, dans le passage déjà cité – il ne paraît pas souhaitable d'instituer un tel système aux fins exclusives de l'alinéa *c*. Ce paragraphe devrait être maintenu tel qu'il est.

iii) *Obligations dans le domaine du règlement des différends*

339. Une autre nécessité fonctionnelle dans les périodes de conflit entre États consiste à maintenir en vigueur toutes les dispositions existant en matière de règlement des différends. Comme la Cour l'a souligné dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, en faisant référence à un traité bilatéral d'amitié, « aucune violation du traité commise par l'une ou l'autre des parties ne saurait avoir pour effet d'empêcher cette partie d'invoquer les dispositions du traité relatives au règlement pacifique des différends »[683]. Quoique cette question ne soit pas abordée dans l'article 50, elle est implicite dans le paragraphe 2 de l'article 48, qui exige de l'État lésé qu'il s'acquitte de « toute […] procédure de règlement obligatoire des différends » en vigueur entre lui-même et l'État visé. Il est néanmoins souhaitable de dire explicitement dans l'article 50 qu'une obligation se rapportant au règlement des différends ne peut être suspendue à titre de contre-mesure.

iv) *Obligations relatives aux droits de l'homme et au droit humanitaire*

340. Le paragraphe *d* exclut du champ des contre-mesures « tout comportement qui déroge aux droits de l'homme fondamentaux ». Comme l'a noté un gouvernement[684], cela soulève une difficulté, puisque les obligations relatives aux droits de l'homme ne sont pas, au moins en première instance, dues à des États particuliers, et il est par conséquent difficile de concevoir comment des obligations relatives aux droits de l'homme pourraient elles-mêmes faire l'objet de contre-mesures légitimes. Il est bien sûr possible que l'État A, en prenant des contre-mesures contre l'État B (par exemple en procédant au gel des avoirs de l'État B sur son territoire), viole les droits d'une personne donnée, que celle-ci soit ou non ressortissante de l'État B. Il est cependant évident d'après la rédaction proposée pour l'article 47 que le caractère licite ou légitime du comportement adopté à l'égard de l'État B n'implique pas qu'il soit licite envers des tierces parties, notamment des individus. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas la mesure elle-même qui serait interdite dans un tel cas, mais simplement ses effets sur une tierce partie[685]. Une réserve sur les droits de l'homme « fondamentaux » peut être nécessaire dans l'article 48, qui traite des conditions du recours à des contre-mesures, mais elle n'a pas sa place dans l'article 50.

341. Il se peut cependant qu'il y ait besoin de refléter dans l'article 50 l'interdiction essentielle des représailles contre les individus, qui existe en droit international humanitaire. En vertu de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés dans les armées en campagne et des Conventions de Genève du 12 août 1949, ainsi que du Protocole additionnel I, les représailles sont notamment interdites contre certaines catégories déterminées de personnes protégées, et ces interdictions sont très largement acceptées[686]. Il est clair que, lorsque des règles applicables du droit international général ou des traités multilatéraux interdisent un certain comportement à titre de représailles, les obligations correspondantes ne peuvent en aucun cas être suspendues, notamment par le biais de contre-mesures, réciproques ou autres[687]. Une disposition, modelée sur l'article 60, paragraphe 5, de la Convention de Vienne de 1969, a bien sa place dans le projet d'articles. La question plus large des contre-mesures dont l'effet est de porter atteinte aux droits de l'homme fondamentaux sera abordée plus loin[688].

v) *Obligations relevant d'autres normes impératives*

342. Enfin, l'alinéa *e* interdit, à titre de contre-mesures, « tout autre comportement contrevenant à une norme

[682] Voir *supra* le paragraphe 316, pour le commentaire des États-Unis à cet effet; pour la discussion des contre-mesures réciproques, voir les paragraphes 327 à 329.

[683] *C.I.J. Recueil 1980* (voir *supra* la note 65), par. 53, p. 28. Il y a là une contrepartie, dans le domaine des contre-mesures, au principe de l'autonomie des clauses d'arbitrage. Voir, par exemple, la Convention de Vienne de 1969, art. 65, par. 4, et Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, chap. Ier.

[684] Voir *supra* le paragraphe 317.

[685] Comme le Tribunal l'a souligné dans l'affaire *Cysne*, « *[l]es représailles ne sont admissibles que contre l'État provocateur.* Il se peut, il est vrai, que des représailles légitimes, exercées contre un État offenseur, atteignent des ressortissants d'un État innocent. Mais il s'agira là d'une conséquence indirecte, involontaire, que l'État offensé s'efforcera, en pratique, toujours d'éviter ou de limiter autant que possible », *Recueil des sentences arbitrales, Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre* (voir *supra* la note 16), p. 1057.

[686] Voir Partsch, « Reprisals », p. 203 et 204; et Oeter, « Methods and means of combat », p. 204 à 207, avec références aux dispositions pertinentes.

[687] Voir l'article 60, par. 5, de la Convention de Vienne de 1969, qui interdit à un État de répondre à une violation matérielle en suspendant ou en mettant un terme aux dispositions « relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités ». Le paragraphe 5 fut ajouté à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités suite à un vote de 87 voix contre 0 et 9 abstentions [*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités,* deuxième session, Vienne, 9 avril – 22 mai 1969, *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.6), 21e séance plénière, par. 68, p. 123]. Il est répété sans modification dans la Convention de Vienne de 1986, article 60, par. 5.

[688] Voir *infra* les paragraphes 349 à 351.

impérative du droit international général ». Il est évident qu'une norme impérative, qui n'est pas susceptible de dérogations entre deux États, fût-ce par le moyen d'un traité, ne peut donner lieu à dérogation par le biais d'une action unilatérale prenant la forme de contre-mesures. Un certain nombre de gouvernements, néanmoins, ont exprimé leur préoccupation à ce sujet, soit en raison de leur position générale à l'égard des normes impératives, soit du fait du manque de précision de cette catégorie[689]. La véritable difficulté, cependant, consiste à identifier les normes impératives existantes dont l'application n'est pas déjà exclue, soit par la conception des contre-mesures elle-même, soit par d'autres exclusions spécifiques. Par exemple, des questions comme l'interdiction du génocide, de l'esclavage et de la torture sont évidemment exclues (à la fois par la conception fondamentale des contre-mesures contre un État et par l'équivalent proposé à l'article 50 *d* qui traite des droits de l'homme fondamentaux)[690]. Les contre-mesures impliquant l'usage de la force sont exclues par l'alinéa *a*, sur le fondement du fait que les règles relatives à l'emploi de la force dans les relations internationales (largement reconnues comme n'étant pas susceptibles de dérogations) régissent la question[691]. Il est ainsi possible de proposer la suppression de l'alinéa *e*, au motif qu'il est inutile. D'un autre côté, de nouvelles normes impératives peuvent être reconnues, et si la communauté internationale dans son ensemble vient à considérer une règle particulière comme n'étant susceptible d'aucune dérogation, quelles que soient les circonstances, il devrait s'ensuivre que les contre-mesures dérogeant à cette règle soient interdites. Pour cette raison, l'alinéa *e* doit être conservé.

343. Il existe en réalité des raisons d'élargir l'alinéa *e* à d'autres règles de droit international en vigueur entre l'État lésé et l'État visé, dont il est admis qu'elles ne sont pas susceptibles de dérogations, qu'elles soient considérées ou non comme impératives en droit international général. D'un autre côté, l'exemple type de norme non susceptible de dérogation apparaît dans le domaine des conventions régionales sur les droits de l'homme, et les problèmes de l'effet des contre-mesures sur les droits de l'homme sont traités par d'autres biais. En outre, l'absence d'une clause dérogatoire dans un traité multilatéral ne signifie pas que des dérogations peuvent être faites librement; elles ne peuvent l'être en réalité qu'en présence d'une telle clause. Un traité bilatéral ou multilatéral peut bien sûr écarter la possibilité que des contre-mesures soient prises, s'il se trouve violé ou du fait de son champ d'application. C'est par exemple le cas des traités sur l'Union européenne, qui ont leur propre système de mise en œuvre[692]. L'OMC prévoit qu'une permission spéciale doit être obtenue pour prendre des mesures de rétorsion, et cela exclurait tout droit résiduel de recourir à des contre-mesures en vertu du droit international général en cas de violations des accords de l'OMC ou d'accords connexes[693]. Dans la mesure où les clauses dérogatoires et les autres dispositions conventionnelles (par exemple celles qui interdisent les réserves) sont interprétées de manière adéquate comme indiquant que les dispositions du traité sont « intransgressibles », elles peuvent impliquer une exclusion des contre-mesures[694]. Le même résultat peut cependant être obtenu par l'opération de la *lex specialis* (art. 37 actuel) et il est suffisant de mentionner cette possibilité dans le commentaire de l'article 50.

c) *Conditions de recours à des contre-mesures et de leur maintien*

344. Tel qu'adopté en première lecture, l'article 48 traite exclusivement des conditions procédurales du recours à des contre-mesures et de leur maintien[695]. Pour les raisons déjà exposées, il est nécessaire d'examiner sous la présente rubrique à la fois les questions de procédure et les questions de fond.

i) *Conditions de fond*

345. Quatre questions doivent être examinées : la proportionnalité, l'effet sur les droits des États tiers, l'effet sur les droits de l'homme et les situations de « contrainte extrême ». Elles faisaient respectivement l'objet des articles 49, 47, paragraphe 3, 50 *d* et 50 *b* adoptés en première lecture.

a. Proportionnalité

346. Nul ne doute que la proportionnalité soit une contrainte majeure dans la prise de contre-mesures, et le maintien d'un article distinct en traitant fait l'objet d'un large appui[696]. Le problème est plutôt de savoir comment formuler un tel article. Il est clair qu'il faut tenir compte à la fois du degré de gravité de la violation et de ses effets sur la victime (qui, toutefois, peut être ou ne pas être un État). Un certain nombre de gouvernements ont, quant à eux, proposé que la condition de proportionnalité soit formulée plus rigoureusement, et ceci donne à penser que la formulation actuelle, doublement négative – [les contre-mesures] « ne doivent pas être hors de proportion » – doit être revue. Dans d'autres domaines du droit où la proportionnalité intervient, il est normal d'énoncer cette condition en termes positifs, même si, dans ces domaines également, ce qui est proportionnel ne peut être déterminé avec précision[697]. La CIJ a agi de la sorte dans l'affaire relative

[689] Voir *supra* le paragraphe 318.

[690] Voir *infra* les paragraphes 349 à 351.

[691] Voir *supra* le paragraphe 335.

[692] Sur l'exclusion des contre-mesures unilatérales dans le droit européen, voir, par exemple, les affaires jointes 90 et 91/63 (*Commission c. Luxembourg et Belgique*, 1964, *Rec.*, p. 631); l'affaire 52/75 (*Commission c. Italie*, 1976, *Rec.*, p. 284); l'affaire 232/78 (*Commission c. France*, 1979, *Rec.*, p. 2792).

[693] Voir l'article 3, par. 7, du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (voir *supra* la note 319), et pour un exemple d'une telle autorisation, voir OMC, Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22.6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends – Décision des arbitres (WT/DS27/ARB, 9 avril 1999).

[694] Pour utiliser le synonyme adopté par la Cour dans son avis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 607), par. 79, p. 257.

[695] Voir *supra* les paragraphes 298 à 305.

[696] Voir *supra* le résumé des commentaires des gouvernements, par. 308 et 309.

[697] C'est pour cette raison que dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*, le tribunal arbitral a adopté la formulation négative (voir *supra* la note 604). Mais il était bien entendu confronté à une contre-mesure réciproque, prise dans le même domaine, celui

au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, lorsqu'elle a déclaré que les contre-mesures « doivent être proportionnées aux dommages subis compte tenu des droits en cause »[698]. Cette formulation positive semble nettement préférable. La question est de savoir s'il est aussi utile d'introduire dans l'article 49 la notion d'objet, c'est-à-dire d'exiger que la proportionnalité des contre-mesures soit évaluée en se demandant si elles sont « calculées pour qu'elles incitent l'État fautif à honorer ses obligations de droit international »[699]. Il s'agit bien d'une condition, mais c'est un aspect du critère de la nécessité énoncé à l'article 47. La proportionnalité est sans aucun doute liée à la nécessité, en ce qu'on peut très bien considérer qu'une mesure manifestement disproportionnée n'était pas non plus nécessaire. Mais elle constitue une limitation même pour les mesures qui sont nécessaires au sens où, si elles ne sont pas prises, il est peu probable que l'État qu'elles visent exécute ses obligations. Dans tous les cas, une contre-mesure doit être proportionnée au préjudice subi, et cette exigence a une fonction en partie indépendante de la question de savoir si la contre-mesure était nécessaire pour parvenir à un résultat défini. C'est pourquoi le Rapporteur spécial propose que les contre-mesures soient « proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et de ses effets » sur la partie lésée.

b. Effets sur des États tiers

347. Le paragraphe 3 de l'article 47 indique clairement que des contre-mesures ne justifient une violation du droit international qu'à l'encontre de l'État responsable. En fait, ceci découle de l'effet relatif et conditionnel des contre-mesures, déjà souligné au paragraphe 1 de l'article 47; ceci devrait aussi découler de l'inclusion des contre-mesures parmi les circonstances excluant l'illicéité à l'article 30 de la première partie. Les gouvernements n'ont pas émis de doutes sur ce point, bien que certains aient contesté que le paragraphe 3 de l'article 47 soit à sa place, et qu'un au moins ait estimé qu'il devait être formulé plus largement[700]. Le Rapporteur spécial, pour sa part, doute qu'une disposition distincte soit nécessaire : puisqu'il est déjà clair que les contre-mesures ne permettent à l'État lésé (ou, peut-être, un autre ou plusieurs autres États agissant pour le compte de celui-ci) de suspendre l'exécution d'une obligation qu'à l'égard de l'État responsable, il n'y a à proprement parler nul besoin d'envisager la situation des États tiers. Par définition, leurs droits (c'est-à-dire l'exécution par l'État lésé des obligations dont il est débiteur à leur égard) ne sont pas affectés. Ceci ne signifie pas que des États tiers ne peuvent pas être affectés par les conséquences des contre-mesures. Des contre-mesures (par exemple sous la forme d'une interruption des relations commerciales, à supposer qu'une telle interruption constitue une violation du droit international vis-à-vis de l'État qui est visé)[701] peuvent avoir des effets ou des conséquences indirects pour des États tiers, mais ceci est un autre problème. De fait, on peut arguer qu'une limitation distincte en ce qui concerne les droits des États tiers est non seulement inutile mais aussi indésirable, puisqu'elle donne, *a contrario*, l'impression que les contre-mesures opèrent objectivement, c'est-à-dire à l'encontre de tout le monde – ce qui n'est pas le cas[702].

348. L'effet relatif et limité des contre-mesures, qui n'exclut l'illicéité que vis-à-vis de l'État responsable, devrait être clairement indiqué à l'article 30 et au paragraphe 1 de l'article 47. S'il l'est, le problème de savoir si des contre-mesures justifient des manquements à des obligations envers des États tiers ne peut à strictement parler se poser. Toutefois, la proposition de l'Irlande[703] en faveur d'une disposition plus large qui protège la position des tierces parties n'est pas sans mérite; une telle disposition préciserait en même temps que les contre-mesures ne peuvent justifier des manquements à des obligations envers des États tiers.

c. Effets sur les droits de l'homme

349. La situation en ce qui concerne les droits de l'homme est d'un certain point de vue la même qu'en ce qui concerne les droits des États tiers. À l'évidence, les obligations en matière de droits de l'homme ne sont pas dues aux États en qualité de premiers bénéficiaires, même si ceux-ci sont habilités à invoquer ces obligations et à veiller à leur respect. En outre, les obligations en matière de droits de l'homme ont leur propre régime de conditions et de dérogations, un régime qui tient compte de considérations telles que les situations d'urgence. Il est donc évident que les obligations en matière de droits de l'homme (qu'on les qualifie ou non de « fondamentaux » ou « essentiels ») ne peuvent elles-mêmes faire l'objet de contre-mesures ou, en d'autres termes, que les obligations relatives aux droits de l'homme ne peuvent être suspendues à titre de contre-mesures et qu'un comportement incompatible avec ces obligations n'est ni justifiable ni excusable, excepté dans la mesure où le régime des droits de l'homme applicable le prévoit lui-même. Le vrai

des services aériens, que la mesure restrictive française à laquelle elle constituait une réaction. Le Rapporteur spécial Riphagen n'a pas expressément appliqué le critère de la proportionnalité aux contre-mesures réciproques, même s'il a bien fait observer que « la "proportionnalité" et la "sauvegarde des droits" sont des éléments inhérents aux mesures de réciprocité » [*Annuaire... 1985* (voir *supra* la note 117), commentaire de l'article 8, par. 2, p. 11]. Il a adopté un critère « manifestement disproportionné » pour les contre-mesures non réciproques ou représailles, selon la terminologie qu'il employait (ibid., art. 9, par. 2).

[698] *C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 18), par. 85, p. 56.

[699] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), commentaires des États-Unis sur l'article 49, p. 159. Voir aussi *supra* le paragraphe 306.

[700] Voir *supra* les paragraphes 296 et 297.

[701] Voir *supra* le paragraphe 322. Sur la mesure dans laquelle les boycotts économiques peuvent violer le droit international, voir, par exemple, Neff, « Boycott and the law of nations: economic warfare and modern international law in historical perspective ».

[702] Il est utile de comparer les contre-mesures aux mesures prises dans l'exercice des droits de belligérance. Il existe un corpus complexe de règles concernant la position des tiers dans un conflit armé; ils peuvent, par exemple, voir des droits de poursuite et de saisie être exercés à leur encontre en haute mer et leurs nationaux, même s'ils ne peuvent être visés comme tels, peuvent être victimes d'armes véritablement dirigées contre un belligérant. Voir, par exemple, International Institute of Humanitarian Law, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*; Schindler, « Transformations in the law of neutrality since 1945 »; et Bothe, « Neutrality in naval warfare: what is left of traditional international law ? ». Il ne semble pas y avoir d'équivalent spécifique à cet ensemble de règles dans le domaine des contre-mesures, car le recours à des contre-mesures n'a jamais donné naissance en droit international à un « statut » équivalant au statut de belligérant.

[703] Voir *supra* le paragraphe 297.

problème est différent. Il concerne le cas où des mesures prises contre un État ont par voie de conséquence des effets sur des individus, voire sur la population de l'État en tant que telle.

350. Ce problème a le plus souvent été examiné eu égard à l'impact des sanctions du Conseil de sécurité sur les populations civiles et spécialement les enfants, un sujet qui ne relève pas du projet d'articles. On peut toutefois noter que l'observation générale n° 8 (1997) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'applique tout autant aux sanctions prises par des États ou des groupes d'États au titre de contre-mesures qu'à celles imposées par le Conseil de sécurité. Cette observation générale souligne que « ces sanctions devraient toujours tenir pleinement compte, en toute circonstance, des dispositions du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels »[704], et poursuit :

> En examinant la question des sanctions, il est essentiel de faire une distinction entre leur objectif premier, qui est d'exercer une pression politique et économique sur l'élite dirigeante du pays visé pour l'amener à se conformer au droit international, et leurs effets indirects, à savoir les souffrances infligées aux groupes les plus vulnérables de ce pays[705].

On peut tirer des analogies d'autres éléments du droit international général. Par exemple, le paragraphe 1 de l'article 54 du Protocole I de 1977 additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 stipule inconditionnellement : « Il est interdit d'utiliser contre les civils la famine comme méthode de guerre ». La dernière phrase du paragraphe 2 de l'article premier commun aux deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme est ainsi libellée : « En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance » : cette disposition est à l'origine du paragraphe 3 de l'article 42 du projet d'articles adopté en première lecture[706].

351. Ainsi, toute une série de préoccupations ont été exprimées en ce qui concerne l'impact des contre-mesures sur les droits de l'homme, et il semble nécessaire de donner des éclaircissements, un peu comme le fait l'alinéa *d* de l'actuel article 50. Pour éviter de donner l'impression que les obligations en matière de droits de l'homme peuvent être suspendues en tant que telles par le biais de contre-mesures, la disposition proposée pour protéger les tiers en général devrait mentionner expressément les droits de l'homme des personnes affectées[707]. Bien que certains gouvernements se soient demandé ce que l'on entend exactement par droits de l'homme « essentiels » ou « fondamentaux »[708], le projet d'articles ne peut trancher cette question dans un sens ou dans un autre. Elle ne peut l'être qu'en tenant compte des obligations relatives aux droits de l'homme que le droit conventionnel et le droit international général mettent à la charge de l'État qui agit.

[704] Nations Unies, Conseil économique et social, *Relation entre les sanctions économiques et le respect des droits économiques, sociaux et culturels*, doc. E/C.12/1997/8, 12 décembre 1997, par. 1.

[705] Ibid., par. 4.

[706] Voir *supra* les paragraphes 38 à 42.

[707] Pour la disposition proposée, voir *infra* le paragraphe 367.

[708] Voir *supra* le paragraphe 317.

d. Situations de « contrainte extrême »

352. Enfin, il convient de mentionner l'alinéa *b* de l'article 50 qui interdit de recourir, à titre de contre-mesures, à « des 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 ». Cet alinéa *b* a suscité des controverses, donnant lieu de la part des gouvernements à des commentaires très divers, y compris des propositions tendant à ce qu'il soit supprimé ou radicalement modifié[709]. Le problème est que, d'une part, nombreux sont ceux qui craignent que les contre-mesures ne donnent lieu à des abus et que, d'autre part, l'essence même des contre-mesures est d'être des mesures de contrainte : il s'agit par définition de mesures prises pour inciter un État à s'acquitter de ses obligations internationales, des mesures autrement illicites mais qui sont nécessaires à cette fin. Ainsi, à l'interdiction de la « contrainte extrême » on peut objecter que : 1) la référence à la contrainte « extrême » ne peut signifier qu'une contrainte qui est efficace pour atteindre l'objectif autorisé; 2) ce qui est « extrême » ne peut être défini; 3) conformément à la condition de proportionnalité renforcée, des mesures « extrêmes » ne peuvent légitimement qu'être des réactions à des mesures extrêmes et illicites de la part de l'État responsable. La référence dans l'alinéa *b* à des mesures « visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique » de l'État qui en est la cible soulève des questions analogues. On pourrait arguer qu'une mesure ne peut licitement « viser » à porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un État parce que, premièrement, le recours à la force est exclu en tant que contre-mesure, et que, deuxièmement, l'intégrité territoriale d'un État ne peut en tant que telle faire l'objet de contre-mesures; comme la souveraineté territoriale, l'intégrité territoriale est un attribut permanent de l'État et ne peut faire l'objet de mesures de suspension. Quant à l'indépendance politique, si par porter atteinte à l'indépendance politique d'un État on entend exiger de cet État qu'il fasse quelque chose qu'il refuse de faire – par exemple qu'il exécute ses obligations internationales – là encore on peut dire que c'est l'objet même des contre-mesures, alors que si l'on entend qu'on ne peut porter atteinte à l'indépendance politique d'un État à d'autres égards, la question se pose de savoir comment des contre-mesures par ailleurs licites en vertu du projet d'articles pourraient avoir cet effet.

353. Un autre problème est que l'alinéa *b* interdit uniquement les mesures qui impliquent une contrainte « extrême » et qui visent à porter atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique. Ceci donne à penser que des mesures moins extrêmes visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale (par exemple des mesures de contre-intervention ou des mesures anti-insurrectionnelles) peuvent être licites. Ainsi, si l'État A autorise un groupe sécessionniste ou rebelle à diffuser à partir de son territoire des émissions contre l'État voisin B, cet État B pourrait pareillement autoriser un groupe rebelle souhaitant la dissolution de l'État A à diffuser des émissions à partir de son propre territoire. La diffusion, même si elle est illicite, n'est pas normalement une forme de « contrainte extrême ».

[709] Voir *supra* le paragraphe 315.

354. Ainsi, le libellé de l'alinéa *b* n'est pas satisfaisant, et la question se pose alors de savoir si la disposition peut être formulée autrement, de manière à donner, contre l'abus des contre-mesures, des garanties s'ajoutant aux limitations prévues dans les autres articles. Il y a des arguments en faveur de la suppression de l'alinéa *b*, mais tout bien considéré, le Rapporteur spécial estime que les préoccupations auxquelles il vise à répondre sont réelles. Il propose une disposition indiquant que les contre-mesures ne doivent pas mettre en danger l'intégrité territoriale de l'État qui en est la cible ni équivaloir à une intervention dans son domaine réservé[710]. À l'évidence, l'exécution par cet État de ses obligations internationales de cessation et de réparation ne relève pas de son domaine réservé, mais les contre-mesures ne doivent pas servir de prétexte pour intervenir sur d'autres questions propres à l'État responsable, sans lien avec le problème de l'exécution de ses obligations internationales; ces questions continuent d'être protégées par le principe du domaine réservé.

ii) *Conditions procédurales*

355. Compte tenu des conclusions auxquelles la Commission est parvenue en 1999, lors de sa cinquante-et-unième session, et qui ont déjà été résumées[711], il faut, lorsque l'on examine l'article 48, partir du principe que le projet d'articles n'établira pas de lien organique entre les contre-mesures et tel ou tel mode particulier de règlement des différends. Il appartient à la Commission, au moins pour le moment, de proposer des dispositions sur les contre-mesures étant entendu : *a*) qu'elle s'efforce de formuler, dans le cadre de la codification et du développement progressif, des dispositions appropriées sur les contre-mesures en droit international général; et *b*) qu'en droit international général, les États ont le droit (et sont aussi tenus) de régler leurs différends par les moyens pacifiques de leur choix. Ceci ne signifie pas toutefois que le projet d'articles ne doit pas faire référence aux modes de règlement des différends qui peuvent être applicables aux parties dans une affaire donnée.

356. Les dispositions de l'article 48, et le vif débat auquel celui-ci a donné lieu, ont déjà été indiqués[712]. Trois questions distinctes doivent être examinées :

a) L'exigence initiale de notification du différend;

b) La relation entre le recours à des contre-mesures et l'obligation de négocier (ainsi que la disposition de compromis concernant les « mesures conservatoires »);

c) La suspension des contre-mesures au cas où le différend est soumis de bonne foi à un règlement par tierce partie.

357. Sur le premier point, il est clair qu'un État lésé par une violation du droit international qui envisage de recourir à des contre-mesures en réaction à cette violation doit tout d'abord demander à l'État qui en est l'auteur d'exécuter ses obligations de cessation et de réparation[713]. Quelle que soit la position que l'on prenne sur les conditions de forme de l'invocation de la responsabilité[714], un État ne peut recourir à des contre-mesures sans donner à l'État responsable la possibilité de répondre à ses griefs. C'est ce que stipule, très brièvement il est vrai, le paragraphe 1 de l'article 47 adopté en première lecture, selon lequel la nécessité des contre-mesures est appréciée à la lumière des réponses de l'État responsable aux demandes de l'État lésé. Mais rien n'est dit quant à la manière dont ces demandes doivent être formulées. Dans le nouveau libellé que la France propose pour l'article 48, l'État lésé devrait « inviter par demande motivée » l'État responsable à s'exécuter, lui notifier les contre-mesures qu'il envisage de prendre et accepter de négocier avec lui. Mais entre-temps (à compter de la date de la notification), l'État lésé peut procéder à la mise en œuvre « à titre conservatoire, des contre-mesures nécessaires à la préservation de ses droits »[715]. En fait, cette proposition réunit en un nouveau libellé, plus précis (et, pour le Rapporteur spécial, meilleur), les deux éléments figurant au paragraphe 1 de l'article 48 adopté en première lecture. Mais quelle que soit la position finalement prise sur le second élément, c'est-à-dire les mesures conservatoires, il semble souhaitable d'exiger expressément de l'État lésé qu'avant de prendre des contre-mesures, il ait demandé à l'État responsable d'exécuter ses obligations et que celui-ci ne l'ait pas fait ou ait refusé de le faire. Dans une situation où des contre-mesures sont ou peuvent être justifiées, un délai relativement bref pourrait être fixé pour la réponse de l'État responsable; toutefois, étant donné la diversité des situations possibles, il ne semble pas opportun de fixer un délai défini dans l'article 48 lui-même.

358. Sur le second point, de l'avis général, les parties à un différend pouvant donner lieu à des contre-mesures doivent appliquer toute procédure de règlement des différends en vigueur entre elles. C'est ce que dit le paragraphe 2 de l'article 48 actuel, et il devrait être maintenu. La question est néanmoins de savoir si l'obligation de négocier à propos du différend doit être une condition préalable du recours à des contre-mesures sous quelque forme que ce soit, ou, à tout le moins, autrement qu'à titre conservatoire. On peut faire à ce sujet les observations suivantes :

a) Que l'on adopte expressément ou non le critère de « réversibilité » des contre-mesures, la caractéristique essentielle des contre-mesures tient au fait qu'elles sont un instrument, et non une sanction, et qu'elles doivent prendre fin si l'État responsable s'acquitte de ses obligations internationales. Dans ce sens, elles ont *toujours* un caractère temporaire;

---

[710] La Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (voir *supra* la note 620) dispose, en ce qui concerne le principe de non-intervention :

« Aucun État [...] n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, *pour quelque raison que ce soit**, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État. [...]

« Tout État a le droit *inaliénable** de choisir son système politique, économique, social et culturel sans aucune forme d'ingérence de la part d'un autre État ».

Un grand nombre de résolutions, traités et autres textes contiennent des affirmations similaires.

[711] Voir *supra* le paragraphe 265.

[712] Voir *supra* les paragraphes 298 à 305.

[713] Selon la CIJ, cette obligation existe déjà en droit international général (voir *supra* la note 535).

[714] Voir *supra* les paragraphes 234 à 238.

[715] Voir *supra* la note 581 pour le texte intégral de la proposition française.

b) L'expression « mesures conservatoires » employée au paragraphe 1 de l'article 48 n'est pas claire, parce qu'elle peut amener à confondre ces mesures avec les mesures conservatoires indiquées ou ordonnées par les juridictions internationales[716]. La « définition » très brève de ces mesures n'est pas non plus satisfaisante;

c) Même si la formulation utilisée à cet égard au paragraphe 1 de l'article 48 est malheureuse, il y a une différence notable entre des mesures prises immédiatement et à titre provisoire en réponse à une violation (par exemple la suspension temporaire d'une licence, le gel temporaire d'avoirs) et des mesures qui, si l'on peut toujours y mettre fin, ont un effet plus définitif (par exemple le retrait d'une licence, même si celle-ci peut être de nouveau délivrée, ou le placement d'avoirs sous une forme ou une autre de gestion ou d'administration, même si ces avoirs peuvent être libérés). Le projet d'articles devrait encourager les réactions les plus mesurées, ainsi que la possibilité de négociations si celles-ci peuvent avoir lieu sans qu'il soit porté définitivement atteinte aux droits de l'État lésé;

d) Bien que l'idée ait reçu un certain appui lors du débat auquel a donné lieu l'article 48 en première lecture, interdire toutes contre-mesures jusqu'à ce que les négociations soient achevées ou aient définitivement échoué ne semble pas satisfaisant[717]. Cette solution risquerait plutôt d'être source de retards et tergiversations.

Aussi problématique l'article 48 soit-il dans son libellé, le Rapporteur spécial pense pour ces raisons que l'équilibre indispensable qu'il réalise entre la notification et la négociation, d'une part, et la capacité de l'État lésé de prendre des mesures conservatoires pour protéger ses droits, de l'autre, est approprié. En outre, la proposition déjà mentionnée de la France semble respecter cet équilibre avec élégance. Le Rapporteur spécial propose une disposition assez similaire[718].

359. Le troisième point concerne la suspension possible des contre-mesures une fois que des procédures de règlement des différends ont été engagées et qu'une cour ou un tribunal est compétent pour ordonner ou indiquer des mesures conservatoires. Dans un tel cas – et tant que la procédure de règlement du différend est suivie de bonne foi – une action unilatérale ne semble pas justifiée. Les paragraphes 3 et 4 de l'article 48, qui énoncent ce principe, n'étaient pas une simple invention de la Commission. Ils s'inspiraient des observations faites par le Tribunal concernant l'*Accord relatif aux services aériens*[719]. De plus, ce principe a, dans l'ensemble, été accepté par les gouvernements qui ont commenté l'article 48[720]. Pour le Rapporteur spécial, ces dispositions doivent être conservées.

360. Pour résumer les conclusions sur les trois questions recensées ci-dessus, il est proposé qu'aux termes du projet d'articles :

a) Avant que des contre-mesures puissent être prises, l'État responsable doit avoir été prié de s'acquitter de ses obligations et doit ne pas l'avoir fait ou avoir refusé de le faire;

b) Les contre-mesures ne devraient pas être interdites durant des négociations; la distinction adoptée en première lecture entre les mesures « conservatoires » et les autres mesures devrait être maintenue, mais formulée plus clairement;

c) Les contre-mesures devraient être suspendues au cas où le différend est soumis de bonne foi à un règlement par tierce partie, à condition que la violation ne soit pas continue.

d) *Cessation des contre-mesures*

361. Comme on l'a déjà noté, la France propose une disposition sur la cessation des contre-mesures, selon laquelle il doit être mis fin aux contre-mesures dès que la situation qui les justifiait a pris fin, c'est-à-dire « dès que les obligations violées sont exécutées et que l'État lésé a obtenu réparation intégrale »[721]. Ceci est clair mais implicite dans les articles existants et pourrait très bien être dit expressément[722]. Le Rapporteur spécial propose un article unique traitant de la suspension et de la cessation des contre-mesures, qui comprend aussi les dispositions de l'article 48 relatives à la suspension des contre-mesures adoptées en première lecture[723].

e) *Formulation de l'article 30*

362. Reste la question de la formulation de l'article 30 de la première partie. En supposant que des dispositions détaillées sur les contre-mesures figureront dans la deuxième partie *bis*, l'article 30 peut être très simple. Le Rapporteur spécial recommande qu'il se lise comme suit :

> « 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*] »[724].

4. Les contre-mesures et l'exception d'inexécution

363. Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial recommandait qu'une acception restreinte de l'exception d'inexécution (*exceptio inadimplenti non est adimplendum*) soit reconnue comme circonstance excluant l'illicéité[725]. Cette proposition a reçu un accueil mitigé,

---

[716] Voir, par exemple, le Statut de la CIJ, art. 41, et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 290.

[717] Cette position a été rejetée au regard du droit international général par le Tribunal dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France* (voir *supra* la note 604), par. 91, p. 485.

[718] Voir *infra* le paragraphe 367 pour la disposition proposée. Voir aussi la note 717, pour une autre disposition possible qui ne fait aucune distinction entre les mesures « provisoires » et les autres.

[719] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales* (voir *supra* la note 604), par. 94 à 96, p. 485 et 486.

[720] Voir *supra* le paragraphe 305. La proposition française (voir *supra* la note 581) énonce le même principe en termes pratiquement identiques.

[721] Voir *supra* le paragraphe 319.

[722] Voir *infra* le paragraphe 367 pour la disposition proposée.

[723] Pour le texte de l'article proposé, voir *infra* le paragraphe 367.

[724] Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 8), par. 394, p. 106.

[725] Ibid., par. 316 à 331, p. 86 à 91. La version recommandée (art. 30 *bis*, ibid., par. 358, p. 96) reposait sur le *dictum* ci-après de

et il a été décidé de la revoir après avoir réexaminé les dispositions relatives aux contre-mesures[726]. De même, les vues des gouvernements sur cette proposition, telles qu'elles se sont exprimées en 1999 à la Sixième Commission, lors de sa cinquante-quatrième session, ont été mitigées[727].

364. La première question est de savoir si l'exception d'inexécution doit être considérée comme une forme de contre-mesure. Il est clair que cette exception ne s'applique qu'aux obligations synallagmatiques (prestations), c'est-à-dire lorsque l'exécution d'une obligation par une partie est liée à celle de l'autre partie et lui est conditionnée. Il s'agira normalement d'exécuter la même obligation ou des obligations étroitement liées. Mais de l'avis du Rapporteur spécial, il est clair que l'exception d'inexécution ne doit pas être assimilée à une contre-mesure au sens de l'article 47. Dans les cas où cette exception s'applique, la raison pour laquelle l'État A est en droit de ne pas s'exécuter tient simplement à ce que, l'État B n'ayant pas exécuté l'obligation connexe, le moment pour l'État A de s'exécuter n'est pas encore venu. Il est vrai que l'État A peut ne pas exécuter son obligation pour inciter l'État B à exécuter la sienne. Mais tel n'est pas l'objet de l'exception, à la différence des contre-mesures. Le mobile de l'État A n'a pas à être pris en considération; cet État peut tout simplement n'avoir pas intérêt à exécuter son obligation si l'État B n'exécute pas la sienne. En outre, aucune obligation de notification ou de tentative de régler le différend par des voies diplomatiques ou autres ne conditionne l'application continue de l'exception. Plus simplement, à la suite d'un accord, concernant par exemple un échange de prisonniers de guerre ou le financement conjoint d'un projet, l'État A n'est pas tenu de livrer ses prisonniers de guerre à l'État B ou de fournir sa contribution si l'État B n'est pas lui-même prêt à exécuter sa part de l'accord. Ainsi, l'exception d'inexécution doit être considérée soit comme une circonstance excluant l'illicéité en ce qui concerne une certaine catégorie d'obligations (les obligations synallagmatiques), soit comme se limitant à une clause implicite dans certains traités. Par contraste, si le lien entre la violation et l'inexécution est un élément pertinent s'agissant de la proportionnalité, aucun lien n'est et ne doit être spécifiquement requis dans le droit des contre-mesures[728].

365. Mais, même si l'exception d'inexécution est juridiquement distincte des contre-mesures, et alors même qu'elle est reconnue dans un nombre respectable de décisions internationales et d'ouvrages de doctrine[729], son inclusion dans le projet d'articles parmi les circonstances excluant l'illicéité ne s'impose peut-être pas. La question essentielle est de savoir si elle doit, en droit international, être conçue comme limitée aux obligations contractuelles ou conventionnelles, c'est-à-dire comme devant être déduite, au titre de l'interprétation, d'un échange d'obligations dans un traité, ou si elle a un fondement juridique plus large[730]. Si l'on retient la première solution, cette exception doit véritablement être considérée comme une règle primaire et n'a pas à figurer dans le projet d'articles.

366. Il ne semble guère douteux que, dans sa forme large, l'exception d'inexécution doit être considérée comme reposant sur une interprétation du traité ou du contrat, l'exécution d'obligations identiques ou connexes étant considérée comme conditionnelle[731]. Mais, avec le principe plus limité retenu par la Cour dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*[732], la situation est différente. Il ne s'agit pas dans ce cas de la relation entre des obligations synallagmatiques mais entre les comportements des deux parties : la violation d'une obligation par l'une des parties a « empêché » l'autre d'exécuter l'obligation en question. Il ne s'agit là que de l'application du principe général selon lequel une partie ne doit pas pouvoir s'appuyer sur les conséquences de son propre comportement illicite. Pour le Rapporteur spécial, ce principe peut entraîner, dans le domaine de la responsabilité des États, de nouvelles conséquences qui seraient préservées par l'article 38 adopté en première lecture[733]. Quant à savoir si un aspect spécifique de ce principe général doit être inclus dans le projet d'articles, il s'agit là d'une question de jugement. Néanmoins, si l'on conserve l'article 38, il est loisible à la Commission de considérer que le principe énoncé dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* est suffisamment couvert[734]. Sur cette base, et à la lumière des réactions équivoques qu'il a suscitées, le Rapporteur spécial n'insiste pas pour que l'article 30 *bis* qu'il avait proposé soit retenu.

---

la CPJI dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* (voir *supra* la note 47), p. 31 : « une Partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation [...] si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question [...] ».

[726] Voir *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 12), par. 334 à 347, p. 78 à 80, pour un résumé du débat.

[727] A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 52, p. 16, dans lequel est résumée toute une série de réponses.

[728] Voir *supra* les paragraphes 327 à 329.

[729] Outre les références citées dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 8), par. 316 à 331; voir aussi *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge S.A. et Klöckner Handelsmaatschappij c. République unie du Cameroun et Société camerounaise des engrais (SOCAME)*, CIRDI, sentence du 21 octobre 1983, *Journal du droit international*, vol. 111, nº 1, Paris, Jurisclasseurs Lexis-Nexis, janvier-mars 1984, p. 409 et suiv.; et O'Neil et Salam, « Is the *exceptio non adimpleti contractus* part of the new *lex mercatoria*? », p. 152.

[730] Ceci rappelle nettement le débat sur le point de savoir si la doctrine du changement fondamental de circonstances reconnue en droit des traités repose sur une clause implicite dans le traité ou est une règle de droit autonome. L'article 62 de la Convention de Vienne de 1969 la considère comme une règle de droit et c'est maintenant l'opinion reçue; voir l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Allemagne c. Islande), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, par. 36, p. 63.

[731] Voir, par exemple, Ruzié, *Droit international public*, p. 48; Greig, loc. cit., p. 399 et 400.

[732] Voir *supra* la note 47.

[733] Voir *supra* le paragraphe 63.

[734] En outre, sa formulation présente des difficultés. Lorsque la violation de l'État A empêche absolument l'État B d'exécuter son obligation (par exemple lorsque l'État A interdit l'accès à son territoire ou aux ressources indispensables à l'exécution par l'État B de son obligation), l'État B pourra invoquer la force majeure. Si, par contre, il est toujours techniquement possible à l'État B d'exécuter son obligation (par exemple en utilisant ses propres ressources au lieu de celles que l'État A aurait dû lui fournir), on ne peut dire que l'État A a effectivement empêché l'exécution : l'excuse de l'État B repose sur l'équité, non sur l'impossibilité. Ceci donne à penser qu'il faut faire preuve de souplesse dans l'application du *dictum* de l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* (voir *supra* la note 47), et justifie a fortiori que l'on se contente des dispositions de l'article 38 pour couvrir le principe, si cet article est conservé.

5. Conclusions relatives aux contre-mesures prises par un État lésé

367. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial recommande que les dispositions suivantes, relatives aux contre-mesures prises par un État lésé, soient incluses dans le chapitre II de la deuxième partie *bis :*

« Deuxième partie *bis*

« La mise en œuvre de la responsabilité des États

« Chapitre II

« Contre-mesures

« 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.

« 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.

« 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[735].

« 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.

« 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.

« 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.

« 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. »

---

[735] Si la Commission décide de ne pas distinguer les mesures « conservatoires » des autres contre-mesures, la disposition suivante pourrait remplacer les paragraphes 1 à 3 :

« 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. »

CHAPITRE IV

Invocation de la responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale

368. Les sections précédentes de ce rapport ont traité des diverses conséquences de la responsabilité pour l'État qui l'encourt, ainsi que de l'invocation de la responsabilité par le ou les État(s) lésé(s), que ce soit sous la forme d'une réclamation internationale ou, en dernière instance, de contre-mesures. Deux types de questions doivent être encore réglées en vue d'achever le projet d'articles : *a*) celle de l'invocation de la responsabilité d'un État envers un groupe d'États autres que l'État directement lésé, en ce comprise l'hypothèse de l'invocation de la responsabilité due à la communauté internationale dans son ensemble, et *b*) la question des dispositions restantes et des clauses de sauvegarde qui devraient figurer dans la quatrième partie du projet d'articles. La présente section de ce rapport aborde ces deux questions tour à tour. Dès lors qu'elles ont déjà été discutées ou prises en considération dans le cadre des travaux menés sur le sujet depuis 1998, elles ne seront traitées qu'au niveau des principes. Pour l'essentiel, et pour autant qu'il existe, le contexte juridique et pratique des propositions qui sont formulées ici a déjà été décrit[736].

A. – Considérations générales

369. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial a analysé en détail les diverses questions soulevées par les articles 19 et 51 à 53 en ce qui concerne les « crimes internationaux »[737]. À la suite d'un débat approfondi[738], la Commission a provisoirement décidé d'aborder ces questions de la manière suivante :

> [I]l 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* et une éventuelle catégorie regroupant les violations les plus graves d'obligations internationales;[739].

Cette question a suscité de nouveau une vague importante de réflexions dans la doctrine[740] ainsi qu'un certain nombre de commentaires supplémentaires de la part des gouvernements[741]. Des positions déjà exprimées ont parfois été réaffirmées, mais une tendance s'est aussi dégagée en faveur de l'idée selon laquelle le développement systématique de concepts existants – obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, normes impératives du droit international – associé à une catégorie de violations « graves » ou « flagrantes », pourrait apporter une réponse suffisante aux préoccupations soulevées par l'article 19.

370. Il y a lieu de souligner qu'il est hautement souhaitable, sinon essentiel, que le projet d'articles soit adopté avec le soutien général de la Commission. De l'avis du Rapporteur spécial, un consensus ne peut toujours pas être trouvé à propos de l'article 19 tel qu'adopté en première lecture. Mais cela est également vrai de toute proposition visant à supprimer l'article 19, sauf à l'assortir d'une reconnaissance spécifique de l'importance, pour la responsabilité des États, des violations d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, particulièrement dans le cas des violations les plus graves.

371. Dans les rapports qui ont suivi, le Rapporteur spécial s'est efforcé de mettre en œuvre le mandat énoncé au paragraphe 369. Pour résumer :

a) Le respect des exigences d'une norme impérative de droit international général est reconnu comme une circonstance excluant l'illicéité (article 29 *bis*), et les obligations dérivant des normes impératives se voient reconnaître une primauté à d'autres égards (par. 2 *a* de l'article 33, alinéa *e* du projet d'article 47 *bis*);

b) L'état de nécessité ne peut être invoqué comme circonstance excluant l'illicéité lorsqu'il en résulterait une atteinte grave à un intérêt essentiel de la communauté internationale dans son ensemble (par. 1 *b* de l'article 33); l'existence d'un tel intérêt peut également jouer en faveur de l'État qui invoque la responsabilité;

c) La définition de « l'État lésé » consacre spécifiquement l'intérêt général des États à assurer le respect des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (projet d'article 40 *bis*).

En outre, les articles opèrent une distinction minutieuse entre la responsabilité des États pour violation d'obligations multilatérales, d'une part, et bilatérales, de l'autre.

372. La question qui se pose à présent est de savoir quels sont les points qui doivent encore être traités pour

---

[736] Voir cependant, *infra*, les paragraphes 391 à 394 pour une analyse de la pratique étatique relative aux contre-mesures collectives.

[737] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 23), par. 43 à 95, p. 10 à 25.

[738] Décrit dans le détail in *Annuaire... 1998*, vol. II (2e partie), par. 241 à 331, p. 66 à 81.

[739] Ibid., par. 331, p. 80 et 81.

[740] Voir, par exemple, Abi-Saab, « The uses of article 19 »; Bowett, « Crimes of State and the 1996 report of the International Law Commission on State responsibility »; Dominicé, « The international responsibility of States for breach of multilateral obligations »; Gaja, « Should all references to international crimes disappear from the ILC draft articles on State responsibility ? »; Graefrath, « International crimes and collective security »; Pellet, « Can a State commit a crime? Definitely, yes! »; Pellet, « Vive le crime! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international »; Rao, « Comments on article 19 of the draft articles on State responsibility adopted by the International Law Commission »; Rosenne, « State responsibility and international crimes: further reflections on article 19 of the draft articles on State responsibility »; Rosenstock, « An international criminal responsibility of States? »; Triffterer, « Prosecution of States for Crimes of State »; Zemanek, « New trends in the enforcement of *erga omnes* obligations ».

[741] Pour un résumé de ces opinions, voir A/CN.4/496, 1998, par. 110 à 115; et A/CN.4/504, par. 23, et 78 à 81 (voir *supra* la note 3).

remplir le mandat de la Commission. À cet égard, certaines remarques préliminaires sont nécessaires :

a) Tout d'abord, il faut admettre que dans l'état actuel des relations internationales, les premiers moyens de répondre aux situations d'urgence qui affectent l'existence même des États ou la sécurité des populations ne relèvent pas des règles secondaires relatives à la responsabilité des États. Ils sont du ressort, notamment, des organisations internationales compétentes, et en particulier du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale;

b) À l'évidence, il y a là des problèmes qui touchent aux responsabilités et au bon fonctionnement du Conseil de sécurité ou d'autres organisations confrontées à de telles situations d'urgence. Il est important de relever, cependant, que ces questions concernent tout autant des inactions que des actions inappropriées – l'absence d'une intervention en temps opportun qui aurait, peut-être, pu éviter un désastre, la promesse formelle de protéger des « zones de sécurité » que l'inaction et le manque de volonté ont déshonorée[742]. À nouveau, quelles que soient les réformes institutionnelles ou autres qui pourraient aider à résoudre ces problèmes, elles ne peuvent être menées à l'occasion de l'élaboration des règles générales secondaires sur la responsabilité des États;

c) C'est notamment pour ces raisons qu'il a été provisoirement convenu de supprimer la notion de « sanctions licites » qui ressort implicitement de l'article 30. Les sanctions adoptées dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, ou celles qui sont imposées valablement en vertu de traités internationaux, n'entrent pas dans le champ du projet d'articles et relèvent, respectivement, des articles 39 et 37 et 38[743];

d) L'un des traits fondamentaux de telles sanctions réside dans le fait que leur imposition et leur surveillance nécessitent une action collective organisée. Ainsi, le système des comités de sanctions, les procédures d'autorisations et d'exceptions, la prise en compte de l'indemnisation due aux États tiers affectés en vertu de l'Article 50 de la Charte, le choix entre les différentes sanctions n'impliquant pas le recours à la force, les mesures de maintien de la paix et autres – rien de tout cela ne peut être réalisé dans le cadre du projet d'articles, et il serait inutile de tenter de les reproduire par le biais d'éventuels systèmes parallèles[744];

e) La création récente d'une Cour pénale internationale constitue un développement significatif à cet égard. Les événements qui se sont déroulés durant les années 1990 ont montré à nouveau les limites afférentes aux sanctions qui affectent des populations entières et le dilemme qui peut exister lorsque l'on donne l'impression de punir beaucoup de personnes en vue de sanctionner seulement quelques individus au pouvoir. Lorsque des tragédies humanitaires ou autres sont provoquées ou exacerbées par le comportement criminel de certains dirigeants (qu'ils soient ou non formellement au pouvoir), les réactions à l'encontre de « l'État » ou de sa population paraissent manquer leur objectif. Dans la majorité des cas concernant des comportements criminels à grande échelle, la population de l'État en cause est elle-même victime, directement ou indirectement. Des mécanismes – au nombre desquels le Statut de Rome ne représente qu'un élément – sont actuellement mis au point afin que les individus impliqués soient tenus pour responsables. La responsabilité de l'État a un rôle à jouer dans cette entreprise, mais il ne s'agit que d'un rôle secondaire[745];

f) En particulier, il n'a pas été suggéré que la responsabilité pénale individuelle puisse dépendre, en droit international, d'une constatation préalable de la responsabilité pénale de l'État concerné. Le contraire soulèverait des questions délicates, dans la mesure où il faudrait soit démontrer au préalable la responsabilité de l'État lui-même[746] soit mettre en cause cet État devant la cour pénale en qualité d'accusé « absent ». Ce ne sont pas des solutions adéquates pour garantir un procès équitable, que ce soit à l'égard des États ou des individus[747].

En bref, le droit général de la responsabilité des États ne peut jouer qu'un rôle secondaire dans ce domaine. Mais ce rôle existe. Conformément aux dispositions de la première partie du projet d'articles, les États peuvent être responsables en tant que tels de violations graves d'obligations fondamentales et les conséquences d'une telle situation sont importantes : responsabilité envers la communauté internationale dans son ensemble, obligation de cesser la violation et de la réparer intégralement, notamment sous forme de restitution, possibilité enfin de prendre des contre-mesures significatives si ces obligations ne sont pas remplies. Afin de circonscrire ce rôle, il y a lieu de développer un certain nombre de points essentiels.

---

[742] Voir par exemple le « Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la résolution 53/35 de l'Assemblée générale : la chute de Srebrenica », (A/54/549), 15 novembre 1999; le « Rapport de la Commission indépendante d'enquête sur les actions de l'Organisation des Nations Unies lors du génocide de 1994 au Rwanda » (S/1999/1257, pièce jointe), 15 décembre 1999; et la lettre du Secrétaire général au Président du Conseil de sécurité, en date du 16 décembre 1999 (S/1999/1257).

[743] Pour l'article 38, voir *supra* les paragraphes 60 à 65; pour l'article 37, voir *infra* les paragraphes 415 à 421; pour l'article 39, voir *infra* les paragraphes 422 à 426.

[744] Tout système de ce type devrait prendre la forme d'un traité, alors que la forme du projet d'articles n'a pas encore été décidée. Voir *supra* le paragraphe 6.

[745] Pour le rôle que peuvent jouer, à titre de satisfaction, les sanctions pénales ou disciplinaires contre des individus dans certains cas particuliers, voir *supra* le paragraphe 192.

[746] Cf. la procédure en deux étapes appliquée aux « organisations criminelles » en vertu de l'Accord concernant la création d'un Tribunal militaire international, annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279), art. 9 à 11. Il est extrêmement douteux que ces dispositions (qui, bien entendu, n'ont pas été appliquées au gouvernement allemand en tant que tel) figuraient parmi les « principes de droit international » consacrés par la résolution de l'Assemblée générale 95 (I) du 11 décembre 1946. Aucune résolution ni traité international n'a repris de telles dispositions depuis lors.

[747] Il est parfois affirmé que la participation d'un État à un crime au sens du droit international a pour effet de rendre cet État « transparent », ce qui a pour conséquence de priver de protection ses agents accusés de crimes internationaux. Cependant, le principe (consacré par l'article 7 de la Charte du Tribunal militaire international et réaffirmé depuis lors) selon lequel la position officielle d'une personne accusée d'un crime international « ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif à diminution de la peine » vaut indépendamment du point de savoir si le comportement de la personne entrait dans la constitution d'un « crime d'État ».

1. Droit de chaque État d'invoquer la responsabilité pour les violations d'obligations envers la communauté internationale

373. Dans le cadre de la responsabilité des États, il est nécessaire d'envisager en premier lieu la notion d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. L'on peut considérer que le contenu de ces obligations est largement similaire à celui des normes impératives. Par définition, une norme impérative doit avoir le même statut à l'égard de tous les États[748]. Elle dérive du droit international général et il n'est pas permis d'y apporter des dérogations locales ou conventionnelles. On peut concevoir qu'une obligation puisse valoir *erga omnes* tout en étant sujette à modification entre deux États particuliers en vertu d'un accord entre eux. Il s'ensuivrait que l'obligation en cause n'était pas impérative. Cela impliquerait en outre que, dans l'hypothèse d'une dérogation, la même obligation n'était pas due à la communauté internationale dans son ensemble.

374. Quoi qu'il en soit, on propose de considérer comme noyau essentiel des obligations à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble les quelques normes qui sont généralement acceptées comme étant d'application universelle, non susceptibles de dérogation, et au respect desquelles tous les États ont un intérêt juridique. Il s'agit de la catégorie de normes que la Cour paraît avoir eu à l'esprit dans son *dictum* en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*[749]. Il est inutile (et d'ailleurs inopportun) que le projet d'articles cite des exemples de telles normes. Elles comprennent l'interdiction de l'usage de la force dans les relations internationales, l'interdiction du génocide et de l'esclavage, le droit à l'autodétermination et les autres droits de l'homme et obligations du droit humanitaire qui sont reconnues par le droit international général comme n'étant pas susceptibles de dérogations. Le commentaire devrait mettre en évidence le fait que cette catégorie comprend uniquement un nombre restreint de normes universellement acceptées.

375. En ce qui concerne cette catégorie d'obligations, tout État devrait se voir reconnaître un intérêt juridique à ce qu'elles soient respectées, qu'il soit ou non spécialement affecté par leur violation[750]. Ceci implique que tous les États possèdent, au minimum, un intérêt juridique leur permettant d'obtenir la cessation de toute violation de ces normes et d'obtenir des assurances et garanties de non-répétition appropriées. Le projet d'articles devrait consacrer ce droit. On peut relever l'absence de tout risque de conflit ou de contradiction dans l'hypothèse où quelques États ou beaucoup d'entre eux demandent la cessation de la violation ou une déclaration de manquement (ou le cas échéant, la restitution, pour autant qu'il s'agisse de rétablir une situation objective, le *statu quo ante*, dans l'intérêt des victimes de la violation)[751]. Ceci étant, il serait trop restrictif de confiner une invocation de cette nature aux cas où tous les États ou la plupart d'entre eux seraient d'accord pour agir. Tout État partie à une obligation établie dans l'intérêt collectif devrait à tout le moins se voir reconnaître le droit de protester, de demander la cessation, de solliciter une déclaration de manquement et, le cas échéant, de réclamer la restitution.

2. Limites au droit d'invoquer la responsabilité pour le compte d'autrui

376. S'il est reconnu à chaque État un droit, à titre individuel, d'invoquer la responsabilité à propos d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, il ne s'agit cependant pas d'un droit établi dans l'intérêt personnel de cet État, mais bien dans l'intérêt de la communauté. Cet intérêt est distinct de celui de l'État, de la personne ou de l'entité qui est la victime particulière de la violation (comme un État qui fait l'objet d'une attaque armée, un peuple qui se voit refuser le droit à l'autodétermination…). Les États non directement affectés[752] qui font valoir un intérêt juridique au respect de ces obligations ne demandent pas la cessation ou la réparation pour leur propre compte, mais pour celui des victimes de la violation et dans l'intérêt public. Il semble donc que les dispositions relatives à l'invocation de la responsabilité au nom de la communauté internationale devraient reconnaître la primauté des intérêts des véritables victimes. En vue de déterminer comment cet objectif peut être atteint, il faut considérer séparément le cas où la victime est un État tiers et celui où il s'agit d'un groupe de personnes ou d'une autre entité.

a) *L'État victime*

377. Lorsqu'il est possible d'identifier un État victime, les mesures collectives prises en son nom, y compris en ce qui concerne la réparation, devraient être décidées avec son accord[753]. Des difficultés peuvent surgir lorsque le gouvernement de l'État victime a été éliminé ou renversé, par exemple à la suite d'une intervention extérieure illicite ou d'un coup d'État, et que l'État victime ne dispose pas de représentants légaux. Ce cas extrême n'est pas sans précédent, mais il doit être résolu par application du droit en vigueur et de la pratique relatifs à la représentation de l'État en cas d'urgence, et par les organisations internationales compétentes[754]. Il ne devrait pas venir embrouiller la situation normale où l'État victime continue d'être représenté valablement au niveau international.

b) *Les victimes autres que les États : les peuples et les populations*

378. En principe, la même solution pourrait être envisagée lorsque la victime principale n'est pas un État

[748] Voir l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969.

[749] *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 164), par. 33, p. 32; voir aussi *supra* le paragraphe 97.

[750] Voir *supra* les paragraphes 106 et 107, ainsi que le tableau 1. Une analogie peut être faite ici avec l'idée du *locus standi* dans l'intérêt public. On peut relever que les traités relatifs aux droits de l'homme ainsi que de nombreux autres traités confèrent de façon générale aux États parties le droit d'invoquer la responsabilité, en vue au moins d'obtenir une déclaration de manquement, et ce sans exiger strictement que l'État soit spécialement affecté.

[751] Voir *supra* le paragraphe 113.

[752] Comme l'Éthiopie et le Libéria dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, *C.I.J. Recueil 1966* (voir *supra* la note 168), p. 6.

[753] Voir *supra* le paragraphe 109.

[754] Pour une analyse de ces cas, voir Talmon, *Recognition of Governments in International Law: with Particular Reference to Governments in Exile*, qui propose de résoudre ces problèmes au moyen de la doctrine de la reconnaissance des gouvernements en exil.

mais un groupe humain ou une personne. Pour des raisons évidentes, cependant, il peut être extrêmement difficile d'obtenir une représentation légitime de ces groupes ou de ces personnes et, en l'absence de manifestations valables de leur volonté[755], de limiter le droit des autres États de soulever la question du respect des obligations au niveau international. En toute hypothèse, ces États peuvent très bien être concernés par des questions de légalité internationale, sans pour autant s'identifier aux victimes ou chercher à les représenter. Il a déjà été suggéré que la deuxième partie et la deuxième partie *bis* ne devraient pas traiter du problème de l'invocation de la responsabilité par des entités autres que des États, et l'adoption d'une clause de sauvegarde dans le chapitre premier de la deuxième partie a été recommandée à cet effet[756]. En ce qui concerne l'invocation de la responsabilité par un État dans les cas où la victime principale n'est pas un État, le projet d'articles devrait prévoir que tout État partie à l'obligation collective en cause devrait avoir le droit d'invoquer la responsabilité en réclamant la cessation, des assurances et garanties de non-répétition et, le cas échéant, la restitution.

c) *Les violations « sans victime » d'obligations envers la communauté*

379. Lorsqu'il n'y a pas de victimes spécifiques ou identifiables (comme cela peut être le cas à propos de certaines obligations *erga omnes* dans le domaine de l'environnement, par exemple celles dont la violation crée un préjudice aux « biens communs ») et si la restitution s'avère matériellement impossible, les autres États ne peuvent alors que demander la cessation, une satisfaction et des assurances de non-répétition. Une fois encore, il s'agit de demandes importantes en elles-mêmes, et tout État partie à l'obligation collective en cause devrait être habilité à invoquer la responsabilité dans cette perspective.

3. Questions relatives aux amendes et à la procédure

380. À l'évidence, les questions de cessation, de non-répétition et de restitution n'épuisent pas les conséquences potentielles qui peuvent découler de la violation d'obligations à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble. Parmi les autres conséquences possibles se trouvent l'imposition de dommages-intérêts substantiels correspondant à la gravité de la violation, voire des amendes pures et simples. Bien entendu, les versements d'argent se situent tout au bas de l'échelle des conséquences possibles[757]. Cependant, la question des amendes et des dommages-intérêts punitifs fournit un exemple intéressant. Il convient de rappeler que le projet d'articles tel qu'adopté en première lecture ne prévoyait pas de dommages-intérêts punitifs même pour les « crimes internationaux » définis dans l'article 19[758]. L'exclusion des dommages-intérêts punitifs en droit international a même reçu le soutien de gouvernements qui sont par ailleurs favorables à l'article 19[759]. En effet, la thèse selon laquelle les dommages-intérêts punitifs n'existent pas en droit international peut se prévaloir de précédents importants[760]. De l'avis du Rapporteur spécial, alors que la responsabilité peut être invoquée par les États individuellement en vue d'obtenir la cessation et la restitution dans tous les cas impliquant des violations d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble[761], il convient aussi de s'interroger sur la possibilité d'imposer des amendes ou des dommages-intérêts punitifs, au moins dans le cas des violations graves ou flagrantes. Si cette possibilité est écartée, le projet d'articles ne pourra avoir, dans ce domaine, qu'un rôle limité, et la détermination de conséquences secondaires sous forme d'amendes pour des violations graves devra attendre des développements futurs. Il en sera ainsi quelle que soit la justification avancée pour écarter ce type de mesures, que ce soit l'absence de disposition prévoyant des dommages-intérêts punitifs en droit international, l'absence d'un mécanisme pour les imposer, leur caractère inacceptable pour les États pour des motifs pragmatiques, ou l'impossibilité d'instaurer un tel régime dans un texte qui ne bénéficie pas de la portée d'un traité largement accepté[762].

381. Malgré le débat important qui a accompagné l'élaboration de l'article 19 et la notion de crimes internationaux des États, il convient de souligner qu'il n'existe quasiment aucune pratique en la matière. Certes, des mesures énergiques ont été prises pour mettre en œuvre la responsabilité pénale internationale pour certains crimes au sens du droit international, et les principes existants de la responsabilité internationale ont été appliqués, sous les auspices du Conseil de sécurité, à certaines violations graves, notamment à la situation qui a résulté de l'invasion du Koweït par l'Iraq en 1990. Toutefois, les dispositifs juridiques et institutionnels pour tenir les États responsables des pires violations du droit international demeurent essentiellement ce qu'ils étaient lorsque l'article 19 fut proposé pour la première fois et adopté.

382. Cette situation peut être comparée à celle qui prévaut dans le cadre du droit de l'Union européenne, qui offre à ce jour le système réglementaire supranational le plus élaboré. L'on peut se référer en particulier à l'article 228 du Traité instituant la Communauté européenne (ancien article 171) qui prévoit :

---

[755] Cf. le problème de représentation mentionné par le juge Vere-shchetin dans son opinion individuelle en l'affaire du *Timor oriental*, *C.I.J. Recueil 1995* (voir *supra* la note 205), p. 135.

[756] Voir *supra* le paragraphe 99, et, pour le texte du projet d'article, voir le paragraphe 119.

[757] Cf. les diverses conséquences envisagées dans le cas de l'Iraq après l'invasion du Koweït, ou dans le cas de l'Allemagne de 1945 à la suite de l'Holocauste et de la seconde guerre mondiale.

[758] Il n'est pas fait mention des dommages-intérêts punitifs à l'article 53. Ainsi qu'on l'a déjà montré, en adoptant le paragraphe 2 *c* de l'article 45, la Commission n'avait pas l'intention d'instaurer des dommages-intérêts punitifs (voir *supra* le paragraphe 190).

[759] Voir *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 23), A/CN.4/490, par. 54, p. 14.

[760] Voir les décisions mentionnées, ibid., par. 57; et voir *supra* le paragraphe 190.

[761] Voir *supra* le paragraphe 375.

[762] Ceci n'épuise pas le catalogue des raisons envisageables. La communauté internationale commence à prendre au sérieux l'imposition d'amendes aux individus qui ont commis des crimes internationaux importants, y compris lorsqu'il s'agit de personnalités gouvernementales actuelles ou anciennes. L'on pourrait estimer que cette tâche est plus immédiate et urgente que celle de pénaliser des États et (indirectement) leurs populations.

1. Si la Cour de Justice reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de Justice.

2. Si la Commission estime que l'État membre concerné n'a pas pris ces mesures, elle émet, après avoir donné à cet État la possibilité de présenter ses observations, un avis motivé précisant les points sur lesquels l'État membre concerné ne s'est pas conformé à l'arrêt de la Cour de Justice. Si l'État membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour dans le délai fixé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de Justice. Elle indique le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'État membre concerné qu'elle estime adapté aux circonstances. Si la Cour de Justice reconnaît que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte[763].

En 1996, la Commission européenne a élaboré des lignes directrices concernant la mise en œuvre de cette disposition et, en 1997, elle en a adopté d'autres, relatives cette fois aux méthodes de calcul des astreintes. La première affaire dans laquelle ces règles ont été effectivement appliquées contre un État est survenue au cours de l'année 2000, lorsque la Cour de Justice des Communautés européennes a imposé une astreinte pour violation continue du droit européen d'un montant de 20 000 euros par jour. Cette astreinte fut imposée en réponse au déversement continu de déchets toxiques dans une rivière. Dans sa décision, la Cour a résumé comme suit la portée des communications sur les astreintes élaborées par la Commission :

[l]a communication 96/C 242/07 précitée prévoit notamment que la détermination du montant de l'amende ou de l'astreinte doit être guidée par l'objectif même de cet instrument, à savoir assurer l'application effective du droit communautaire. La Commission estime ainsi que le montant doit être calculé en fonction de trois critères fondamentaux, à savoir la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci et la nécessité d'assurer l'effet dissuasif de la sanction elle-même pour faire cesser l'infraction et éviter les récidives.

La communication 97/C 63/02, précitée, identifie les variables mathématiques utilisées pour calculer le montant d'une astreinte, à savoir un forfait de base uniforme, un coefficient de gravité, un coefficient de durée, ainsi qu'un facteur destiné à refléter la capacité de paiement de l'État membre, tout en visant le caractère à la fois proportionné et dissuasif de l'astreinte, calculé à partir du produit intérieur brut des États membres et de la pondération de leurs voix au Conseil[764].

Pour la Cour, ces directives « contribuent à garantir la transparence, la prévisibilité, et la sécurité juridique de [l'action de la Commission], tout en visant la proportionnalité des montants des astreintes qu'elle entend proposer »[765]. Elle a approuvé la proposition selon laquelle le montant des astreintes devait tenir compte du PIB national et de la pondération des votes de l'État au Conseil, au motif que ce système « permet de refléter la capacité de paiement de cet État membre tout en maintenant un écart raisonnable entre les divers États membres »[766]. La Cour conclut que

les critères de base qui doivent être pris en considération pour assurer la nature coercitive de l'astreinte en vue de l'application uniforme et effective du droit communautaire sont, en principe, la durée de l'infraction, son degré de gravité et la capacité de payer de l'État membre en cause. Pour l'application de ces critères, il y a lieu de tenir compte en particulier des conséquences du défaut d'exécution sur les intérêts privés et publics et de l'urgence qu'il y a à amener l'État membre concerné à se conformer à ses obligations.

En l'espèce, il y a lieu de relever que, au regard de la nature des manquements en cause, qui perdurent jusqu'à ce jour, le paiement d'une astreinte constitue effectivement le moyen le plus adapté aux circonstances de l'espèce[767].

En réduisant l'astreinte proposée par la Commission, la Cour a tenu compte du fait que toutes les violations continues de l'arrêt précédent alléguées par la Commission n'avaient pas été prouvées. Il n'en demeurait pas moins que les violations continues devaient être considérées comme « particulièrement graves » eu égard au risque qu'elles comportaient « de mettre directement en danger la santé de l'homme et de porter préjudice à l'environnement », ainsi qu'à leur incompatibilité avec la politique environnementale de l'Union européenne[768].

383. La manière dont la procédure d'astreinte prévue à l'article 228 évoluera reste à observer et, bien évidemment, cette procédure est uniquement applicable en droit européen, et non en droit international. Il est cependant possible de faire un certain nombre de remarques :

a) La procédure montre qu'en dépit des affirmations en sens contraire qui sont parfois avancées, ni la notion d'État ni l'existence de relations juridiques fondées sur des traités n'excluent a priori l'imposition d'astreintes;

b) Les astreintes en vertu de l'article 228 ne sont pas qualifiées de « pénales », et leur objectif, à la base du moins, est d'assurer l'exécution des obligations qui incombent aux États en vertu du traité[769];

c) Elles sont imposées uniquement dans des cas particuliers, à la demande d'un organe collectif, à la suite d'une procédure en deux étapes devant une cour de compétence générale et obligatoire, et avec toutes les garanties d'un procès équitable;

d) Elles sont imposées dans le cadre d'un système où les contre-mesures sont exclues[770].

384. Dans l'état actuel du développement du droit international, il paraît clair au Rapporteur spécial que les conditions de l'imposition régulière d'astreintes aux États n'existent pas et ne pourraient être créées qu'avec grande difficulté. La Cour de Justice a insisté sur les exigences de transparence, de certitude et de proportionnalité.

[763] Il est prévu que cette procédure s'applique sans préjudice de l'article 227, lequel autorise tout État membre qui considère qu'un autre État membre a manqué à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du traité de porter l'affaire devant la Cour de façon, en pratique, à obtenir une déclaration réparatoire. Mais l'article 228 institue l'unique procédure par laquelle une astreinte peut être imposée aux États membres.

[764] Cour de justice des Communautés européennes, affaire C-387/97, *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*, *arrêt du 4 juillet 2000*, par. 85 et 86, citant la communication 96/C 242/07 du 21 août 1996 (*Journal officiel des Communautés européennes*, 1996, nº C 242, p. 6) et la communication 97/C63/02 du 28 février 1997 (ibid., 1997, nº C 63, p. 2).

[765] *Arrêt du 4 juillet 2000* (voir *supra* la note 764), par. 87.

[766] Ibid., par. 88; cf., ibid., par. 89, où les communications de la Commission sont décrites comme une « base de référence utile ».

[767] Ibid., par. 92 et 93.

[768] Ibid., par. 94.

[769] La Cour de Justice a rejeté l'argument du défendeur selon lequel l'action était irrecevable en raison du caractère rétroactif de l'astreinte. Elle a relevé que « l'argument soulevé […] relatif à la prise en compte, aux fins de fixation de l'astreinte, d'éléments et de critères faisant référence au passé se confond en substance avec l'examen de l'affaire sur le fond et notamment de l'objet de l'astreinte visée à l'article 171, paragraphe 2, du traité » (ibid., par. 42).

[770] Voir *supra* le paragraphe 343.

Il s'agit là des conditions juridiques générales d'un procès équitable en matière pénale. Elles ne sont pas confinées à des sous-systèmes juridiques comme celui de l'Union européenne.

385. S'il est difficile d'imposer aux États des amendes ou des sanctions similaires en l'absence d'institutions et de procédures adéquates, il existe en revanche une pratique consistant à prendre des contre-mesures afin d'inciter un État à s'acquitter de ses obligations internationales. Hormis certains régimes spéciaux, de telles contre-mesures ne requièrent pas l'épuisement préalable des voies de recours judiciaires, ni même une autorisation judiciaire préalable[771]. Si l'État lésé est en droit de prendre des contre-mesures comme moyen décentralisé pour obtenir réparation, alors on peut se demander pourquoi il ne pourrait être soutenu dans son entreprise par d'autres États qui ont eux-mêmes un intérêt reconnu au respect de l'obligation violée. La question se pose aussi de savoir si des « contre-mesures collectives » pourraient être prises par un ou plusieurs États confrontés à la violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble qui ne lèse directement aucun État (par exemple dans le domaine des droits de l'homme ou des conflits armés internes).

B. – Contre-mesures collectives[772]

386. Une section précédente de ce rapport a traité des dispositions sur les contre-mesures telles qu'adoptées en première lecture, pour autant qu'elles aient eu pour objet des actions entreprises par des États lésés, au sens étroit de ce terme (c'est-à-dire selon la définition proposée au paragraphe 1 de l'article 40 *bis*). La question demeure de savoir dans quelle mesure d'autres États peuvent légitimement affirmer leur droit de réagir aux violations d'obligations collectives auxquelles ils sont parties, quand bien même ils ne sont pas lésés en ce sens. Par souci de simplicité, ces cas seront discutés sous la rubrique des « contre-mesures collectives ». Ils ne se limitent pas aux situations où plusieurs, voire de nombreux États agissent de concert. L'élément collectif peut aussi être fourni par le fait que l'État qui réagit affirme son droit de répondre, dans l'intérêt public, à la violation d'une obligation multilatérale à laquelle il est partie, bien qu'il ne soit pas individuellement lésé par cette violation, ou encore par le fait que les mesures sont coordonnées par un certain nombre d'États impliqués.

387. Il importe de distinguer, d'une part, les contre-mesures individuelles, que celles-ci soient prises par un État ou par un groupe d'États agissant chacun de son propre fait et par le biais de ses propres organes, et, d'autre part, les réactions institutionnelles adoptées dans le cadre d'organisations internationales. Ce dernier cas – lorsque, par exemple, une telle action est entreprise sous l'égide du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies – n'est pas couvert par le projet d'articles[773]. De manière plus générale, le projet d'articles ne couvre pas les hypothèses où l'action est menée par une organisation internationale, même si les États membres dirigent ou contrôlent son comportement[774].

388. En second lieu, il est nécessaire de faire une autre distinction entre des réactions « inamicales » mais non illicites au comportement d'un autre État (mesures de rétorsion) et les réactions qui ne sont pas en conformité avec les obligations internationales de l'État et qui, si elles sont justifiées, le sont seulement à titre de contre-mesures légitimes. Si cette distinction peut parfois être difficile à établir en pratique, en particulier dans le cadre d'une action collective, elle est cruciale aux fins de la responsabilité des États. Seules les contre-mesures proprement dites entrent dans le champ du projet d'articles[775]. Les contre-mesures n'incluent donc pas les politiques de non-reconnaissance collective, que cette dernière soit obligatoire[776] ou optionnelle.

389. Troisièmement, les contre-mesures n'impliquant pas l'usage de la force doivent être clairement distinguées des réactions qui comportent l'emploi de celle-ci. Les mesures impliquant l'usage de la force dans les relations internationales, ou celles qui font autrement l'objet de l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte, sont régies par les règles primaires pertinentes et n'entrent donc pas dans le champ des obligations secondaires couvertes par le projet d'articles. On l'a déjà souligné dans le contexte de l'article 50 existant[777].

390. Ceci posé, l'on se propose, dans un premier temps, de passer en revue brièvement quelques exemples récents de la pratique des contre-mesures collectives, telles qu'elles ont été définies; deuxièmement, d'entreprendre une évaluation de cette pratique; et, troisièmement, de spécifier, à la lumière de cette pratique, les dispositions qui devraient être formulées dans le projet d'articles. Il convient d'insister sur le fait qu'il ne s'agit pas d'introduire dans le projet d'articles des dispositions sur les contre-mesures collectives. Tel qu'il a été adopté en pre-

[771] Voir *supra* le paragraphe 355.

[772] Ces questions sont abordées de manière intéressante par Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite*, p. 110 à 175. Voir aussi Akehurst, « Reprisals by Third States »; Charney, loc. cit.; Frowein, loc. cit.; Hutchinson, loc. cit; et Simma, « From bilateralism to community interest in international laws ».

[773] Voir l'article 39 existant, qui est discuté, *infra*, aux paragraphes 422 à 426.

[774] Voir *infra* le paragraphe 428 sur la proposition d'exclure du projet d'articles les questions concernant la responsabilité pour les faits des organisations internationales.

[775] Ainsi, les boycotts diplomatiques collectifs, le fait d'éviter les visites d'États ou les rencontres sportives, etc., ne violent pas le droit international et, bien que leur intention puisse être hostile ou inamicale, ne constituent pas des contre-mesures. L'action collective engagée par l'OUA contre le système de l'apartheid en Afrique du Sud ne semble pas non plus avoir impliqué de contre-mesures au sens strict, en l'absence d'obligations conventionnelles avec l'Afrique du Sud, dans le domaine du commerce ou du transport aérien notamment. Voir Ferguson-Brown, « The legality of economic sanctions against South Africa in contemporary international law »; cf. Dugard, « The organization of African unity and colonialism; an enquiring into the plea of self-defence as a justification for the use of force in the eradication of colonialism », p. 157 (qui se réfère à la légitime défense plutôt qu'aux contre-mesures). Les mesures collectives contre la Rhodésie furent prises en conformité avec le Chapitre VI, puis avec le Chapitre VII de la Charte; cf. Gowlland-Debbas, *Collective Responses to Illegal Acts in International Law: United Nations Action in the Question of Southern Rhodesia*, p. 365 à 422.

[776] Comme par exemple dans le cas de la situation examinée par la Cour dans son avis consultatif sur la *Namibie, C.I.J. Recueil 1971* (voir *supra* la note 169), p. 16.

[777] Voir *supra* le paragraphe 335.

mière lecture, le projet permet à tout État lésé (au sens de la définition extensive donnée par l'article 40 initial) de prendre des contre-mesures pour son propre compte, sans prendre en considération ce qu'un autre État peut être en train de faire et, notamment, sans se préoccuper du point de vue ou des réponses de l'État victime. Les faiblesses d'une approche aussi large des contre-mesures collectives ont déjà été mises en lumière[778]. Dès lors, la question est plutôt de savoir comment les dispositions sur les contre-mesures collectives, créées par la combinaison de l'article 40 et de l'article 47, qui ne font actuellement l'objet d'aucune restriction ou tentative de coordination, peuvent être limitées et contrôlées.

1. Examen de la pratique des États

391. Dans un certain nombre de cas, des États ont réagi contre des violations d'obligations collectives, bien qu'ils n'aient pu prétendre être lésés au sens défini au paragraphe 1 de l'article 40 *bis*. Ces réactions ont pris la forme de sanctions économiques (en contradiction avec des obligations conventionnelles) ou d'autres mesures (comme la rupture des liaisons aériennes en violation des traités aériens bilatéraux, ou comme le gel d'avoirs). On peut citer, entre autres, les exemples suivants :

a) *États-Unis–Ouganda (1978)*. En octobre 1978, le Congrès américain adopta une législation interdisant l'exportation de biens et de technologie et toutes les importations, en direction et en provenance de l'Ouganda[779]. En tant que membres du GATT, les États-Unis et l'Ouganda avaient l'obligation de n'introduire, dans leurs relations économiques, ni restrictions générales à l'exportation ni quotas[780]. Les États-Unis ne s'appuyèrent cependant pas sur les exceptions du GATT : la législation soulignait que « le Gouvernement de l'Ouganda […] a commis un génocide contre les Ougandais » et que « les États-Unis devaient prendre des mesures pour se dissocier de tout gouvernement étranger qui commet le crime international de génocide »[781];

b) *Certains États occidentaux – Pologne et Union soviétique (1981)*. Le 13 décembre 1981, à la suite du mouvement des troupes soviétiques le long de la frontière orientale de la Pologne, le gouvernement polonais imposa la loi martiale et, par la suite, réprima les manifestations et interna 12 500 dissidents[782]. Après les condamnations verbales de certains membres des Nations Unies, les États-Unis et d'autres pays occidentaux engagèrent une action contre la Pologne et l'Union soviétique. Outre des actions inamicales, les mesures adoptées comportaient la suspension, avec effet immédiat, des traités conférant des droits d'atterrissage à Aeroflot aux États-Unis et à LOT en Autriche, aux États-Unis, en Grande-Bretagne, en France, aux Pays-Bas et en Suisse[783]. Dans tous ces cas, les procédures de suspension prévues par les traités concernés ne furent pas respectées, ces mesures constituant par conséquent (à moins que leur illicéité fût exclue) autant de violations du droit international[784];

c) *Mesures collectives contre l'Argentine (1982)*. En avril 1982, lorsque l'Argentine prit le contrôle d'une partie des îles Malouines, le Conseil de sécurité appela à un retrait immédiat[785]. À la suite d'une demande du Royaume-Uni, les membres de la Communauté européenne, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Canada dépassèrent le stade des condamnations verbales et adoptèrent des sanctions commerciales. Celles-ci incluaient l'interdiction temporaire de toutes les importations de produits argentins, interdiction qui était contraire à l'article XI (par. 1) et peut-être aussi à l'article III du GATT. On peut douter de ce que ces mesures aient pu être justifiées par l'exception de sécurité nationale prévue par l'article XXI *b* (iii) du GATT[786]. Plus encore, l'embargo adopté par les pays européens constituait également une suspension des droits dont l'Argentine jouissait en vertu de deux accords sectoriels sur le commerce des textiles et celui du mouton et de l'agneau[787], accords par rapport auxquels les exceptions de sécurité du GATT ne s'appliquaient pas;

d) *États–Unis-Afrique du Sud (1986)*. Lorsqu'en 1985, le gouvernement sud-africain déclara l'état d'urgence dans de larges parties du pays, le Conseil de sécurité des Nations Unies recommanda l'adoption de boycotts économiques sectoriels et le gel des relations sportives et culturelles[788]. Par la suite, certains pays introduisirent des mesures qui dépassaient les recommandations du Conseil de sécurité et qui impliquaient, *prima facie*, des violations du droit international. Ainsi, le Congrès des États-Unis adopta en octobre 1986 la loi générale contre l'apartheid [*Comprehensive Anti-Apartheid Act* (CAA)], qui suspendait, avec effet immédiat, les droits d'atterrissage des compagnies aériennes sud-africaines sur le territoire américain[789]. Cette suspension immédiate était contraire aux termes de l'accord aérien de 1947 entre les États-Unis et

[778] Voir *supra* les paragraphes 109 et 114.

[779] Loi nº 95-435 du 10 octobre 1978 relative à l'embargo contre l'Ouganda (*Uganda Embargo Act*), *United States Statutes at Large 1978*, vol. 92, tome 1, Washington, United States Government Printing Office, 1980, p. 1051 à 1053.

[780] Cf. Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), art. XI (Élimination générale des restrictions quantitatives), par. 1.

[781] *Uganda Embargo Act* (voir *supra* la note 779), vol. 22, p. 1052, sect. 5 *a* à *d*.

[782] Rousseau, « Chronique des faits internationaux », p. 603 et 604.

[783] Sicilianos, op. cit., p. 161 et 162; et Rousseau, loc. cit., p. 607.

[784] Voir par exemple l'article 15 de l'accord signé à Varsovie le 19 juillet 1972 entre la Pologne et les États-Unis d'Amérique, relatif au transport aérien (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1279, nº 21084, p. 245); et l'article 17 de l'accord signé à Washington le 4 novembre 1966 entre les États-Unis et l'Union des Républiques socialistes soviétiques, relatif aux transports aériens civils (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 675, nº 9606, p. 3).

[785] Résolution du Conseil de sécurité 502 (1982), en date du 3 avril 1982.

[786] La volonté des pays occidentaux de s'appuyer sur cette disposition fut contestée par d'autres membres du GATT; cf. le communiqué des pays occidentaux, GATT, doc. L. 5319/Rev.1, et les déclarations du Brésil et de l'Espagne, GATT, doc. C/M/157, p. 5 et 6. Voir l'analyse de Hahn, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, p. 328 à 334; Sicilianos, p. 163.

[787] Ces traités sont reproduits au *Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 298, 26 novembre 1979, p. 2, et, ibid., nº L 275, 18 octobre 1980, p. 14.

[788] Résolution 569 (1985) du Conseil de sécurité en date du 26 juillet 1985. Pour des références supplémentaires, cf. Sicilianos, op. cit., p. 165.

[789] Comprehensive Anti-Apartheid Act, loi générale nº 99-440, in *ILM*, vol. 26, nº 1, janvier 1987, p. 79 (sect. 306) et ordonnance de mise en œuvre, ibid., p. 104.

l'Afrique du Sud[790] et fut justifiée comme une mesure qui devait encourager le gouvernement sud-africain à « adopter les mesures à même de conduire à l'établissement d'une démocratie qui ne soit pas raciale »[791];

e) *Mesures collectives contre l'Iraq (1990)*. Le 2 août 1990, les troupes iraquiennes envahirent et occupèrent le Koweït. Le Conseil de sécurité des Nations Unies condamna immédiatement l'invasion comme une rupture de la paix et de la sécurité internationales et, à partir du 6 août, adopta une série de résolutions légitimant les réactions des États membres en vue de restaurer le gouvernement koweïtien. Avant même que l'action des États membres fût autorisée par le Conseil de sécurité, les États membres des Communautés européennes et les États-Unis mirent en place des embargos commerciaux et décidèrent de geler les avoirs iraquiens[792]. Cette action fut entreprise en réponse directe à l'invasion iraquienne et, au moins initialement, n'était pas légitimée par les résolutions du Conseil de sécurité;

f) *Mesures collectives contre la Yougoslavie (1998)*. En réponse à la crise humanitaire au Kosovo, les États membres de la Communauté européenne adoptèrent une législation permettant de geler les fonds de la République fédérale de Yougoslavie et d'interdire immédiatement ses vols[793]. Pour un certain nombre de pays, tels que l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni, cette dernière mesure impliquait la violation d'accords aériens bilatéraux[794]. En raison des doutes existant sur la légitimité de cette action, le gouvernement britannique s'était initialement préparé à suivre la procédure de dénonciation d'un an prévue à l'article 17 de son accord avec la Yougoslavie. Cependant, il modifia ensuite sa position et refusa les vols avec effet immédiat. Pour justifier cette mesure, le gouvernement britannique affirma que « l'action du Président Milošević à l'encontre des droits de l'homme empire et signifie que, pour des raisons morales et politiques, il a perdu le droit de son gouvernement de se reposer sur la notification de 12 mois qui devrait normalement s'appliquer »[795]. La République fédérale de Yougoslavie dénonça ces mesures comme étant illicites, unilatérales et exemplaires d'une politique de discrimination[796].

392. Dans d'autres cas, des États « intéressés » ont, de façon similaire, suspendu des droits conventionnels dans le but d'exercer une pression sur des États violant des obligations collectives. Cependant, ils ne se sont pas appuyés sur le droit de prendre des contre-mesures, mais ont avancé plutôt le droit de suspendre un traité en raison d'un changement fondamental des circonstances. Deux exemples peuvent en être donnés :

a) *Pays-Bas–Suriname (1982)*. En 1980, un gouvernement militaire prit le pouvoir au Suriname, ancienne colonie hollandaise. En réponse à la répression des mouvements d'opposition par le nouveau gouvernement en décembre 1982, le gouvernement hollandais suspendit un traité bilatéral relatif à l'aide au développement, aux termes duquel le Suriname avait droit au versement d'une aide financière jusqu'en 1985[797]. Alors que le traité lui-même ne contenait aucune clause suspensive ou permettant d'y mettre fin, le gouvernement hollandais déclara que les violations des droits de l'homme au Suriname constituaient un changement fondamental des circonstances qui donnait lieu à un droit de suspension[798];

b) *États membres de la Communauté européenne–Yougoslavie (1991)*. Un raisonnement similaire fut avancé par les États membres de la Communauté européenne dans leurs relations avec la Yougoslavie. À l'automne 1991, en réponse à la reprise des combats en Yougoslavie, les États membres de la Communauté européenne suspendirent, puis dénoncèrent, l'accord de coopération de 1983 avec la Yougoslavie[799]. Cela conduisit à un retrait général des préférences commerciales sur les importations et outrepassa donc les limites de l'embargo sur les armes ordonné par le Conseil de sécurité dans sa résolution 713 du 25 septembre 1991. Cette réaction était incompatible avec les termes de l'accord de coopération, qui ne prévoyait pas de suspension immédiate, mais seulement la possibilité de dénoncer le traité après un préavis de six mois[800]. Pour justifier la suspension, les États membres de la Communauté européenne mentionnèrent explicitement la menace à la paix et à la sécurité dans la région. Cependant, comme dans le cas du Suriname, ils s'appuyèrent sur un changement fondamental des circonstances, plutôt que de mettre en avant un droit de recourir à des contre-mesures[801].

393. Ces exemples sont donnés à titre d'illustration plutôt qu'ils ne visent à l'exhaustivité. Ils témoignent d'une certaine volonté, de la part de certains États, de recourir à des contre-mesures en réponse à des violations d'obligations collectives. Dans d'autres cas, il n'est pas toujours facile de déterminer si les actions impliquaient

[790] Accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Union sud-africaine relatif aux services aériens entre leurs territoires respectifs, signé au Cap le 23 mai 1947 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 66, nº 857, p. 233), art. VI.

[791] *ILM* (voir *supra* la note 789), p. 105.

[792] Voir, par exemple, les décrets présidentiels (*Executive Orders*) du Président Bush, en date du 2 août 1990, reproduits in *American Journal of International Law*, vol. 84, nº 4, Washington, octobre 1990, p. 903 à 905.

[793] Positions communes du 7 mai et du 29 juin 1998, *Journal officiel des Communautés européennes*, 1998, L 143 (p. 1) et L 190 (p. 3); mises en œuvre par les Règlements de la Communauté, 1295/98 (L 178, p. 33) et 1901/98 (L 248, p. 1).

[794] Voir par exemple Royaume-Uni, *Treaty Series* nº 10, Londres, HM Stationary Office, 1960; et *Recueil des Traités et Accords de la France*, nº 69, 1967.

[795] Cf. *British Year Book of International Law, 1998*, vol. 69, p. 580 et 581. La position britannique est à nouveau résumée, ibid., *1999*, vol. 70, p. 555 et 556.

[796] Déclaration du Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie sur la suspension des vols des compagnies aériennes yougoslaves, 10 octobre 1999, reproduite par Weller, *The Crisis in Kosovo 1989-1999*, p. 227.

[797] Lindemann, « Die Auswirkungen der Menschenrechtsverletzungen auf die Vertragsbeziehungen zwischen den Niederlanden und Surinam », p. 68 et 69. Le traité en question est reproduit in *Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, nº 140, La Haye, 1975.

[798] Siekmann, « Netherlands State practice for the parliamentary year 1982-1983 », p. 321

[799] Voir *Journal officiel des Communautés européennes*, 1991, nº L 315, p. 1, pour la suspension; et nº L 325, 1991, p. 23, pour la dénonciation.

[800] Art. 60, par. 2, de l'accord de coopération.

[801] De la même manière, la Cour européenne de Justice s'appuya sur le droit des traités et non sur le droit de la responsabilité des États pour confirmer la validité du règlement communautaire en question; voir l'affaire C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, *arrêt du 16 juin 1998*, par. 53 à 59.

déjà un comportement non conforme aux obligations internationales ou si elles constituaient des cas d'actions inamicales mais licites, sous forme de rétorsion. On peut mentionner par exemple les mesures prises par les pays occidentaux contre l'Union soviétique à la suite de l'invasion de l'Afghanistan. Si la plupart de ces mesures constituaient probablement des actes de rétorsion, la réaction la plus controversée, à savoir l'embargo des États-Unis sur les exportations de céréales, a pu constituer une violation des engagements des États-Unis à l'égard de l'Union soviétique dans le cadre de leurs accords bilatéraux[802].

394. Dans un certain nombre d'autres cas, il semble que les États « intéressés » aient au moins affirmé un droit de recourir à des contre-mesures en réponse à des violations d'obligations collectives, bien que leurs réponses elles-mêmes ne puissent être considérées comme des contre-mesures. À cet égard, on peut mentionner diverses déclarations adoptées lors des sommets du G7, lançant des appels à l'action collective contre les pays accueillant des pirates de l'air[803]. La réaction de certains États qui ont soutenu les États-Unis, à leur demande, lors de la crise du personnel diplomatique et consulaire, suggère que les États qui ont ainsi réagi étaient prêts à recourir à des contre-mesures, bien que les mesures prises en réalité soient restées, de manière assez claire, de simples actes de rétorsion[804].

2. Une évaluation

395. Ce passage en revue montre que dans un nombre important de cas, des États, qui n'étaient pas « lésés » au sens de l'article 40 *bis*, paragraphe 1, ont pris des mesures contre un État visé en réponse à des violations antérieures d'obligations collectives commises par cet État. En outre, dans certains cas au moins, ces mesures constituaient elles-mêmes des violations (ou auraient, dans tout autre circonstance, constitué des violations) d'obligations de l'État prenant les mesures, envers l'État visé. Cela semble suggérer que le droit de recourir à des contre-mesures ne peut être restreint aux victimes de la violation en question, mais peut aussi dériver de violations d'obligations collectives, telles que celles-ci ont été précédemment définies dans ce rapport[805].

396. Ce constat doit néanmoins être nuancé sur un certain nombre de points.

a) Premièrement, il faut admettre franchement que la pratique est dominée par un groupe particulier d'États (les pays occidentaux). Il y a peu de cas dans lesquels des États d'Afrique ou d'Asie, par exemple, ont pris des contre-mesures collectives[806];

b) Deuxièmement, la pratique est sélective : dans la majorité des cas impliquant des violations d'obligations collectives, aucune réaction n'a eu lieu, en dehors de condamnations verbales;

c) Troisièmement, même lorsque des mesures contraignantes ont été prises, elles n'ont pas toujours été présentées comme des contre-mesures. La décision du gouvernement hollandais de s'appuyer sur le changement fondamental de circonstances dans le but de suspendre son traité avec le Suriname semble indiquer une préférence pour d'autres concepts[807].

397. On doit admettre que la pratique ne permet pas de tirer des conclusions claires quant à l'existence d'un droit des États de recourir aux contre-mesures, s'ils ne sont pas lésés au sens de l'article 40 *bis*, paragraphe 1. D'un autre côté, un certain nombre d'observations peuvent être faites.

398. Premièrement, il ne semble pas exister de distinction fondée sur la source juridique de l'obligation collective qui a été violée. Dans les exemples donnés, les États ont réagi à des violations du droit international aussi bien conventionnel que coutumier. Bien entendu, le recours à des contre-mesures sera exclu s'il répond à des violations de traités qui écartent globalement l'application des règles générales du droit international, ou qui contiennent leurs propres dispositions sur l'autorisation des mesures collectives. D'un autre côté, cependant, la simple existence de dispositifs conventionnels comportant des mécanismes de contrôle (par exemple dans le domaine des droits de l'homme) n'a pas été considérée comme excluant le recours aux contre-mesures.

399. De plus, en dépit du caractère sélectif de la pratique, aucun des cas cités ne concerne des violations mineures ou isolées d'obligations collectives. Lorsque des États ont eu recours à des contre-mesures en réponse à une violation d'obligations collectives, cette violation avait été considérée comme ayant atteint un certain seuil[808]. Les exemples qui ont été mentionnés portent en effet sur certaines des crises politiques les plus graves survenues récemment. En observant toute la prudence nécessaire,

[802] Lorsque les termes de l'accord étaient encore respectés, le gouvernement américain avait unilatéralement autorisé l'achat de plus grandes quantités de céréales. Ces achats furent annulés par l'embargo américain (voir Sicilianos, op. cit., p. 158).

[803] Voir la Déclaration commune sur la piraterie aérienne, adoptée au Sommet économique de Bonn (16 et 17 juillet 1978), *ILM*, vol. XVII, nº 5, septembre 1978, p. 1285. Les déclarations qui ont suivi peuvent être consultées (en anglais) in *ILM*, vol. XX, nº 4, juillet 1981, p. 956; et, ibid., vol. XXV, nº 4, juillet 1986, p. 1005.

[804] Cf. l'analyse de Frowein, loc. cit., p. 417; et Sicilianos, op. cit., p. 159 et 160.

[805] Voir *supra* les paragraphes 83 et 92.

[806] En ce qui concerne, néanmoins, l'action collective à l'égard de l'Afrique du Sud, voir *supra* la note 169.

[807] Voir *supra* le paragraphe 392 *a*. On peut noter que des conditions strictes sont applicables au changement fondamental de circonstances selon l'article 62 de la Convention de Vienne de 1969, telle qu'il a été interprété et appliqué par exemple dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *C.I.J. Recueil 1997* (voir *supra* la note 18). On peut par conséquent douter que cette doctrine soit applicable dans beaucoup de ces cas. Il reste cependant que les gouvernements ont préféré, dans certains cas, s'appuyer sur des fondements – peut-être inapplicables – permettant de mettre fin aux traités plutôt que sur des contre-mesures.

[808] Ce n'est pas le rôle du Rapporteur spécial ou de la Commission de déterminer, dans des cas particuliers, si des perceptions, plus ou moins largement partagées, de violations exceptionnelles correspondent bien à la réalité des faits. Les États qui prennent des contre-mesures le font à leurs risques et périls, et la question de savoir si elles sont justifiées dans tel ou tel cas relève d'une appréciation objective (voir *supra* le paragraphe 289). Ce qui importe est plutôt que les États qui prennent ces mesures montrent qu'elles étaient justifiées sur la base – et, par claire implication, seulement sur la base – du fait que les raisons invoquées étaient réelles, sérieuses et qu'elles méritaient une telle réponse si elles étaient établies.

il semble possible d'affirmer que ces réactions n'ont eu lieu qu'en réponse à des violations graves d'obligations collectives.

400. Enfin, dans les cas impliquant un État directement lésé (c'est-à-dire l'État victime ainsi que d'autres États tiers « intéressés »), la réaction de l'État victime semble avoir été considérée comme juridiquement pertinente, sinon décisive, pour tous les autres États. Ainsi, durant le conflit des Malouines et la crise des otages à Téhéran, les États autres que, respectivement, le Royaume-Uni et les États-Unis, n'ont agi qu'à l'appel de ceux-ci, qui étaient les victimes directes, et seulement dans les limites de leur appel. Lorsqu'un État est victime d'une violation (et que l'intérêt des autres États dans la violation, s'il existe, est d'un caractère plus général), il semble approprié que l'État victime se trouve en position de décider si des contre-mesures doivent être prises et lesquelles, dans les limites générales posées par le projet d'articles. Des États tiers ne devraient pas pouvoir, en effet, intervenir dans un différend en prenant des contre-mesures, si les parties principales souhaitent le résoudre par d'autres moyens. Il y a ici une analogie avec la légitime défense collective. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ a souligné qu'une action menée au titre de la légitime défense collective ne pouvait être entreprise par un État tiers, sauf à la demande du premier bénéficiaire de l'obligation (l'État qui a subi l'attaque armée)[809]. Les règles relatives à l'usage de la force donnent cependant naissance, bien entendu, à des obligations *erga omnes* : elles constituent des obligations collectives. L'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* a été mentionnée par la Cour dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* comme étant pertinente au regard du droit des contre-mesures[810]; cette analogie, si elle n'est pas décisive, semble du moins raisonnable. Si un État A ne peut agir dans le cadre de la légitime défense collective de l'État B sans le consentement de ce dernier, il ne paraît pas approprié de considérer que l'État A peut prendre des contre-mesures (collectives) dans les cas où l'État B est victime d'une violation, sans tenir compte des souhaits de l'État B. D'un autre côté, si l'État A, membre de la communauté internationale à laquelle l'obligation est due, ne peut pas recourir à des contre-mesures proportionnées au nom de l'État B, victime de la violation, l'État B est alors laissé seul face à l'État responsable, et une relation juridique fondée sur une obligation multilatérale est en réalité convertie, au moment de sa mise en œuvre, en une relation bilatérale. Cela ne semble pas plus acceptable en principe.

3. Conclusion possible

401. Les conclusions que l'on peut tirer de la pratique examinée ci-dessus doivent nécessairement être considérées avec prudence; la pratique est assez clairsemée et implique un nombre limité d'États. Néanmoins, elle permet de soutenir l'idée qu'un État lésé par la violation d'une obligation multilatérale ne devrait pas être laissé seul dans la recherche d'une réponse à cette violation. Si d'autres États sont en droit d'invoquer la responsabilité par rapport à ces violations, au moins pour demander la cessation du fait illicite et des assurances de non-répétition, ainsi que la restitution au nom de l'État lésé[811], il ne semble pas incohérent, en principe, qu'ils soient reconnus comme étant habilités à prendre des contre-mesures avec le consentement de cet État. Bien entendu, de telles contre-mesures devraient respecter les conditions posées pour l'État lésé lui-même[812] et leur caractère « collectif » devrait aussi être reconnu. Ainsi toutes les contre-mesures prises par rapport à une violation donnée devraient être prises en considération pour déterminer si la réponse est, globalement, proportionnée. De plus, si l'État responsable coopère avec l'État lésé dans la résolution du différend, les autres États devraient respecter ce processus. On peut atteindre ce résultat en limitant l'action des États « tiers » aux contre-mesures qui auraient été légitimes si elles avaient été prises par l'État lésé lui-même.

402. L'on se propose par conséquent de modifier la position du projet d'articles sur la question des contre-mesures collectives, en limitant la mesure dans laquelle des États, qui ne sont pas eux-mêmes directement lésés par la violation d'une obligation multilatérale, peuvent agir par le biais de contre-mesures. Par contraste avec la position adoptée en première lecture, le projet d'articles devrait expliciter le fait que la distinction, que l'on propose d'incorporer dans l'article 40 *bis*, entre les États lésés et les autres État habilités à invoquer la responsabilité, a des répercussions sur le droit d'un groupe d'États plus large de recourir à des contre-mesures. Dans les cas où la violation d'une obligation collective lèse directement un État, les autres États liés par cette obligation et qui répondent à la définition proposée au paragraphe 2 de l'article 40 *bis* devraient être habilités à prendre des contre-mesures au nom de l'État lésé, à la demande et avec le consentement de ce dernier et dans les limites de ce consentement. De plus, il sera nécessaire d'adapter le régime des contre-mesures prises par un État lésé pour son propre compte, afin de répondre à la situation où plusieurs États prennent, ou sont habilités à prendre, des contre-mesures dans l'intérêt collectif. En particulier, le comportement de chacun des États qui prend de telles mesures devrait être pris en considération dans l'estimation de la proportionnalité. Ces conditions et ces restrictions sont reprises dans la disposition proposée, *infra*, au paragraphe 413.

403. Un second type de situation concerne le recours à des contre-mesures collectives dans les cas où aucun État n'est « lésé », au sens du paragraphe 1 de l'article 40 *bis* – notamment dans le cas de violations d'obligations relatives aux droits de l'homme, qui sont dues à la communauté internationale dans son ensemble mais n'affectent que les ressortissants de l'État responsable. La difficulté tient ici au fait que, presque par définition, les parties lésées vont manquer d'organes représentatifs à même d'exprimer valablement leurs souhaits au plan international. Il y a également un risque important que de tels cas s'aggravent si les États tiers sont autorisés à prendre librement des contre-mesures sur la base de leur propre appréciation de la situation. D'un autre côté, il est difficile d'imaginer que des État tiers, confrontés à des violations évidentes, graves et persistantes, d'obligations envers la communauté, n'aient aucun droit à réagir.

---

[809] Voir *supra* la note 207.

[810] *C.I.J. Recueil 1986* (voir *supra* la note 18), par. 83, p. 55.

[811] Voir *supra* le paragraphe 377.

[812] Voir *supra* le paragraphe 367, pour les conditions dans lesquelles il est proposé qu'un État lésé soit habilité à prendre des contre-mesures.

404. Dans divers contextes, notamment ceux qui concernent les droits de l'homme et le droit humanitaire, une distinction est faite entre les violations isolées d'obligations collectives et les violations qui ont un caractère grave et systématique. En outre, cette distinction est faite même lorsque la règle sous-jacente est identique pour les violations isolées et pour les violations graves et systématiques (comme c'est souvent le cas). Par exemple :

a) La Cour européenne des droits de l'homme a distingué les plaintes individuelles des affaires qui impliquent des violations systématiques équivalant à une pratique de traitements ou de châtiments inhumains ou dégradants, en considérant que la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'était pas applicable dans le second cas[813];

b) La procédure établie par la résolution 1503 (XLVIII) du Conseil économique et social, en date du 27 mai 1970, vise les cas impliquant « l'existence d'un ensemble de violations flagrantes et systématiques, dont on a des preuves dignes de foi, des droits de l'homme et des libertés fondamentales »[814];

c) La définition des crimes contre l'humanité en droit international général implique un seuil de violations systématiques ou étendues, soit explicitement soit (comme pour le génocide ou l'apartheid) par implication nécessaire de la définition même des actes interdits[815].

Il faut aussi attirer l'attention sur la justification donnée à l'interdiction du trafic aérien vers la Yougoslavie, telle qu'elle a été formulée par le Conseil de la Communauté européenne dans son règlement nº 1901/98 du 7 septembre 1998. La liste énumérait, entre autres :

> la violence aveugle et la répression brutale à l'encontre de ses propres citoyens, ce qui constitue une violation grave des droits de l'homme et du droit international humanitaire[816].

405. En termes de politique, les préoccupations et les doutes portant sur les contre-mesures collectives – en particulier, le souci d'une procédure équitable pour l'État présenté comme responsable, le problème de l'intervention dans un différend et le risque d'aggraver ce dernier – sont substantiellement réduits si la violation en question est grave, bien établie, systématique et qu'elle continue à être perpétrée. Ne pas autoriser des contre-mesures collectives dans ce type de cas ne semble pas approprié. Cela pourrait en effet contribuer à exercer sur les États une pression accrue pour qu'ils interviennent d'une façon différente et peut-être moins souhaitable. Ce n'est pas le rôle de la Commission que d'examiner dans le cadre présent la licéité de l'intervention humanitaire en réponse aux violations graves des obligations envers la communauté[817]. On peut au moins dire, cependant, que le droit international devrait offrir aux États qui ont un intérêt légitime au respect de telles obligations, des moyens d'assurer ce respect qui n'impliquent pas l'usage de la force.

406. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial propose que le projet d'articles autorise les États parties à une obligation due à la communauté à prendre des contre-mesures collectives en réponse à une violation grave et bien établie de cette obligation, notamment dans le but d'assurer la cessation de la violation et d'obtenir des assurances et garanties de non-répétition au nom des victimes non étatiques[818]. De telles contre-mesures devraient respecter les autres conditions posées dans le projet d'articles au sujet des contre-mesures, et, en particulier, elles ne devraient pas, prises dans leur ensemble, enfreindre l'exigence de proportionnalité. Le texte devrait refléter cette restriction plutôt que d'impliquer – comme le faisaient les articles 40 et 47 adoptés en première lecture – que les contre-mesures individuelles sont le corollaire de toutes les formes de préjudice défini en un sens très large.

C. – Conséquences supplémentaires des « violations graves » d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble

407. La question qui se pose à présent est de savoir si d'autres conséquences peuvent être rattachées à la catégorie des violations graves, flagrantes ou systématiques des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble[819]. Évidemment, les conséquences juridiques générales de la responsabilité s'appliqueront à ces violations et leur incidence en sera d'autant plus importante, proportionnellement à la gravité de la violation. Mais existe-t-il des conséquences juridiques supplémentaires, applicables aux « violations graves » en tant que telles ? Il est nécessaire de distinguer ici la question des obligations supplémentaires pesant sur l'État responsable des conséquences possibles pour les autres États.

---

[813] *Irlande c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 175), discuté dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 8), par. 125.

[814] Pour une évaluation de la procédure de la résolution 1503, voir, par exemple, Alston, « The Commission on Human Rights », p. 145 à 155.

[815] Voir, par exemple, la définition des « crimes contre l'humanité » dans l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, reflétant la définition donnée par la Commission dans l'article 18 du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité [*Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), par. 50, p. 47].

[816] *Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 248, 8 septembre 1998, p. 1.

[817] Comme la CIJ l'a noté dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force, mesures conservatoires*, *ordonnance du 2 juin 1999*, *C.I.J. Recueil 1999*, par. 16 : « l'emploi de la force en Yougoslavie […], dans les circonstances actuelles, […] soulève des problèmes très graves de droit international ».

[818] Voir aussi *supra* les paragraphes 115 et 116, ainsi que le tableau 2.

[819] Dans le projet d'articles adopté en première lecture, il fut noté que « des formules comme « un fait internationalement illicite de nature grave » ou « un fait illicite d'une exceptionnelle gravité » pourraient être substituées au terme « crime » [*Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), art. 40, par. 3, note (*), p. 67]. Il convient de souligner que certaines de ces violations graves constituent des faits illicites distincts en eux-mêmes, dans la mesure où la définition du fait illicite garantit que seuls des cas graves ou extrêmes seront couverts (par exemple le génocide ou les crimes contre l'humanité). D'autres violations (comme la torture) constituent des faits illicites généraux qui peuvent entrer dans la catégorie susmentionnée en cas d'application extrême ou systématique. Pour clarifier ce point, l'addition d'un projet d'article a été suggérée. Celui-ci pourrait être situé dans le chapitre premier de la deuxième partie et pourrait prévoir que :

> « 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. »

408. En ce qui concerne l'État responsable lui-même, il faut remarquer que le projet d'articles adopté en première lecture ne proposait que les conséquences suivantes pour les crimes définis dans l'article 19 :

a) La restitution était exigée, même si la charge de la fournir était hors de toute proportion avec l'avantage qu'y gagnait l'État lésé par comparaison à une indemnisation (article 52 *a*, écartant l'article 43 *c* en cas de crimes);

b) La restitution pouvait menacer sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État responsable (article 52 *a*, écartant l'article 43 *d*);

c) Les mesures prises au titre de la satisfaction pouvaient porter atteinte « à la dignité » de l'État responsable (article 52 *b*, écartant l'article 45, paragraphe 3).

Si, comme cela a été recommandé, l'article 43 *d* est supprimé[820], seules la première et la troisième de ces « conséquences » subsisteront mais il est très difficile de concevoir des hypothèses pratiques dans lesquelles elles pourraient faire une différence. Pour la première, si la partie lésée ne choisit pas de manière valable l'indemnisation au lieu de la restitution[821], cette dernière (si elle est possible) sera effectivement obligatoire, au regard de l'importance des valeurs qui se rattachent aux obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble et de la nécessité de ne pas pardonner leur violation. Pour la troisième de ces conséquences, la proportionnalité constitue l'élément principal de l'article 45, paragraphe 4, tel qu'il est à présent proposé[822], et il n'est pas besoin d'« humilier » un État, même lorsqu'il a commis une violation grave d'une obligation due à la communauté. De l'avis du Rapporteur spécial, ces « conséquences » sont triviales, incidentes et irréalistes; elles devraient être supprimées.

409. En revanche, si l'on veut tenir dûment compte des valeurs qui sous-tendent l'article 19 – qui sont pertinentes que l'on accepte ou non le terme de « crimes » pour les exprimer – il est envisageable que des dommages-intérêts soient octroyés pour des violations graves, d'une manière qui correspondra à la gravité de la violation et préviendra sa commission dans l'avenir. On a indiqué que l'imposition d'amendes par le biais d'une procédure judiciaire centralisée, équivalente à celle qu'instaure l'article 228 du Traité des Communautés européennes, est hors de la portée du présent projet et nécessiterait un régime réglementaire spécifique qui fait aujourd'hui défaut et que le projet d'articles ne peut pas créer de manière réaliste[823]. Néanmoins, le problème des dommages-intérêts punitifs ne se pose pas nécessairement dans les mêmes termes et l'on peut envisager qu'un État lésé soit habilité à en demander. En réalité, à la suite de violations graves et systématiques d'obligations dues à la communauté, il y aura toujours un groupe beaucoup plus large de personnes affectées indirectement ainsi qu'un important travail de restauration à accomplir. Aux fins du débat, le Rapporteur spécial propose qu'en cas de violations graves d'obligations envers la communauté, l'État responsable soit obligé de verser des dommages-intérêts punitifs. Sinon, pour autant que la formulation actuelle de l'article 45, paragraphe 2 *c*, ne soit pas retenue à l'égard des violations en général[824], elle pourrait s'appliquer à la catégorie des violations graves.

1. Obligations supplémentaires pour les autres États confrontés à des violations graves d'obligations envers la communauté

410. Si l'article 52 tel qu'adopté en première lecture envisageait peu d'obligations supplémentaires, sinon aucune, à la charge de l'État responsable, l'article 53 prévoyait – paradoxalement – de telles obligations pour les États tiers. Dans le cas des violations graves mentionnées à l'article 19, les États tiers étaient obligés :

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

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

c) De coopérer avec les autres États pour exécuter les obligations énoncées aux alinéas *a* et *b*; et

d) De coopérer avec les autres États pour appliquer les mesures visant à éliminer les conséquences du crime.

Ces conséquences ont été analysées dans un rapport antérieur[825]. Il y a été noté que, si on laisse de côté la terminologie controversée des « crimes », elles sont généralement acceptables, pour autant néanmoins qu'elles n'aient pas d'implications a contrario pour les violations qui ne sont pas flagrantes, systématiques ou graves. Les États ne peuvent pas reconnaître comme licite, par exemple, l'acquisition unilatérale d'un territoire par la force, même si l'usage de celle-ci pouvait en l'occurrence être licite. Les États ne peuvent pas non plus favoriser de manière licite la détention d'otages, même dans des cas isolés. Ici encore, aux fins du débat, le Rapporteur spécial propose une version consolidée des articles 51 à 53. Le commentaire devrait indiquer clairement que les conséquences énumérées peuvent également s'appliquer dans d'autres cas, en fonction du contexte et du contenu de la règle primaire en cause.

2. Préserver la possibilité de futurs développements

411. Il est évident que les questions de prééminence et de mise en œuvre des obligations envers la communauté connaissent un développement rapide[826]. Les anciennes structures de la responsabilité étatique bilatérale sont tout à fait inadéquates pour traiter des violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire ou encore des situations qui menacent la survie des États et des peuples. On ne peut espérer que le projet d'articles anticipe ces développements futurs et il est par conséquent nécessaire de réserver pour l'avenir les conséquences supplémentaires, pénales et autres, qui pourront s'attacher à un

[820] Voir *supra* le paragraphe 144 *d*.

[821] Dans la mesure où la restitution concerne la poursuite de l'exécution de l'obligation primaire, il se peut que l'État lésé lui-même ne puisse pas valablement y renoncer (voir *supra* les paragraphes 134 et 253).

[822] Voir *supra* le paragraphe 194.

[823] Voir *supra* les paragraphes 382 et 383.

[824] Comme cela a été proposé *supra* au paragraphe 191.

[825] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 23), par. 51.

[826] Voir *supra* les paragraphes 372 et 392; voir aussi le paragraphe 382.

comportement internationalement illicite en raison de son appartenance à la catégorie des crimes ou des violations d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble. Une telle clause peut, peut-être, être interprétée comme l'admission d'une défaite dans la recherche d'alternatives à l'article 19 actuel qui soient adéquates et fondées en principe. Mais, de l'avis du Rapporteur spécial, elle constitue plutôt une reconnaissance réaliste des limites de la codification et du développement progressif dans une période de changements institutionnels et politiques rapides.

D. – Résumé des conclusions relatives à la deuxième partie, chapitre III, et à la deuxième partie *bis*

412. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial propose que le texte de la deuxième partie, chapitre III, soit rédigé comme suit :

« [CHAPITRE III

« VIOLATIONS GRAVES D'OBLIGATIONS DUES À LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE DANS SON ENSEMBLE

« 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.] »

Dans la mesure où le chapitre III proposé se suffit à lui-même et puisque l'article 19 adopté en première lecture ne jouait aucun rôle particulier dans la première partie, cet article peut lui-même être supprimé si le chapitre III est adopté. Il faudra expliquer de façon plus détaillée dans le commentaire le contenu limité de la catégorie à laquelle s'applique le chapitre III et le caractère non exclusif des conséquences énumérées au paragraphe 3.

413. Un certain nombre de dispositions doivent également être ajoutées à la deuxième partie *bis* déjà proposée. En premier lieu, l'article 40 *bis* préalablement présenté devrait indiquer clairement les cas dans lesquels la catégorie d'États plus large (mentionnée au paragraphe 2) est en droit d'invoquer la responsabilité, conformément aux recommandations qui ont déjà été faites[827]. Les conditions de l'invocation de la responsabilité posées dans la deuxième partie *bis* devraient aussi s'appliquer autant que nécessaire à ces États[828]. De surcroît, les dispositions suivantes devraient être ajoutées à cette partie :

« Article 50 A[829]. – 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.

« 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. »

---

[827] Voir *supra* les paragraphes 378 et 379.

[828] On peut atteindre ce résultat en ajoutant au projet d'article 40 *bis* des dispositions prévoyant qu'un État lésé peut invoquer toutes les conséquences d'un fait internationalement illicite conformes à la deuxième partie. En outre, le paragraphe suivant devrait être ajouté par rapport à la catégorie d'États plus large actuellement mentionnée dans l'article 40 *bis*, paragraphe 2 :

« 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 à l'article 51, paragraphe 2, à la condition que ces dommages-intérêts soient utilisés au bénéfice des victimes de la violation ».

De plus, l'article 46 *ter* déjà proposé (voir *supra* le paragraphe 284) peut s'appliquer à tout État qui invoque la responsabilité, qu'il soit ou non un État lésé.

[829] Ces articles seraient placés avant l'article 50 *bis* (Suspension et cessation des contre-mesures) qui a été proposé *supra* au paragraphe 367.

CHAPITRE V

Quatrième partie. Dispositions générales

414. Enfin, il est nécessaire de rassembler certaines clauses de sauvegarde adoptées en première lecture ou proposées ultérieurement, et d'examiner si d'autres dispositions de nature générale sont susceptibles d'être incluses dans la quatrième partie. Il faut concevoir cette partie comme une partie générale et finale qui vise à clarifier certains points dont le projet d'articles ne traite pas et à préciser certains liens entre le projet d'articles et d'autres règles et domaines du droit international.

A. – Dispositions actuelles

1. ARTICLE 37 (*LEX SPECIALIS*)

415. L'article 37 tel qu'adopté en première lecture est intitulé « *lex specialis* ». Il prévoit que :

> Les dispositions de la présente partie ne s'appliquent pas dans les cas ou dans la mesure où les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État sont déterminées par d'autres règles de droit international qui se rapportent spécifiquement à ce fait.

416. Le très bref commentaire de l'article 37 souligne « le caractère *supplétif* des dispositions de la deuxième partie »[830] et note que les États peuvent « déterminer quelles seront entre eux les conséquences juridiques du fait internationalement illicite en cause », soit dans l'instrument créant l'obligation primaire concernée soit d'une autre manière. Selon le commentaire, la seule limite à cette faculté réside dans le fait que les États ne peuvent prévoir, même *inter se*

> des conséquences juridiques qui autoriseraient des actes contraires à des normes impératives du droit international général ou qui seraient soustraites à la surveillance des organes compétents des Nations Unies dans l'exercice de leurs responsabilités à l'égard du maintien de la paix et de la sécurité internationales[831].

417. Les commentaires des gouvernements relatifs au projet d'article 37 appuient ce principe[832]. Bon nombre de gouvernements ont même suggéré qu'il devrait être appliqué de façon générale à tout le projet d'articles[833]. La République tchèque soulève la question du lien existant entre l'article 37 et la notion de « crimes » dont traite l'article 19, et suggère qu'il serait utile de revoir la formulation du projet d'article 37 « afin de faire apparaître plus clairement que les dispositions de la deuxième partie, lorsqu'elles ont trait au régime applicable en cas de "crimes", n'ont alors plus un caractère simplement supplétif »[834]. Cet État souligne que, si les « crimes » consistent en des violations de règles impératives dites de *jus cogens*, les règles secondaires qui leur sont applicables doivent « de ce fait également avoir un caractère impératif, sans qu'il soit possible d'y déroger par un accord *inter partes* »[835].

418. La Suisse souligne le lien existant entre le projet d'article 37 et l'article 60 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Elle note que, selon la formulation actuelle de l'article 37, l'extinction d'un traité en vertu de l'une de ces dispositions « pourrait être considérée comme excluant toutes autres conséquences, à savoir celles dérivant du projet sur la responsabilité des États »[836]. Le gouvernement helvétique souligne l'importance de clarifier cette situation et précise qu'il serait peut-être approprié d'inclure une réserve relative à l'article 60 des Conventions de Vienne[837].

419. En ce qui concerne la place du projet d'article, le Japon suggère qu'il devrait être inséré dans le chapitre premier de la première partie du projet[838]. Pour sa part, la France considère qu'il pourrait faire partie des dispositions introductives ou finales, dans la mesure où, à l'instar des articles 38 et 39, il traite « des rapports entre le projet d'articles et les règles extérieures, en soulignant le caractère supplétif de ce texte »[839].

420. Les États prévoient souvent des dispositions spécifiques relatives aux conséquences juridiques de la violation de règles particulières. La question est de savoir si ces conséquences sont exclusives, c'est-à-dire si de telles dispositions excluent les conséquences qui résulteraient autrement du droit international général. Il s'agira toujours d'une question d'interprétation dans chaque cas, qu'aucune disposition du type de l'article 37 ne peut préjuger. Dans certains cas, il découlera clairement du texte du traité ou d'un autre texte que seules les conséquences qui y sont spécifiées s'appliqueront. Dans d'autres cas, seul un aspect du droit international général se trouvera

---

[830] *Annuaire… 1983*, vol. II (2e partie), commentaire de l'article 2 [actuel article 37], par. 1, p. 45. Aucun exemple n'est fourni.

[831] Ibid., par. 2, p. 45.

[832] Voir le débat au sein de la Sixième Commission dans le cadre duquel « on a dit qu'il fallait continuer à respecter la *lex specialis* » [A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 127, p. 21]. La Sixième Commission a souligné que les régimes conventionnels spécifiques comportant leurs propres normes relatives à la responsabilité des États continueraient normalement de prévaloir sur les dispositions du projet d'articles, quelle que soit la forme qu'il prendrait en définitive (ibid.). De même, lors de sa cinquante-quatrième session, on a souligné que le projet d'articles « ne s'appliquerait pas aux régimes juridiques autonomes, tels que ceux mis en place ces dernières années dans les domaines de l'environnement, des droits de l'homme et du commerce international » [A/CN.4/504 (voir *supra* la note 3), par. 15, p. 9].

[833] Voir les commentaires de l'Allemagne [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 3), p. 136)], des États-Unis (ibid.), du Royaume-Uni (ibid.) et du Japon (« la priorité accordée à la *lex specialis* ne doit certainement pas être limitée à la deuxième partie du projet mais peut s'appliquer aussi à la troisième ou même à la première partie » [*Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43, p. 120)]. Voir aussi les commentaires et observations faits dans le cadre de la Sixième Commission selon lesquels « la Commission devait partir de l'hypothèse que la règle de la *lex specialis* devait être transformée en principe général » [A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 127, p. 21].

[834] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), p. 136.

[835] Ibid.

[836] Ibid.

[837] La discussion au sein de la Sixième Commission a également souligné l'importance de respecter « le parallélisme entre le droit des traités et le droit de la responsabilité internationale, tout en indiquant clairement que le projet d'articles était complémentaire de la Convention de Vienne » [A/CN.4/496 (voir *supra* la note 3), par. 127, p. 21].

[838] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), p. 120.

[839] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35), p. 136.

modifié, les autres aspects demeurant applicables. Un exemple de la première hypothèse réside dans le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC, relatif aux voies de recours et de réparation[840]. L'article 41 (ancien article 50) de la Convention européenne des droits de l'homme fournit un exemple du deuxième cas de figure[841]. Bien que ces deux exemples visent des problèmes traités dans la deuxième partie du projet d'articles, les mêmes considérations s'appliquent en principe à la première partie. Ainsi, un traité donné pourrait imposer des obligations à un État, mais définir « l'État » à cette fin d'une façon qui produirait des conséquences différentes de celles découlant autrement des règles d'attribution prévues au chapitre II de la première partie[842].

421. Le Rapporteur spécial partage l'avis de ceux pour qui l'article 37 devrait s'appliquer au projet d'articles de manière générale et devrait par conséquent être placé dans la quatrième partie. Une version de l'article 37 laissant ouverte la question de l'interprétation est ainsi proposée[843].

2. Article 39. Relation avec la Charte des Nations Unies

422. L'article 39 se lit comme suit :

> Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État énoncées dans les dispositions de la présente partie sont, s'il y a lieu, soumises aux dispositions et procédures de la Charte des Nations Unies relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

423. Les commentaires des gouvernements sur l'article 39 sont relativement partagés. Pour un certain nombre d'États, la priorité accordée aux mécanismes de maintien de la paix et de la sécurité internationales prévus par la Charte, par rapport aux dispositions de la deuxième partie du projet d'articles, ne paraît pas poser de problème[844]. Ainsi, les États-Unis

> approuvent l'objectif du projet d'article, à savoir souligner que la Charte attribue la responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité au Conseil de sécurité, et que le fait d'un État dûment accompli en application d'une décision prise au titre du Chapitre VII de la Charte ne saurait être qualifié de fait internationalement illicite[845].

Cet État souligne qu'en plus d'établir « la prééminence de la Charte, l'Article 103 indique clairement que les accords subséquents ne sauraient imposer d'obligations contradictoires aux États ». Il en résulte que

> le projet d'articles ne saurait donc entamer la responsabilité du Conseil de sécurité pour ce qui est du maintien ou du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales[846].

424. Pour la France, en revanche, l'article 39 proposé « paraît contraire à l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, qui ne procède à aucune distinction selon les dispositions de la Charte »[847]; le projet d'article aurait aussi « pour effet de restreindre les prérogatives du Conseil de sécurité »[848]. La France considère qu'il serait préférable de préciser que les dispositions du projet d'articles ne portent pas atteinte aux dispositions et procédures de la Charte des Nations Unies, conformément à l'Article 103 de celle-ci, et elle propose de reformuler l'article 39 de la manière suivante :

> « Les dispositions du présent projet ne portent pas atteinte aux dispositions et procédures de la Charte des Nations Unies, conformément à son Article 103 »[849].

Bien que le Royaume-Uni appuie le principe de la prééminence de la Charte reflété par l'Article 103 de celle-ci et l'article 39 du projet, il s'oppose à ce que le projet d'articles traite de la relation existant entre les droits et les obligations des États découlant de la Charte et ceux qui découlent du droit de la responsabilité des États. À son avis, cette question « soulève des problèmes complexes qui concernent non seulement les Nations Unies mais aussi d'autres organisations internationales et régionales qui pourraient agir en collaboration avec les Nations Unies ou s'acquitter de tâches que leur assigne la Charte »[850].

425. En ce qui concerne la place de l'article, la France est d'avis qu'il pourrait faire partie des dispositions introductives ou finales du projet puisque, à l'instar des articles 37 et 38, il traite « des rapports entre le projet d'articles et les règles extérieures, en soulignant le caractère supplétif de ce texte »[851]. Le Japon préfère que l'article soit placé dans le chapitre premier de la première partie puisque « l'article 39 vaut pour l'ensemble du projet »[852].

426. Le Rapporteur spécial appuie en principe cette position mais, en raison du contenu du chapitre premier de la première partie, il considère préférable d'inclure l'article 39 dans la quatrième partie. Il est également d'avis qu'il n'est pas nécessaire de mettre en avant les dispositions de la Charte relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales ou d'utiliser un terme conditionnel tel que « s'il y a lieu », qui a une charge

---

[840] Voir *supra* le paragraphe 157 et la note 319.

[841] Voir *supra* le paragraphe 156 et la note 312.

[842] Voir par exemple les clauses « fédérales » dans certains traités, qui permettent à certaines unités constitutives d'un État d'être exclues du champ du traité (par exemple la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, art. 70 et 72), ou qui limitent les obligations en ce qui concerne ces unités (par exemple la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, art. 34).

[843] Voir *infra* le paragraphe 429.

[844] Voir les commentaires de la République tchèque (discutant des réponses aux « crimes internationaux » et notant que dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales « un mécanisme spécifique existe d'ores et déjà, et il est convenablement pris en compte par l'article 39 du projet d'articles » [*Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 8, p. 137)]; de la Mongolie [soulignant que le texte doit « tenir pleinement compte de la situation actuelle concernant les mesures prises par l'Organisation des Nations Unies en vertu du Chapitre VII de la Charte » (ibid.)] et du Japon (« il est évident qu'en vertu de dispositions comme celles de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies et de l'article 39 du projet d'articles, la Charte des Nations Unies prévaut sur le projet d'articles » [*Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), p. 120].

[845] *Annuaire… 1998* (voir *supra* la note 35, p. 137).

[846] Ibid. Les États-Unis notent de plus que « le Conseil de sécurité peut tenir compte des principes relatifs à responsabilité des États lorsqu'il prend ses décisions mais le projet d'articles ne saurait régir celles-ci ».

[847] Ibid.

[848] Ibid.

[849] Ibid.

[850] Ibid.

[851] Ibid.

[852] *Annuaire… 1999* (voir *supra* la note 43), p. 120.

expressive mais manque de signification réelle[853]. L'article 103 de la Charte est complet et catégorique : son effet, quel qu'il soit en réalité, peut être préservé par le biais d'une simple disposition[854].

B. – Ajouts proposés à la quatrième partie

427. Les textes proposés par la Commission (pour qu'ils soient adoptés sous une forme conventionnelle ou autre) comportent habituellement une série de clauses de sauvegarde et d'autres dispositions à caractère général. Leur objet est de délimiter le champ du texte et de préserver les questions juridiques connexes. Il en est ainsi, par exemple de la Convention de Vienne de 1969, qui réserve les questions liées à la succession d'États, à la responsabilité des États et au déclenchement des hostilités (article 73), ou encore celles que pose le cas d'un État agresseur (article 75). Quelle que soit la fonction que peut avoir ce dernier article, elle est ici remplie par l'article 39. De plus, il ne semble pas nécessaire de mentionner les problèmes de succession d'États dans le projet d'articles[855]. En revanche, un degré d'incertitude et de confusion marque encore la relation existant entre la suspension et l'extinction des traités et l'inexécution d'obligations conventionnelles, par la voie de contre-mesures par exemple. Il semble approprié que le projet d'articles rende la politesse de l'article 73 de la Convention et réserve expressément toute question relative à la validité, la suspension, l'extinction ou au contenu d'un traité[856]. En réalité, on peut se demander s'il ne serait pas approprié d'effectuer une réserve similaire relativement au contenu et à l'applicabilité à un État de toute règle substantielle du droit international coutumier, c'est-à-dire de toute règle précisant le contenu d'une obligation internationale. Pour faciliter la discussion, une proposition à cet effet est formulée ci-après.

428. D'autres clauses de sauvegarde pourraient traiter des questions suivantes :

a) *Réserve relative à la responsabilité des organisations internationales ou pour les faits de celles-ci*. Une telle proposition a déjà été approuvée de manière provisoire par la Commission en 1998[857];

b) *Hypothèses de protection diplomatique*. En revanche, la relation entre le projet d'articles et le projet de la Commission sur la protection diplomatique ne peut être traitée en termes d'exclusion. Le projet d'articles couvre les hypothèses de responsabilité des États dans le domaine de la protection diplomatique, de même que dans le domaine du préjudice interétatique direct, et ce même si le travail de la Commission apportera davantage de précisions quant aux règles secondaires relatives à la protection diplomatique. Il ne semble pas nécessaire de le préciser dans le texte, la question pouvant être clarifiée dans le commentaire;

c) *Questions de nullité et de non-reconnaissance*. La question de la validité fondamentale des faits d'un État n'entre pas dans le champ du projet d'articles, même si, dans certains cas au moins, elle peut être consécutive à un comportement internationalement illicite. Il en va de même des questions générales de non-reconnaissance, qui concernent, le cas échéant, soit des problèmes de validité soit des enjeux politiques de l'État. Là encore, il ne semble pas nécessaire d'inscrire cette précision dans le texte, une explication dans le commentaire étant suffisante;

d) *Non-rétroactivité du projet d'articles*. Les traités issus du travail de la Commission disposent souvent qu'ils ne s'appliquent pas comme tels à des événements s'étant produits avant leur entrée en vigueur, sans préjudice toutefois de l'effet potentiel de toute règle du traité reflétant le droit international général[858]. Puisqu'aucune décision n'a été encore prise quant à la forme que prendra le projet d'articles, il ne semble pas nécessaire de considérer une telle clause à ce stade;

e) *Clauses de définitions*. La stratégie adoptée dans le projet d'articles est de définir les termes en tant que de besoin aux fins des articles concernés. Il ne semble pas nécessaire de prévoir une clause de définitions distincte.

C. – Résumé des conclusions relatives à la quatrième partie

429. Pour ces motifs, le Rapporteur spécial propose que le texte de la quatrième partie se lise comme suit :

« QUATRIÈME PARTIE

« DISPOSITIONS GÉNÉRALES

« 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.

« 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 responsa-

[853] Le texte de l'article 39 tel qu'adopté en première lecture a été sévèrement critiqué par Arangio-Ruiz, « Article 39 of the ILC draft articles on State responsibility ». L'auteur propose soit la suppression pure et simple de l'article 39, soit l'adoption d'une disposition qui n'aille pas « au-delà de l'Article 103 de la Charte d'une façon qui pourrait engendrer des distorsions du régime de la responsabilité des États ». Pour les raisons données dans le texte, le présent Rapporteur spécial propose une simple clause de sauvegarde eu égard à l'article 39, et penche donc vers la seconde option.

[854] Voir *infra* le paragraphe 429.

[855] La question des circonstances d'une éventuelle succession à la responsabilité d'un État est controversée. Le projet d'articles ne traite pas de ce problème, qui relève du droit de la succession plutôt que de la responsabilité.

[856] Voir *supra* la proposition formulée par la Suisse au paragraphe 418.

[857] Voir *Annuaire... 1998*, vol. II (2e partie), par. 424, p. 89.

[858] Voir, par exemple, l'article 4 de la Convention de Vienne de 1969. Il n'y a pas d'équivalent ni dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques ni dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

bilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale.

« 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.

« 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. »