

PROJET D'ARTICLES SUR LA RESPONSABILITE  
DES ETATS ET COMMENTAIRES Y  
RELATIFS ADOPTES PAR LA COMMISSION DU  
DROIT INTERNATIONAL EN PREMIERE LECTURE

JANVIER 1997



## TABLE DES MATIERES

	<u>Page</u>
<u>Première Partie.</u> Origine de la responsabilité internationale . . . . .	1
CHAPITRE PREMIER. PRINCIPES GENERAUX . . . . .	1
Article 1. Responsabilité de l'Etat pour ses faits internationalement illicites . . . . .	1
Article 2. Possibilité que tout Etat soit considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite . . . . .	6
Article 3. Eléments du fait internationalement illicite de l'Etat . . . . .	9
Article 4. Qualification d'un fait de l'Etat comme internationalement illicite . . . . .	15
CHAPITRE II. LE "FAIT DE L'ETAT" SELON LE DROIT INTERNATIONAL. . . . .	20
Article 5. Attribution à l'Etat du comportement de ses organes . . . . .	23
Article 6. Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'Etat . . . . .	27
Article 7. Attribution à l'Etat du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique . . . . .	32

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Page</u>
Article 8. Attribution à l'Etat du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat . . . .	39
Article 9. Attribution à l'Etat du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre Etat ou par une organisation internationale . . . . .	41
Article 10. Attribution à l'Etat du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité . . . . .	48
Article 11. Comportement de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat . . . . .	59
Article 12. Comportement d'organes d'un autre Etat . . . . .	74
Article 13. Comportement d'organes d'une organisation internationale	80
Article 14. Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel	85
Article 15. Attribution à l'Etat du fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat ou qui aboutit à la création d'un nouvel Etat . . . . .	95

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Page</u>
CHAPITRE III. VIOLATION D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE . . . . .	103
Article 16. Existence d'une violation d'une obligation internationale.	106
Article 17. Non-pertinence de l'origine de l'obligation internationale violée . . . . .	108
Article 18. Condition que l'obligation internationale soit en vigueur à l'égard de l'Etat. . . .	116
Article 19. Crimes et délits internationaux	124
Article 20. Violation d'une obligation internationale requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé .	149
Article 21. Violation d'une obligation internationale requérant d'assurer un résultat déterminé . . . . .	158
Article 22. Epuisement des recours internes	170
Article 23. Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné	192
Article 24. Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'Etat ne s'étendant pas dans le temps	199

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Page</u>
Article 25. Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'Etat s'étendant dans le temps . . .	204
Article 26. Moment et durée de la violation d'une obligation internationale de prévenir un événement donné.	213
CHAPITRE IV. IMPLICATION D'UN ETAT DANS LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE D'UN AUTRE ETAT . . .	215
Article 27. Aide ou assistance d'un Etat à un autre Etat pour la perpétration d'un fait internationalement illicite . .	216
Article 28. Responsabilité d'un Etat pour le fait internationalement illicite d'un autre Etat . . .	223
CHAPITRE V. CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICEITE . . . . .	238
Article 29. Consentement . . . . .	242
Article 30. Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite . . . . .	250
Article 31. Force majeure et cas fortuit. .	258
Article 32. Détresse . . . . .	272
Article 33. Etat de nécessité . . . . .	276
Article 34. Légitime défense. . . . .	295

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Page</u>
Article 35. Réserve relative à l'indemnisation des dommages	305
<u>Deuxième partie.</u> Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale . . . . .	307
CHAPITRE PREMIER. PRINCIPES GENERAUX. . . . .	307
Article 36. Conséquences d'un fait [art.1]* internationalement illicite.	307
Article 37. Lex specialis. . . . . [art.2]	308
Article 38. Droit international coutumier [art.3]	308
Article 39. Relation avec la Charte des [art.4] Nations Unies. . . . .	309
Article 40. Sens de l'expression "Etat lésé" [art.5]	311
CHAPITRE II. DROITS DE L'ETAT LESE ET OBLIGATIONS DE L'ETAT AUTEUR DU FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE . . . . .	315
Article 41. Cessation du comportement [art.6] illicite . . . . .	315
Article 42. Réparation . . . . . [art.6bis]	319

---

\* Le numéro figurant entre crochets indique le numéro original du projet d'article tel qu'adopté à titre provisoire avant 1996 et tel que mentionné aux commentaires.

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Page</u>
Article 43. Restitution en nature. . . . . [art.7]	325
Article 44. Indemnisation. . . . . [art.8]	332
Article 45. Satisfaction . . . . . [art.10]	341
Article 46. <b>Assurances et garanties de</b> [art.10bis] <b>non-répétition . . . . .</b>	348
CHAPITRE III. CONTRE-MESURES . . . . .	351
Article 47. Contre-mesures d'un Etat lésé	353
Article 48. Conditions du recours à des contre-mesures . . . . .	359
Article 49. Proportionnalité . . . . . [art.13]	366
Article 50. Contre-mesures interdites [art.14]	372
CHAPITRE IV. CRIMES INTERNATIONAUX. . . . .	397
Article 51. Conséquences d'un crime international. . . . .	397
Article 52. Conséquences spécifiques . .	401
Article 53. Obligations incombant à tous les Etats . . . . .	404
<u>Troisième partie.</u> Règlement des différends	407
Article 54. Négociation. . . . . [art.1]	407

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Page</u>
Article 55. Bons offices et médiation. . [art.2]	409
Article 56. Conciliation . . . . . [art.3]	411
Article 57. Tâche de la commission de [art.4] conciliation . . . . .	414
Article 58. Arbitrage. . . . . [art.5]	419
Article 59. Mandat du tribunal arbitral. [art.6]	422
Article 60. Validité d'une sentence [art.7] arbitrale . . . . .	425
Annexe I. La commission de conciliation	429
Annexe II. Le tribunal arbitral . . . .	433



## INTRODUCTION

À sa quarante-huitième session, tenue du 6 mai au 26 juillet 1996, la Commission du droit international a adopté à titre provisoire, en première lecture, le projet d'articles sur la responsabilité des États.

Le projet sur la responsabilité des États consiste en 60 articles, classés en trois parties et accompagnés de deux annexes. Dans la première partie, intitulée "Origine de la responsabilité internationale", on trouvera les articles premier à 35, qui ont été adoptés à titre provisoire de 1973 à 1980 et adoptés en première lecture, avec quelques amendements, en 1980. La deuxième partie, intitulée "Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale", comprend les articles 36 à 53, tandis que la troisième partie, consacrée au règlement des différends, contient les articles 54 à 60 qui, de même que les deux annexes relatives aux procédures de règlement des différends, ont été adoptés à titre provisoire de 1983 à 1996, et adoptés en première lecture, moyennant quelques amendements, en 1996.

Le texte complet du projet sur la responsabilité des États que la Commission du droit international a adopté en première lecture figure dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-huitième session, 6 mai-26 juillet 1996, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément No 10 (A/51/10) (p. 148 à 174). Les commentaires portant sur les projets d'article et les deux annexes, tels qu'adoptés à titre provisoire entre 1973 et 1996, figurent dans les rapports annuels de la Commission du droit international, dont la plupart ont été reproduits dans les Annuaire de la Commission, comme il est précisé dans la première note de bas de page des commentaires relatifs aux différents articles. Sauf indication contraire, les références contenues dans les notes suivantes renvoient aux rapports annuels de la Commission.

Comme il est indiqué au paragraphe 64 de son rapport suomenionné la Commission a décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de soumettre le projet d'articles aux gouvernements, par l'entremise du Secrétaire général, en leur demandant de faire connaître leurs observations au Secrétaire général pour le 1er janvier 1998 au plus tard.

Au paragraphe 5 de sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, intitulée "Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session", l'Assemblée générale a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il importe qu'ils communiquent à la Commission du droit international leurs vues concernant le projet d'articles sur la responsabilité des États que celle-ci a adopté en première lecture, et les a prié de soumettre par écrit leurs commentaires et observations le 1er janvier 1998 au plus tard, comme l'a demandé la Commission.

Le texte d'ensemble du projet d'articles et des commentaires y relatifs a été établi par le Secrétariat à l'intention des gouvernements.

# RESPONSABILITE DES ETATS

## Première partie

### Origine de la responsabilité internationale

#### CHAPITRE PREMIER

#### PRINCIPES GENERAUX

#### *Commentaire\**/

Le chapitre 1<sup>er</sup> du projet, qui comporte quatre articles (articles 1<sup>er</sup> à 4), est consacré à certains principes de droit s'appliquant à l'ensemble du projet et sur la base desquels l'on développera les chapitres suivants de celui-ci. Après avoir pris en considération plusieurs suggestions, la Commission a décidé d'intituler le chapitre « Principes généraux ». L'expression « principes généraux » est utilisée dans le présent contexte pour désigner les règles de caractère très général qui valent pour l'ensemble du projet. D'autres expressions telles que « règles fondamentales » ou « principes de base », qui apparaissent dans d'autres chapitres du projet d'articles, désignent des règles qui ont un caractère moins général mais qui sont toutefois d'une importance fondamentale. La Commission a jugé inutile d'ajouter les mots « de la responsabilité des Etats » après l'expression « principes généraux » : le titre du projet, qui précède immédiatement celui du chapitre 1<sup>er</sup>, est là pour montrer qu'il ne peut s'agir que de la responsabilité des Etats.

#### Article premier

#### Responsabilité de l'Etat pour ses faits internationalement illicites

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

#### *Commentaire\*\**/

1) Le principe selon lequel tout comportement étatique qualifié par le droit international de fait juridiquement illicite engage, en droit international, la responsabilité de cet Etat est l'un des mieux confirmés par la pratique des Etats et par la jurisprudence, et l'un des plus profondément ancrés dans la littérature juridique.

---

\* Annuaire de la Commission  
du droit international, 1973, vol.  
II, p. 175.

\*\* Ibid., p. 175 à 179.

2) La CPJI a fait application de ce principe dans l'arrêt n° 1 du 17 août 1923, relatif à l'*Affaire du vapeur « Wimbledon »*<sup>34</sup>, et dans ses arrêts concernant l'*Affaire relative à l'usine de Chorzów*<sup>35</sup>. En 1938, dans son arrêt relatif à l'*Affaire des phosphates du Maroc*, la Cour a précisé que lorsqu'un Etat se rendait coupable envers un autre Etat d'un fait internationalement illicite, la responsabilité internationale s'établissait « directement dans le plan des relations entre ces Etats »<sup>36</sup>. La CIJ a, elle aussi, appliqué le principe dans son arrêt concernant l'*Affaire du détroit de Corfou*<sup>37</sup>, dans son avis consultatif du 11 avril 1949 sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*<sup>38</sup>, et dans son avis consultatif du 18 juillet 1950 concernant l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (deuxième phase)*, où elle a déclaré qu'« il est clair que le refus de s'acquitter d'une obligation conventionnelle est de nature à engager la responsabilité internationale »<sup>39</sup>. Dans la jurisprudence arbitrale, le principe énoncé dans le présent article a été maintes fois affirmé. Qu'il suffise de rappeler, à ce propos, les sentences arbitrales rendues en 1901 concernant les *Réclamations des sujets italiens résidant au Pérou*<sup>40</sup>; en 1931 par la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique, constituée en vertu du Traité du 8 septembre 1923, dans l'*Affaire de la Dickson Car Wheel Company*<sup>41</sup> et dans l'*Affaire de l'International Fisheries Company*<sup>42</sup>; en 1925 par Max Huber dans l'*Affaire des réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*<sup>43</sup>; et en 1953 par la Commission de conciliation italo-américaine instituée en exécution de l'article 83 du Traité de paix du 10 février 1947 dans l'*Affaire Armstrong Cork Company*<sup>44</sup>.

3) Pour ce qui est de la pratique des Etats, l'expression la plus significative de l'opinion des Etats est constituée par les positions qu'ont prises les gouvernements à l'occasion de la tentative de codification de la responsabi-

lité des Etats — limitée à l'hypothèse de dommages causés à la personne ou aux biens d'étrangers — entreprise de 1924 à 1930 par la SDN. La conviction de l'existence de la règle générale rattachant une responsabilité à tout fait internationalement illicite d'un Etat était clairement exprimée au point II de la demande d'informations adressée aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930)<sup>45</sup>. La même conviction se dégage des réponses données par les gouvernements<sup>46</sup> ainsi que des prises de position des délégués à la Conférence<sup>47</sup>. A l'issue du débat, la Troisième Commission de la Conférence a approuvé à l'unanimité l'article 1<sup>er</sup>, en vertu duquel

Tout manquement aux obligations internationales d'un Etat du fait de ses organes, qui cause un dommage à la personne ou aux biens d'un étranger sur le territoire de cet Etat, entraîne la responsabilité internationale de celui-ci<sup>48</sup>.

4) En dépit de la diversité des arguments qu'ils ont cru devoir invoquer pour justifier l'existence du principe fondamental en question<sup>49</sup>, tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que tout fait internationalement illicite d'un Etat engage la responsabilité internationale de cet Etat, c'est-à-dire donne naissance, en ce qui le concerne, à des rapports juridiques internationaux nouveaux, caractérisés par des situations juridiques subjectives distinctes de celles qui existaient avant que les faits en question ne se produisent. Le caractère de nouveauté des relations juridiques interétatiques qui s'établissent à la suite d'un fait illicite international a été mis en évidence aussi bien par des juristes devenus désormais des classiques<sup>50</sup> que par les auteurs d'ouvrages récemment parus<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> SDN, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III: *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75.M.69.1929.V), p. 20.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 24; et *idem*, *Supplément au tome III* [C.75(a). M.69(a). 1929.V], p. 2 et 6.

<sup>47</sup> SDN, *Actes de la Conférence sur la codification du droit international* [La Haye, 13 mars-12 avril 1930], volume IV, *Procès-verbaux de la Troisième Commission* [C.351(c). M.145(c).1930.V], p. 18 et suiv.

<sup>48</sup> *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3.

<sup>49</sup> Certains auteurs ont cru trouver cette justification dans l'existence même d'un ordre juridique international et dans le caractère juridique des obligations qu'il impose à ses sujets (ainsi D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Florence, Lumachi, 1902, réimprimé dans *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padoue, CEDAM, 1956, t. 1<sup>er</sup>, p. 25 et 62; P. Schoen, « Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, Supplément 2 au tome X, 1917, p. 16; K. Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, Kohlhammer, 1920, t. III, 1<sup>re</sup> partie, p. 4 et suiv.). D'autres préfèrent penser que la responsabilité des Etats procéderait, dans l'ordre international, du fait que les Etats se reconnaissent mutuellement comme souverains. La règle qui la prévoit serait donc le corollaire nécessaire de l'égalité des Etats (voir p. ex. Ch. de Visscher, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana*, Leyde, Brill, 1924, t. II, p. 90; C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, New York University Press, 1928, p. 5 et 6).

<sup>50</sup> D. Anzilotti, *Corso di Diritto internazionale*, 4<sup>e</sup> éd., Padoue, CEDAM, 1955, vol. I, p. 385.

<sup>51</sup> W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1964, t. I, p. 499; G.I. Tunkin, *Teoria mejdounarodnogo prava*, Moscou, Mejdouna-

<sup>34</sup> C.P.J.I., série A, n° 1, p. 15.

<sup>35</sup> Affaire relative à l'usine de Chorzów (compétence), arrêt n° 8 du 26 juillet 1927 (C.P.J.I., série A, n° 9, p. 21), et *idem* (fond), arrêt n° 13 du 13 septembre 1928 (*ibid.*, n° 17, p. 29).

<sup>36</sup> Affaire des phosphates du Maroc (exceptions préliminaires), 14 juin 1938, C.P.J.I., série A/B, n° 74, p. 28.

<sup>37</sup> Affaire du détroit de Corfou (fond), arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 22 et 23.

<sup>38</sup> C.I.J. Recueil 1949, p. 184.

<sup>39</sup> C.I.J. Recueil 1950, p. 228.

<sup>40</sup> Dans sept de ces sentences, on réitère qu'« un principe de droit international universellement reconnu veut que l'Etat soit responsable des violations du droit des gens commises par ses agents » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV [publication des Nations Unies, numéro de vente: 66.V.3], p. 399, 401, 404, 407, 408, 409 et 411).

<sup>41</sup> *Ibid.*, vol. IV [numéro de vente: 1951.V.1], p. 678.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 701.

<sup>43</sup> Selon l'arbitre, c'est un principe indiscutable que celui d'après lequel « la responsabilité est le corollaire nécessaire du droit. Tous droits d'ordre international ont pour conséquence une responsabilité internationale [...] » (*ibid.*, vol. II [numéro de vente: 1949.V.1], p. 641).

<sup>44</sup> Pour la Commission de conciliation, aucun Etat « ne peut échapper à la responsabilité qui naît de l'exercice d'une action illicite du point de vue des principes généraux du droit international » (*ibid.*, vol. XIV [numéro de vente: 65.V.4], p. 163). [Tr. du Secrétariat de l'ONU.]

5) La Commission est parfaitement consciente du fait que la reconnaissance unanime du principe général reliant, sous le nom de responsabilité internationale, des relations juridiques nouvelles à l'accomplissement par un Etat de tout fait internationalement illicite n'empêche pas que des divergences de vues sérieuses ne se manifestent à propos de la définition des rapports juridiques qui s'instaurent à la suite d'un fait internationalement illicite et des situations juridiques qui interviennent dans ces rapports. Une conception que l'on peut considérer comme classique dans la littérature du droit international — on trouve parmi ses tenants les noms d'Anzilotti, de Ch. de Visscher, d'Eagleton, de Strupp — décrit les relations juridiques qui naissent d'un fait illicite international sous une seule et unique forme: celle d'un rapport bilatéral de nature obligatoire s'instaurant entre l'Etat auteur du fait en question et l'Etat lésé, rapport qui oppose l'obligation du premier de réparer — au sens large de ce terme, bien entendu — au droit subjectif du second d'exiger cette réparation. Dans le cadre de cette façon de voir, on n'admet pas la possibilité d'une sanction au sens propre du terme — c'est-à-dire ayant une finalité répressive — que l'Etat lésé lui-même (ou, éventuellement, un sujet tiers) aurait la faculté d'infliger à l'Etat auteur du délit. Une autre façon de voir, dont Kelsen et Guggenheim sont les tenants les plus illustres, aboutit à une position presque diamétralement opposée à celle que l'on vient de décrire. Elle soutient elle aussi, mais d'une manière entièrement différente, l'idée d'un rapport juridique unique qui découlerait du fait illicite et rentrerait ainsi dans la notion de responsabilité. En partant de l'idée que l'ordre juridique est un ordre de contrainte, cette conception voit précisément dans l'autorisation accordée à l'Etat lésé d'appliquer à l'Etat coupable un acte de contrainte à titre de sanction la seule conséquence juridique découlant directement du fait illicite. Le droit international général ne relierait donc au fait illicite nul rapport de nature obligatoire entre l'Etat auteur du fait illicite et l'Etat lésé. L'obligation de réparer ne serait autre chose qu'un devoir subsidiaire que la loi en droit interne et un accord éventuel en droit international inséreraient entre le fait illicite et l'application de l'acte de contrainte. Il est enfin une troisième conception, ayant parmi ses tenants Lauterpacht, Eustathiades, Verdross, Ago et les auteurs soviétiques du *Kours mejdounarodnogo prava*, selon laquelle on ne saurait limiter les conséquences du fait internationalement illicite ni à la seule « réparation » ni à la seule « sanction ». En droit international — comme dans tout système de droit, d'ailleurs —, le fait illicite serait susceptible de donner lieu non pas à un type unique de rapports juridiques, mais à une double forme de rapports, caractérisés par des situations juridiques différentes des sujets qui y interviennent. Ces conséquences juridiques reviennent, selon les cas, à conférer au sujet de droit international dont les droits ont été violés par le fait illicite le droit d'exiger de

l'auteur de ce fait une réparation — toujours au sens étendu de ce terme — ou à attribuer à ce même sujet (ou, éventuellement, à un sujet tiers) la faculté d'infliger une sanction au sujet qui a eu le comportement illicite. Par sanction, on entend ici une mesure qui, tout en n'impliquant pas nécessairement l'emploi de la force, est caractérisée — en partie du moins — par le fait d'avoir pour finalité d'infliger un châtement. Une telle finalité ne s'identifie donc pas avec la poursuite coercitive de l'exécution de l'obligation ou bien de la réintégration du lésé ou du dédommagement.

6) La Commission a également noté qu'une autre divergence se manifeste chez les auteurs à propos de la définition des relations juridiques nouvelles qui naissent d'un fait internationalement illicite d'un Etat; cette divergence a trait à la détermination des sujets qui interviennent dans ces relations. Selon une conception, que l'on peut considérer comme classique, lorsqu'un Etat se rend coupable d'un fait internationalement illicite envers un autre Etat, ce fait provoque la naissance de relations juridiques nouvelles entre ces deux Etats *exclusivement*. Autrement dit, seul l'Etat lésé pourrait faire valoir la responsabilité de l'Etat auteur du fait illicite. Une partie des internationalistes soutiennent par contre aujourd'hui qu'à côté de ces relations d'autres peuvent s'instaurer dans certains cas, soit entre l'Etat coupable et une organisation internationale, soit entre l'Etat coupable et d'autres Etats<sup>52</sup>.

7) Enfin, la Commission n'a pas manqué de relever que l'unanimité des vues qui se manifeste dans la pratique des Etats, dans la jurisprudence et dans la littérature juridique internationale quant à l'existence du principe d'après lequel tout fait internationalement illicite de l'Etat engage, en droit international, une responsabilité *dudit Etat* ne concerne que la situation normale qui se produit à la suite d'un fait illicite. Car, selon l'opinion consacrée dans beaucoup d'ouvrages scientifiques — ainsi d'ailleurs que dans certaines sentences internationales et dans certaines prises de position de gouvernements —, il existe des hypothèses exceptionnelles dans lesquelles cette responsabilité naît à la charge non pas de l'Etat qui a été l'auteur du fait illicite, mais d'un Etat différent. Ces hypothèses — dans lesquelles on parle généralement de responsabilité indirecte ou pour fait d'autrui — se produisent notamment lorsqu'un Etat est placé par rapport à un autre dans une position telle qu'il contrôle l'action de ce dernier et en limite la liberté.

8) Les divergences de vues évoquées aux paragraphes 5 à 7 du commentaire du présent article et les questions auxquelles elles se rapportent devront certes être

---

rodnye otnotcheniya, 1970, p. 470; E. Jiménez de Aréchaga, *International Responsibility — Manual of Public International Law*, éd. par Sørensen, Londres, MacMillan, 1968, p. 533; voir aussi Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *Kours mejdounarodnogo prava*, rédaction générale par F. I. Kojevnikov et al., Moscou, Naouka, 1969, t. V, p. 426.

<sup>52</sup> A propos de cette conception, il faut signaler la tendance grandissante d'un groupe d'auteurs à différencier, à l'intérieur de la catégorie générale des faits internationalement illicites, certains types de faits si graves et si préjudiciables, non seulement pour un Etat mais pour tous, que l'Etat qui les aurait accomplis serait automatiquement tenu pour responsable envers la totalité des Etats. On serait tenté de rapprocher cette façon de voir de l'affirmation faite récemment par la CIJ dans son arrêt du 5 février 1970 dans l'Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd., selon laquelle il existe certaines obligations internationales des Etats qui sont opposables *erga omnes*, c'est-à-dire à l'ensemble de la communauté internationale (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 32).

examinées et tranchées en temps opportun. Mais, de l'avis de la Commission, point n'est besoin de prendre position à leur égard dans la définition de la règle générale de base du projet. Bien au contraire, la Commission pense que cette définition doit être aussi synthétique que possible; elle doit énoncer un principe susceptible d'obtenir l'accord unanime — et, surtout, qui soit vraiment un principe de base en la matière, c'est-à-dire susceptible d'englober dans son unité les différentes hypothèses possibles. En le formulant, on ne doit donc pas s'engager dans la voie consistant à distinguer différentes catégories de faits illicites et les conséquences de leurs caractères différentiels sur les rapports nouveaux qui s'instaurent à la suite de ces faits; on ne doit pas non plus s'attacher à énoncer d'éventuelles exceptions que le principe pourrait comporter dans des situations marginales. D'autres articles du projet se chargeront de ces questions. Si on les a mentionnées dans le cadre de ce commentaire, c'est seulement pour souligner que la Commission les a bien eues présentes à l'esprit au moment du choix de la formule à adopter pour le premier article du projet. En effet, ce que cette formule doit soigneusement éviter, c'est précisément de préjuger d'une manière ou d'une autre de la solution de problèmes qui se poseront par la suite.

9) En premier lieu, la Commission a donc été de l'avis qu'on ne saurait alourdir la règle de base en y énonçant une quelconque « justification » théorique de l'existence du principe fondamental en question. Cette existence est pleinement prouvée par l'examen de la réalité de la vie internationale; point n'est besoin d'en rechercher une confirmation par voie de déduction à partir d'autres principes, tels le caractère « juridique » de l'ordre international ou l'égalité souveraine des Etats.

10) En deuxième lieu, la Commission a écarté toute idée de mentionner, dans la formule de l'article 1<sup>er</sup>, les différentes formes que peut prendre la responsabilité internationale de l'Etat, ainsi que les sujets qui peuvent mettre en cause cette responsabilité. Mais il doit être clair que, par l'emploi de l'expression « responsabilité internationale » à l'article 1<sup>er</sup>, la Commission entend désigner globalement toutes les sortes de relations nouvelles qui peuvent naître, en droit international, du fait internationalement illicite d'un Etat, que ces relations se limitent à un rapport entre l'Etat auteur du fait illicite et l'Etat directement lésé ou qu'elles s'étendent aussi à d'autres sujets de droit international, et qu'elles soient centrées sur l'obligation pour l'Etat coupable de rétablir l'Etat lésé dans son droit et de réparer le préjudice causé ou portent aussi sur la faculté pour l'Etat lésé lui-même ou pour d'autres sujets d'infliger à l'Etat coupable une sanction admise par le droit international. Autrement dit, la formule globale utilisée doit être susceptible de permettre tous les développements nécessaires dans le chapitre qui sera consacré au contenu et aux formes de la responsabilité internationale.

11) En troisième lieu, il est évident que la Commission s'est référée dans l'article 1<sup>er</sup> à la situation normale, qui est celle de la naissance d'une responsabilité internationale à la charge de l'Etat auteur du fait internationalement illicite. La majorité des membres de la Commission

ont reconnu qu'il peut y avoir des hypothèses particulières où la responsabilité internationale est mise à la charge d'un Etat autre que celui auquel est attribué le fait que l'on qualifie d'internationalement illicite. Ces hypothèses aussi seront envisagées dans la suite du projet. Toutefois, vu leur caractère exceptionnel, la Commission n'a pas cru qu'il fallait déjà en tenir compte dans la formulation de la règle générale sur la responsabilité pour faits illicites et risquer par là d'amoindrir la valeur de base du principe général énoncé en premier lieu.

12) En quatrième lieu, la Commission a cru ne pas pouvoir accepter l'idée de certains auteurs, qui voudraient que la règle d'après laquelle tout fait internationalement illicite d'un Etat entraîne une responsabilité internationale de cet Etat subisse une exception dans le cas où le fait illicite aurait été commis dans l'une des circonstances suivantes: force majeure ou cas fortuit, consentement de l'Etat lésé, exercice légitime d'une sanction, légitime défense, état de nécessité. La présence, dans un cas concret, de l'une ou de l'autre de ces circonstances exclurait ainsi la naissance d'une responsabilité internationale à la charge de l'Etat auteur du fait illicite. Comme on l'a dit dans l'introduction au présent chapitre<sup>53</sup>, la Commission se propose de prendre spécifiquement en considération ces circonstances, et leur portée dans les différentes situations possibles, au chapitre du projet qui suivra celui qui a trait à l'infraction. Tout ce qu'il faut dire pour le moment, c'est que, de l'avis de la Commission, le véritable effet de la présence de ces circonstances n'est pas, normalement du moins, d'exclure la responsabilité qui autrement découlerait d'un fait en lui-même illicite, mais plutôt d'exclure que le comportement de l'Etat dans l'une des conditions mentionnées ne soit qualifié d'illicite. Il n'y a donc là aucune raison qui puisse justifier une exception à la règle définie dans l'article.

13) Enfin, la Commission s'est préoccupée d'adopter une formule qui ne préjuge pas de l'existence d'une responsabilité pour faits « licites ». Il est vrai que la Commission, ainsi qu'on l'a indiqué dans l'introduction au chapitre II<sup>54</sup>, a décidé de consacrer le projet d'articles à la seule responsabilité découlant de faits « illicites »; mais il n'est pas moins vrai que la Commission a reconnu l'existence de cas dans lesquels les Etats peuvent encourir une « responsabilité internationale » — pour autant que ce terme soit alors le plus approprié — pour les conséquences préjudiciables de certaines activités que le droit international n'interdit pas — pour le moment du moins. Le nombre grandissant d'activités comportant des risques met en évidence particulière l'importance de cette forme de « responsabilité ». A cette fin, la Commission a été d'accord pour reconnaître qu'il fallait faire attention à ne pas renverser l'ordre de la phrase adoptée dans le texte de l'article. Des formules telles « une responsabilité internationale découle de tout fait internationalement illicite d'un Etat » ou « il y a responsabilité internationale toutes les fois qu'il y a fait internationalement illicite de l'Etat » pourraient en effet être interprétées dans le sens

<sup>53</sup> Voir ci-dessus par. 51.

<sup>54</sup> Voir ci-dessus par. 38.

que la responsabilité internationale découle *exclusivement* d'un fait illicite.

14) Pour ce qui est de la terminologie employée à l'article 1<sup>er</sup>, l'expression « fait internationalement illicite » a été considérée par la Commission préférable à celle de « délit » ou à d'autres expressions analogues, qui peuvent prendre parfois une coloration particulière au regard de certains systèmes de droit interne. Pour la même raison, on a écarté en anglais l'emploi de termes tels que « delict », « delinquency » ou « tort », et en espagnol le terme « delito ». En deuxième lieu, l'expression « fait internationalement illicite » a paru en français plus correcte que celle « d'acte internationalement illicite », avant tout pour la raison matérielle que l'illicéité se manifeste souvent à propos d'une inaction, ce qui est mal indiqué par le terme « acte » — qui, de par son étymologie, évoque précisément l'idée d'action. D'autre part, et surtout du point de vue de la théorie du droit, cette préférence paraît devoir s'imposer, le terme « acte » devant être techniquement réservé en droit pour désigner une manifestation de volonté destinée à produire les conséquences juridiques déterminées par cette volonté, ce qui n'est certes pas le cas pour un comportement illicite. Pour les mêmes motifs, on a adopté pour le texte espagnol l'expression « hecho internacionalmente ilícito ». En ce qui concerne le texte anglais, cependant, on a décidé de s'en tenir à l'expression « internationally wrongful act », le terme « fait » n'ayant pas un vrai équivalent dans le langage juridique anglais, et le terme « act » n'ayant pas en anglais la même caractérisation qu'il prend dans le langage juridique des pays latins. De même, l'adjectif « wrongful » a été considéré préférable à l'adjectif « illicit ». Finalement, l'expression « internationally wrongful act » a été jugée meilleure du point de vue de la forme que celle de « international wrongful act », même si les deux expressions sont équivalentes quant au fond. Pour préserver l'uniformité des différents textes, on a écarté pour les versions française et espagnole, respectivement, les formules « fait illicite international » et « hecho ilícito internacional » et l'on a parlé de « fait internationalement illicite » et de « hecho internacionalmente ilícito ».

## Article 2

### Possibilité que tout Etat soit considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite

Tout Etat est susceptible d'être considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité internationale.

#### Commentaire\*

1) L'article 1<sup>er</sup> du projet a pour objet d'établir que tout Etat, quel qu'il soit, qui a commis un fait qualifié d'internationalement illicite voit naître à sa charge une responsabilité internationale. L'article 2 a pour objet de compléter la disposition de l'article précédent en précisant en plus que tout Etat, quel qu'il soit, qui a eu un comportement donné voit ce comportement qualifié de « fait internationalement illicite » si les conditions prévues pour une telle qualification sont réunies. En d'autres termes, cette disposition entend éviter qu'un Etat puisse se soustraire à sa responsabilité internationale en prétendant que les règles d'après lesquelles un comportement devrait être considéré comme internationalement illicite s'il est commis par un Etat ne lui sont pas applicables.

2) La notion à laquelle on se réfère à l'article 2 correspond en quelque sorte à celle que l'on désigne souvent en droit interne par les expressions « capacité délictuelle » ou « capacité de commettre des faits illicites ». D'après la conception propre à de nombreux systèmes de droit rationnel, il existe des sujets qui n'ont pas cette « capacité » — les mineurs par exemple. Autrement dit, il existe des sujets que l'ordre juridique ne considère pas comme ayant commis un fait « illicite », et dont par conséquent il ne fait pas valoir la responsabilité, même là où leur comportement revêt les caractères normalement requis pour être qualifié d'illicite — donc

même au cas où le même comportement, adopté par un autre sujet (une personne majeure par exemple), aurait été considéré comme un fait engageant la responsabilité de ce dernier. Le droit international, cependant, ne prévoit pas de situations pareilles. Il n'y a notamment pas de parallélisme possible entre la condition sur le plan du droit international d'un Etat nouvellement constitué et celle d'un mineur, ou en général d'une personne qui serait dépourvue de la capacité délictuelle en droit interne. Les Etats s'affirment comme membres à part égale de la communauté internationale dès le moment où ils atteignent une existence indépendante et souveraine. Si c'est l'apanage de la souveraineté que d'avoir la possibilité de faire valoir ses droits, la contrepartie en est le devoir de s'acquitter de ses obligations. Le principe en vertu duquel aucun Etat qui, par son comportement, a violé une obligation internationale ne peut se soustraire au résultat qui en découle, à savoir être considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité, n'est que le corollaire du principe de l'égalité souveraine des Etats.

3) La pratique des Etats et la jurisprudence internationale ne laisse pas subsister de doute quant à l'existence du principe indiqué, même si celui-ci n'a généralement pas été énoncé expressément dans des sentences internationales ou dans la correspondance diplomatique. On peut dire que les auteurs de droit international sont eux aussi explicitement ou implicitement d'accord sur ce point<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> C'est surtout dans la doctrine allemande et dans la doctrine italienne qu'on a approfondi la notion de « capacité de commettre des faits internationalement illicites » (voir, respectivement, I. von Münch, *Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Francfort-sur-le-Main, Keppler, 1963, p. 130 et 131; et R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1939-III, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 453 et suiv.). Parmi les juristes appartenant à d'autres systèmes juridiques, voir L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8<sup>e</sup> éd. [Lauterpacht], Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, p. 339 et 340; A. Ross, *A Textbook of International Law*, Londres, Longmans, Green, 1947, p. 259 et 260; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 181 et 182. Ces auteurs sont d'accord pour affirmer expressément que tous les Etats ont la « capacité délictuelle ».

\* Annuaire ... 1973, vol. II, p. 179 à 182.

4) Le principe étant établi, la question s'est posée de savoir s'il devait ou non comporter des exceptions. Tout en reconnaissant qu'aucun Etat ne saurait prétendre que les règles d'après lesquelles sa conduite pourrait être qualifiée d'internationalement illicite ne lui seraient applicables en aucun cas, on s'est demandé s'il n'existait pas néanmoins des situations spéciales dans lesquelles un Etat pourrait effectivement se soustraire, à titre exceptionnel, à l'application de ces règles.

5) La première situation prise en considération à cette fin est celle des Etats membres d'une union fédérale, pour autant que ces Etats aient gardé, dans certaines limites, une quelconque personnalité internationale<sup>56</sup>. C'est à propos de tels cas qu'on s'est demandé si l'on ne devait pas reconnaître l'existence possible d'une exception au principe formulé à l'article 2. On a fait valoir à ce propos que la pratique internationale semble indiquer que, même là où c'est l'Etat membre qui, dans les limites de sa personnalité internationale, a assumé une obligation envers un autre Etat, ce serait toutefois l'Etat fédéral et non pas l'Etat membre qui porterait la responsabilité d'une violation par l'Etat membre de cette obligation. Sans vouloir prendre position à ce stade sur le bien-fondé d'une telle conclusion, la Commission a noté que, même si ladite conclusion se révélait fondée, la violation de l'obligation internationale commise par l'Etat membre doté de la personnalité internationale constituerait quand même un fait internationalement illicite de ce dernier. Il n'y aurait donc pas d'exception au principe qui veut que tout Etat soit susceptible d'être considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite.

6) Une autre situation à laquelle on s'est référé a été celle qui peut se produire lorsque, sur le territoire d'un Etat donné, un autre sujet ou d'autres sujets de droit international agissent en lieu et place de ce dernier. L'autre sujet ou les autres sujets en question en viennent parfois à confier, sur une plus ou moins grande échelle, certaines activités normalement exercées par des organes de l'Etat territorial à des éléments de leur propre organisation. Les organes de l'Etat territorial qui normalement s'acquittent de certaines obligations internationales de cet Etat sont absents, ou sont en tout cas empêchés de remplir certaines de leurs fonctions<sup>57</sup>. En

<sup>56</sup> Au cas où les Etats membres d'une union fédérale n'auraient aucune personnalité internationale, la question examinée ici ne peut évidemment pas se poser. N'étant pas des sujets du droit des gens, ces « Etats » ne peuvent manifestement pas être considérés comme les auteurs de faits internationalement illicites. Le seul problème à résoudre, dans ce cas, est celui de l'attribution à l'Etat fédéral, comme fait de ce dernier, du comportement eu par des organes de l'Etat membre; on traitera de ce problème dans le cadre du chapitre II du présent projet.

<sup>57</sup> Cette situation peut se produire là où il subsiste un rapport juridique de dépendance tel que le protectorat, mais elle peut surtout se manifester dans d'autres cas, notamment celui d'une occupation militaire. La situation qui se réalise lorsque l'organisation de l'Etat dit « suzerain » ou de l'Etat occupant remplace dans des secteurs déterminés l'organisation de l'Etat dépendant ou occupé ne doit pas être confondue avec celle qui peut se présenter dans les cas où les organes de ce dernier Etat restent en place et gardent leurs fonctions, mais n'agissent plus que sous le contrôle du premier Etat. Dans ce cas, comme on l'a indiqué, ce qui peut se produire, c'est une responsabilité d'un Etat pour faits internationalement illicites d'un autre Etat.

d'autres termes, l'Etat territorial se trouve amputé d'une partie de son organisation — d'une partie en vertu de laquelle il avait précédemment la possibilité matérielle de remplir certaines obligations internationales comme de les transgresser. A ce propos, la Commission a reconnu que si, dans de telles conditions, les organes de l'Etat étranger ayant remplacé ceux de l'Etat territorial se rendaient coupables d'une action ou d'une omission contrastant avec une obligation de l'Etat territorial, cette action ou omission pouvait à la rigueur constituer un fait internationalement illicite de l'Etat étranger en question, mais ne pouvait pas constituer un fait illicite de l'Etat territorial. La Commission souligne que, même dans ce cas, il n'y a pas de vraie limitation au principe énoncé à l'article 2. En effet, s'il n'y a pas là de fait internationalement illicite de l'Etat territorial, c'est parce que, en vertu des règles sur la détermination des faits de l'Etat, les comportements dont on se plaint ne sauraient être attribués à l'Etat territorial.

7) La Commission a d'autre part reconnu que l'existence (déjà évoquée dans le commentaire de l'article 1<sup>er</sup>) de circonstances qui pourraient exclure l'illicéité ne porte pas atteinte au principe énoncé à l'article 2 et ne saurait être présentée comme comportant une exception à l'applicabilité de ce principe. Lorsque le comportement d'un Etat a lieu dans des circonstances comme la légitime défense, la force majeure ou l'exercice légitime d'une sanction, ce comportement ne constitue pas un fait internationalement illicite car, dans de telles circonstances, l'Etat n'est pas tenu d'observer l'obligation internationale qu'il devrait normalement respecter, et il ne saurait donc y avoir de violation de cette obligation. Par conséquent, l'une des conditions essentielles de l'existence d'un fait internationalement illicite fait défaut. L'hypothèse envisagée n'est nullement celle d'une prétendue exception à la règle qui veut qu'aucun Etat ne puisse se soustraire à la possibilité de voir son comportement qualifié d'internationalement illicite si — précisément — toutes les conditions de cette qualification se trouvent réunies. D'autre part, l'existence éventuelle de circonstances dont l'effet ne serait pas d'exclure l'illicéité du fait de l'Etat, mais d'atténuer la responsabilité de celui-ci<sup>58</sup>, pourrait moins encore être présentée comme une exception à cette règle. Lorsque, dans un cas concret, de telles circonstances interviennent, l'existence d'un fait internationalement illicite de l'Etat n'est nullement en cause. C'est sur les conséquences qui s'attachent à ce fait que lesdites circonstances pourront éventuellement avoir une incidence — et c'est la raison pour laquelle on traitera de cette question lorsqu'on étudiera l'étendue de la responsabilité.

8) Par conséquent, les membres de la Commission ont conclu que le principe consacré à l'article 2 est non seulement incontesté, mais ne comporte en réalité pas d'exceptions. S'agissant d'un principe que l'on peut décrire comme « tout à fait évident » et « allant de soi », des doutes ont été exprimés quant à la nécessité d'insérer

<sup>58</sup> De telles circonstances pourraient jouer, par exemple, dans le cas d'un Etat qui aurait accédé depuis peu de temps à l'indépendance, ou qui aurait été ravagé par une guerre ou une guerre civile, ou qui aurait subi de graves fléaux naturels, etc.

dans la convention une règle énonçant un tel principe. On s'est demandé s'il n'était pas suffisant que ce principe soit mis en évidence dans les ouvrages scientifiques des internationalistes. Toutefois, l'opinion a prévalu que ce ne saurait être une bonne méthode de codification que de renoncer à énoncer expressément un principe parce qu'il est « trop évident ». Il n'est pas rare qu'un Etat nie l'existence d'une règle « tout à fait évidente » ou que, tout en reconnaissant son existence, il affirme que cette règle « évidente » admet des exceptions en vertu desquelles elle ne lui est pas applicable. La Commission a par conséquent estimé qu'il valait mieux insérer dans le texte du projet d'articles une règle, même si elle ne paraît pas absolument indispensable, que de laisser planer un doute éventuel quant à l'applicabilité à tous les Etats, sans exception, des règles en vertu desquelles un fait d'un Etat est qualifié d'internationalement illicite et engendre comme tel la responsabilité internationale de cet Etat.

9) En ce qui concerne le choix de la formule à adopter pour exprimer le principe dont il s'agit, certains membres de la Commission ont fait valoir que le but de l'article était essentiellement d'éviter qu'un Etat puisse, en invoquant une condition subjective particulière, essayer de se soustraire à sa responsabilité internationale. Ils ont donc estimé souhaitable de faire ressortir que le droit international ne connaît pas de condition subjective pouvant justifier cette prétention et que, pour le droit international, tous les Etats sont égaux quant à la possibilité de voir leur responsabilité internationale engagée. Ils ont proposé d'adopter une formule exprimant l'idée que tout Etat est responsable de ses faits internationalement illicites. Toutefois, la majorité des membres de la Commission a été d'avis qu'une formule semblable n'offrirait pas de garantie efficace contre la possibilité qu'un Etat essaie précisément de se soustraire à sa responsabilité internationale en invoquant une condition subjective particulière. La voie serait en effet toujours ouverte qui permettrait à un Etat d'affirmer que l'existence d'une telle condition exclut la possibilité de qualifier sa conduite d'internationalement illicite et, par conséquent, de le tenir pour responsable en vertu des articles 1<sup>er</sup> et 2. Au surplus, la formule suggérée ne ferait en réalité que répéter sous une autre forme le principe déjà énoncé à l'article 1<sup>er</sup>, à savoir celui d'après lequel tout comportement internationalement illicite d'un Etat quel qu'il soit engage sa responsabilité internationale. Or, ce que le principe à énoncer à l'article 2 doit indiquer, c'est que, quel que soit l'Etat qui a eu un comportement donné, ce comportement sera qualifié de fait internationalement illicite dudit Etat si les conditions prévues aux présents articles pour qu'un tel fait existe sont réunies. Ce sera par l'effet combiné de ce principe et de celui qu'énonce l'article 1<sup>er</sup> que se trouvera exclue pour tout Etat la possibilité de se soustraire à la responsabilité internationale en invoquant une prétendue condition subjective particulière. Cela étant, l'accord s'est fait à la Commission sur une formule qui souligne l'égalité des Etats à la fois quant à la possibilité d'être considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite et quant à la possibilité d'en être tenu pour responsable.

10) Toujours à propos de la formule à adopter, la Commission a jugé préférable de ne pas employer

l'expression « capacité de commettre des faits illicites », bien que ce soit là l'expression dont se servent généralement les auteurs pour exprimer la notion faisant l'objet de l'article 2. On pourrait en effet être tenté, en présence du terme « capacité », d'opérer un rapprochement entre le principe que tout Etat a, en droit international, la capacité de commettre des faits illicites et la règle qui figure à l'article 6 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, aux termes de laquelle « tout Etat a la capacité de conclure des traités <sup>59</sup> ». Or, la capacité de conclure des traités et la capacité de commettre des faits internationalement illicites sont deux notions entièrement distinctes. La capacité de conclure des traités, équivalent international de la capacité contractuelle, est l'aspect le plus marquant de cette situation juridique subjective qui, toujours pour emprunter une terminologie familière au droit interne, peut se définir comme la « capacité d'agir » de l'Etat en droit international: à savoir le pouvoir juridique reconnu à l'Etat d'accomplir des « actes juridiques », de produire un effet de droit par une manifestation de volonté. Par contre, ce qu'on appelle « capacité de commettre des faits illicites » ou « capacité délictuelle » ne désigne évidemment pas un pouvoir juridique. Il serait absurde que l'ordre juridique attribue à ses sujets un pouvoir de se conduire de façon contraire à ses propres obligations. La « capacité de commettre des faits illicites » ou « capacité délictuelle » n'est donc pas une sous-catégorie de la « capacité d'agir ». Ce que l'on veut indiquer lorsqu'on emploie cette formule, c'est qu'un sujet est susceptible de se comporter de façon contraire à une obligation juridique qui lui incombe et, ce faisant, de réunir les conditions nécessaires pour être considéré comme ayant commis un fait illicite. En outre, si l'on rédigeait l'article 2 en y disant que « tout Etat a la capacité de commettre des faits internationalement illicites », on risquerait de faire croire que le droit international autorise ses sujets à contrevenir à l'ordre juridique qu'il établit. Pour des raisons analogues, on a aussi préféré ne pas dire, en français, « tout Etat est susceptible de commettre un fait internationalement illicite », pour éviter la coloration permissive que prendrait la traduction anglaise qui dirait: « Every State may commit internationally wrongful acts ». La formule adoptée a paru à la Commission celle qui évitait le mieux des interprétations erronées.

11) En rédigeant l'article 2, la Commission a eu soin d'adopter une formule qui ne préjuge pas la possibilité que les sujets autres que les Etats soient considérés comme ayant commis un fait internationalement illicite. Le présent projet d'articles ne concerne que la responsabilité internationale des Etats. Dans ce contexte, on n'a pas à établir si un fait internationalement illicite peut être commis uniquement par des Etats ou aussi par d'autres sujets. Afin d'éviter toute équivoque sur ce point, la Commission a préféré ne pas employer, pour l'article 2, un titre tel que « Sujets susceptibles d'être considérés comme ayant commis un fait internationalement illicite »: ce libellé aurait pu engendrer l'idée erronée qu'on a voulu

<sup>59</sup> Pour toutes les références à la Convention de Vienne, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.5), p. 309.

affirmer à l'article 1 que seuls les Etats sont susceptibles de commettre de tels faits.

### Article 3

#### Eléments du fait internationalement illicite de l'Etat

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

- a) un comportement consistant en une action ou en une omission est attribuable d'après le droit international à l'Etat; et
- b) ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat.

#### Commentaire\*

1) A l'article 1<sup>er</sup> du projet, on énonce le principe général de base que tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité internationale, et à l'article 2 le principe que tout Etat est susceptible d'être considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité. L'article 3 vient compléter ces deux principes en déterminant les conditions requises pour établir l'existence d'un fait internationalement illicite de l'Etat, c'est-à-dire les éléments constitutifs du fait internationalement illicite. A cette fin, on distingue traditionnellement les deux éléments suivants, qui doivent se trouver réunis: a) un élément qualifié généralement d'*élément subjectif* et constitué par un comportement qui doit être susceptible d'être attribué non pas à l'être humain ou à la collectivité d'êtres humains qui l'a matériellement eu, mais à l'Etat en sa qualité de sujet du droit international; b) un élément qualifié généralement d'*élément objectif* et qui veut que l'Etat auquel le comportement en question est attribué ait, par ce comportement, manqué à une obligation internationale qui était à sa charge.

2) Abstraction faite de questions de terminologie — et, plus généralement, de la précision plus ou moins poussée des expressions que l'on trouve parfois employées —, il est hors de doute que les deux éléments que l'on vient de mentionner sont nettement identifiables, par exemple, dans le passage de l'arrêt rendu par la CPJI dans l'*Affaire des phosphates du Maroc*, où la Cour lie expressément la naissance d'une responsabilité internationale à l'existence « d'un acte imputable à l'Etat et décrit comme contraire aux droits conventionnels d'un autre Etat<sup>60</sup> ». On les retrouve également dans la sentence relative à l'*Affaire de la Dickson Car Wheel Company*, rendue en juillet 1931 par la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique, instituée par le traité du 8 septembre 1923, où l'on indique comme condition pour que l'Etat puisse encourir une responsabilité internationale le fait « qu'un acte illicite international lui soit imputé, c'est-à-dire qu'il existe une violation d'une obligation imposée par une norme juridique internationale<sup>61</sup> ». Pour ce qui est de la pratique des Etats, on peut

- 9 -

rappeler les termes dans lesquels le Gouvernement autrichien répondait au point II de la demande d'informations adressée aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence de 1930:

Pour que la responsabilité internationale soit engagée, la violation d'une des obligations internationales incombant aux Etats d'après le droit des gens doit, en tout cas, pouvoir leur être imputée<sup>62</sup>.

3) Pour la doctrine du droit international, le double fait qu'un certain comportement soit attribuable à l'Etat sujet du droit international et que ce comportement constitue la violation d'une obligation internationale dudit Etat est généralement considéré comme étant l'élément indispensable pour qu'on puisse reconnaître l'existence d'un fait illicite donnant lieu à une responsabilité internationale. Parmi les formulations déjà anciennes, celle d'Anzilotti reste classique<sup>63</sup>; parmi les plus récentes, celles de Sereni<sup>64</sup>, de Levin<sup>65</sup>, d'Amerasinghe<sup>66</sup>, de Jiménez de Aréchaga<sup>67</sup> et celle qui figure dans la *Restatement of the Law* de l'American Law Institute<sup>68</sup> sont des plus nettes. On peut dire en général que, sur ce point, la plupart des auteurs se trouvent d'accord en substance, et cela sans distinction de nationalité ni d'époque<sup>69</sup>. Les rares réserves qu'on trouve chez quelques auteurs à propos de la nécessité ou de l'utilité de ce qu'on a appelé l'élément subjectif du fait internationalement illicite sont dues parfois à l'idée — isolée et nettement infirmée par la jurisprudence et par la pratique — que l'Etat ne répondrait jamais de faits « siens », mais seulement de faits d'individus, qu'il s'agisse de faits d'individus ayant le statut d'organes ou de simples particuliers<sup>70</sup>. Dans

<sup>61</sup> Nations Unies. *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (publication des Nations Unies, numéro de vente: 1951.V.1), p. 678 (tr. du Secrétariat de l'original anglais). [C'est la Commission qui souligne.]

<sup>62</sup> SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 21. [C'est la Commission qui souligne.]

<sup>63</sup> « La responsabilité naît de la violation illicite du droit d'autrui et engendre l'obligation de réparer pour autant qu'elle soit liée à un sujet agissant; qu'autrement dit elle lui soit imputable » (*Teoria generale...* [op. cit.], p. 83) [tr. du Secrétariat de l'original italien]. [C'est la Commission qui souligne.]

<sup>64</sup> *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1962, t. III, p. 1505.

<sup>65</sup> *Orvetstvennost gossouardstv v sovremennom nejdounarodnom prave*, Moscou, Mejdounarodnye otnocheniya, 1966, p. 51.

<sup>66</sup> *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 37.

<sup>67</sup> *Op. cit.*, p. 534.

<sup>68</sup> American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 1965, p. 497.

<sup>69</sup> Voir, parmi de nombreux auteurs, Ch. de Visscher, *op. cit.*, p. 90 et 91; A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longmans, Green, 1938, p. 22; R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours...* (op. cit.), p. 441 et suiv., et 450 et suiv.; J. Garde Castillo, « El acto ilícito internacional », *Revista española de derecho internacional*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, vol. III, n° 1, 1950, p. 124; Ch. Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1953, p. 361; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1954, t. II, p. 1 et 2, 4 et 5; B. Cheng, *op. cit.*, p. 170; P. Reuter, « La responsabilité internationale », *Droit international public* (cours), Paris, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956, p. 52 et suiv., et 82 et suiv.; G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, 4<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1960, vol. 1, p. 163; G. Ténékidès, « Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1969, vol. II, p. 783 et suiv.

<sup>70</sup> A. Soldati, *La responsabilité des Etats dans le droit international*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1934, p. 75 et suiv.

d'autres cas, c'est pour des raisons de cohérence logique avec les prémisses adoptées que certains auteurs se croient obligés d'éliminer l'existence d'une opération normative de rattachement à l'entité collective de l'activité dont un être humain est l'auteur matériel. Ainsi, par exemple, il y a des auteurs qui soutiennent que, la seule « imputation juridique » concevable étant celle qui consiste à attribuer à une entité donnée les effets juridiques d'un fait, l'attribution du fait comme tel à ladite entité ne saurait être qu'une imputation matérielle ou psychologique<sup>71</sup>. Il y a aussi d'autres auteurs qui croient que la nécessité de remplacer l'idée d'imputation juridique par celle de reconnaissance d'un lien de causalité matérielle découlerait forcément du caractère « réel » des entités collectives, dont l'Etat en premier lieu<sup>72</sup>. Plus couramment, enfin, les réserves qu'on exprime sont simplement le reflet des préoccupations causées par le recours habituel, en cette matière, à ces termes d'imputabilité et d'imputation dans lesquels on voit une source de confusion et que la Commission, ainsi qu'on l'indique ci-dessous<sup>73</sup>, a précisément décidé d'écarter et de remplacer par d'autres, moins susceptibles de prêter à équivoque<sup>74</sup>.

4) En ce qui concerne l'élément subjectif, et plus particulièrement la détermination du comportement susceptible d'être considéré comme un comportement de l'Etat, ce qu'il y a à relever à titre général, c'est qu'il peut aussi bien être actif (action) que passif (omission). On peut même dire que les cas où l'on s'est fondé sur une omission de la part d'un Etat pour invoquer sa responsabilité internationale sont peut-être plus nombreux encore que ceux où l'on s'est fondé sur une action de sa part, et lorsque la jurisprudence internationale a vu dans une omission illicite une source de responsabilité internationale, elle l'a fait en des termes tout aussi nets qu'à propos d'un comportement actif<sup>75</sup>. De même, les Etats qui ont répondu au point V de la demande d'informations qui leur avait été soumise par le Comité préparatoire de la Conférence de 1930 ont accepté expressément ou implicitement le principe d'après lequel la responsabilité de l'Etat peut être engagée aussi bien par l'omission que par l'action de fonctionnaires<sup>76</sup>, et ce principe a été sanctionné dans les articles adoptés en première lecture par la Conférence<sup>77</sup>. Enfin, on peut dire que le principe est admis sans discussion par les

auteurs<sup>78</sup>, et les divers projets de codification privée l'acceptent tous, explicitement ou implicitement.

5) En deuxième lieu, ce qu'il importe de mettre en évidence, c'est qu'en affirmant que, pour qu'un comportement déterminé puisse être qualifié de fait internationalement illicite, il doit avant tout être un comportement attribuable à l'Etat, on veut uniquement indiquer que l'action ou l'omission dont il s'agit doit pouvoir être considérée en droit international comme un « fait de l'Etat ». L'Etat est une entité organisée réelle, mais reconnaître cette « réalité » ne veut pas dire nier la vérité élémentaire que l'Etat comme tel n'est pas capable d'agir physiquement. En dernière analyse, donc, un comportement considéré comme un « fait de l'Etat » ne peut être qu'une action ou une omission physiquement réalisée par un être humain ou par une collectivité d'êtres humains<sup>79</sup>. D'où la nécessité d'établir par quoi et comment on peut reconnaître dans une action ou omission donnée un « fait de l'Etat ». En d'autres termes, il s'agit de déterminer par quoi et dans quelles conditions ces actions ou omissions doivent avoir été commises pour être attribuables à l'Etat. C'est à cette détermination que sont consacrés les articles du chapitre II du projet.

6) Il convient cependant de préciser, dès maintenant, que l'attribution d'un comportement à l'Etat ne peut être basée sur la simple reconnaissance d'un lien de causalité naturelle. On peut parler parfois — pas toujours, d'ailleurs — de causalité naturelle à propos du rapport entre un comportement donné et le résultat provoqué par ce comportement, mais non à propos du rapport entre la personne de l'Etat et l'action ou l'omission qui lui est attribuée. Il n'y a pas d'activités de l'Etat qui puissent être dites « siennes » du point de vue de la causalité naturelle — et cela sur le plan du droit interne tout autant que sur le plan du droit international. Par la nature propre de l'Etat, l'attribution d'un comportement à l'Etat est nécessairement une opération normative<sup>80</sup>. Il convient aussi de souligner que l'Etat auquel on attribue un comportement donné est l'Etat vu en tant que personne — en tant que sujet de droit —, non pas l'Etat

<sup>71</sup> G. Arangio-Ruiz, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milan, Giuffrè, 1951, vol. I, p. 128 et suiv., 357 et suiv.

<sup>72</sup> R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5<sup>e</sup> éd., Naples, Liguori, 1968, p. 587 et 588.

<sup>73</sup> Voir ci-dessous par. 15.

<sup>74</sup> V. N. Elynychev, « Problema vmenenia v mejdounarodnom prave », *Pravovedenie*, Leningrad, 1970, n° 5, p. 83 et suiv.

<sup>75</sup> La responsabilité internationale de l'Etat pour un fait internationalement illicite d'omission a été explicitement affirmée par la CIJ dans l'arrêt du 9 avril 1949 relatif à l'Affaire du détroit de Corfou (fond) (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 22 et 23). Voir aussi la décision arbitrale du 10 juillet 1924 sur l'Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I [publication des Nations Unies, numéro de vente: 1948.V.2], p. 425).

<sup>76</sup> SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 70 et suiv.; et *Supplément au tome III* (*op. cit.*), p. 2, 3, 12 et suiv.

<sup>77</sup> Voir *Annuaire...* 1956, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3, articles VI, VII et VIII.

<sup>78</sup> Voir, pour des études concernant les aspects spécifiques du délit d'omission en droit international, R. Ago, « Illecito commissivo e illecito omissivo nel diritto internazionale », *Diritto internazionale*, Milan, Istituto per gli studi di politica internazionale, 1938, p. 9 et suiv.; P. A. Zannas, *La responsabilité internationale des Etats pour les actes de négligence*, Montreux, Ganguin et Laubscher, impr., 1952; G. Perrin, « L'agression contre la légation de Roumanie à Berne et le fondement de la responsabilité internationale dans les délits d'omission », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXVIII, n° 3 (juill.-sept. 1957), p. 410 et suiv.; D. Lévy, « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international », *ibid.*, t. XXXII, n° 4 (oct.-déc. 1961), p. 744 et suiv.

<sup>79</sup> « Les Etats ne peuvent agir qu'au moyen et par l'entremise de la personne de leurs agents et représentants » (Avis consultatif n° 6 de la CPJI au sujet de certaines questions touchant les colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne, *C.P.J.I.*, série B, n° 6, p. 22).

<sup>80</sup> Voir D. Anzilotti, *Corso...* (*op. cit.*), p. 222; J. G. Starke, « Imputability in international delinquencies », *The British Year Book of International Law*, 1938, Londres, vol. 19, p. 105; W. Wengler, *op. cit.*, t. I, p. 39; C. Th. Eustathiades, « Les sujets du droit international et la responsabilité internationale — Nouvelles tendances », *Recueil des cours...*, 1953-III, Leyde, Sijthoff, 1955, t. 84, p. 422.

au sens d'ordre juridique, de système de normes<sup>81</sup>. Ajoutons qu'il s'agit d'une attribution à l'Etat en sa qualité de sujet de droit international, et non pas de sujet de droit interne<sup>82</sup>. Enfin, il est nécessaire de mettre en évidence que l'attribution à l'Etat d'un comportement aux fins d'établir l'existence éventuelle d'un fait internationalement illicite de cet Etat ne peut avoir lieu que d'après le droit international. L'opération qui consiste à rattacher une action ou une omission à un sujet de droit international pour en tirer des conséquences dans le domaine des rapports juridiques internationaux ne peut se réaliser dans un cadre autre que le droit international lui-même<sup>83</sup>. Elle est donc une opération entièrement distincte de l'attribution du même comportement à l'Etat sujet de droit interne opérée sur la base de ce droit, cela sans préjudice de la prise en considération éventuelle par le droit international, à ses propres fins, de la situation existant en droit interne. Les difficultés concrètes auxquelles on se heurte parfois dans cette matière sont, très souvent, dues à une perception insuffisamment claire de ces différents aspects.

7) La deuxième condition indiquée comme indispensable pour qu'il y ait fait internationalement illicite de l'Etat est que le comportement attribuable à l'Etat constitue une violation par cet Etat d'une obligation internationale existant à sa charge. C'est ce que l'on appelle l'élément *objectif* du fait internationalement illicite — l'élément spécifique qui marque son caractère distinctif par rapport aux autres faits de l'Etat auxquels le droit international attache des conséquences juridiques. Le contraste entre le comportement adopté en fait et celui que juridiquement on aurait dû avoir constitué, en effet, l'essence même de l'illicéité.

8) Que l'élément objectif qui caractérise un fait internationalement illicite se trouve être la violation d'une obligation internationale existant à la charge de l'Etat,

<sup>81</sup> L'identification de la personne juridique avec un ordre juridique a amené, à un certain moment, des auteurs comme H. Kelsen (« Über Staatsunrecht », *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Vienne, Holder, vol. 40, 1914, p. 114) et W. Burckhardt (*Die völkerrechtliche Haftung der Staaten*, Berne, Haupt, 1924, p. 10 et suiv.) à conclure à l'impossibilité d'attribuer à la personne juridique, expression de l'unité de l'ordre juridique spécial qui la constitue, un fait illicite. Pour une critique de la doctrine normative à propos de l'identification de l'Etat et de son ordre juridique, voir Elynitchev, *op. cit.*, p. 85 et suiv.

<sup>82</sup> Pour une réaffirmation récente de cet aspect, voir Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *op. cit.*, p. 426.

<sup>83</sup> Voir J. G. Starke, *op. cit.*, p. 106 et 107; T. Perassi, *Lezioni di diritto internazionale*, 4<sup>e</sup> éd., Rome, Foro Italiano, 1939, p. 116; R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours...* (*op. cit.*), p. 461 et 462; K. Furgler, *Grundprobleme der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten unter besonderer Berücksichtigung der Haager Kodifikationskonferenz, sowie der Praxis der Vereinigten Staaten und der Schweiz*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1948, p. 19 et 20; P. Reuter, « La responsabilité internationale », *Droit international public* (*op. cit.*), p. 87; J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, p. 119. C'est toujours en vertu de sa conception particulière de l'Etat, et de la personne juridique en général, que Kelsen a été amené à soutenir que la question de savoir si un acte accompli par un individu est ou non un acte étatique doit être tranchée sur la base du droit interne (H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952, p. 117).

cela est très largement reconnu par la jurisprudence, la pratique et la doctrine la plus autorisée. Dans son arrêt du 26 juillet 1927 concernant la compétence dans l'*Affaire relative à l'usine de Chorzów*<sup>84</sup>, la CPJI s'est servie, à ce propos, de l'expression « violation d'un engagement ». Elle a repris la même expression dans son arrêt du 13 septembre 1928 concernant le fond de la même affaire<sup>85</sup>. La CIJ s'est référée explicitement aux termes employés par la CPJI dans son avis consultatif du 11 avril 1949 concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*<sup>86</sup>. Dans son avis du 18 juillet 1950 relatif à l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (deuxième phase)*, la Cour a mentionné comme étant de nature à engager la responsabilité internationale « le refus de s'acquitter d'une obligation conventionnelle<sup>87</sup> ». Dans la jurisprudence arbitrale, la définition restée classique est celle, à laquelle on s'est déjà référé, qu'a donnée la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique dans sa décision sur l'*Affaire de la Dickson Car Wheel Company*<sup>88</sup>. Dans la pratique des Etats, la « non-exécution d'obligations internationales », les « actes incompatibles avec des obligations internationales », la « violation d'une obligation internationale », la « violation d'un engagement » sont couramment invoqués pour désigner l'essence même d'un fait internationalement illicite, source de responsabilité. Ces expressions reviennent fréquemment dans les réponses envoyées par les différents gouvernements surtout au point III de la demande d'informations qui leur avait été adressée par le Comité préparatoire de la Conférence de 1930<sup>89</sup>. Et l'article 1<sup>er</sup> adopté à l'unanimité en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence s'ouvre précisément par ces mots: « Tout manquement aux obligations internationales d'un Etat<sup>90</sup> ». On peut constater la même concordance de vues chez les auteurs d'ouvrages scientifiques ou de projets privés de codification de la responsabilité des Etats.

9) Il convient de préciser qu'en droit international l'idée de violation d'une obligation peut être considérée comme l'équivalent absolu de celle de lésion du droit subjectif d'autrui. La CPJI — qui, normalement, emploie l'expression « violation d'une obligation internationale » — a parlé d'un « acte [...] contraire aux droits conventionnels d'un autre Etat » dans son arrêt du 14 juin 1938 concernant l'*Affaire des phosphates du Maroc*<sup>91</sup>. La corrélation entre obligation juridique d'un côté et droit subjectif de l'autre ne souffre pas d'exception: il

<sup>84</sup> C.P.J.I., série A, n° 9, p. 21.

<sup>85</sup> C.P.J.I., série A, n° 17, p. 29.

<sup>86</sup> C.I.J. Recueil 1949, p. 184.

<sup>87</sup> C.I.J. Recueil 1950, p. 228.

<sup>88</sup> Voir ci-dessus par. 2. Voir aussi la décision rendue à propos de l'*Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise* (10 juillet 1924) [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (publication des Nations Unies, numéro de vente: 1948.V.2), p. 425].

<sup>89</sup> SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 25 et suiv., 30 et suiv., 33 et suiv.; et *Supplément au tome III* (*op. cit.*), p. 2, 6 et suiv.

<sup>90</sup> *Annuaire...* 1956, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3.

<sup>91</sup> C.P.J.I., série A/B, n° 74, p. 28.

n'existe assurément pas — à la différence de ce que peut être la situation en droit interne — d'obligations incombant à un sujet auxquelles ne correspondrait pas un droit subjectif international d'un autre sujet ou d'autres sujets — voire même, pour ceux qui partagent un point de vue déjà mentionné dans le commentaire de l'article 1<sup>er</sup>, de l'ensemble des autres sujets du droit des gens.

10) On s'est parfois demandé s'il ne devrait pas y avoir une exception au principe selon lequel la caractéristique du fait internationalement illicite est qu'il consiste en une violation par l'Etat d'une obligation internationale existant à sa charge. Ce point d'interrogation est dû à l'idée que, dans certaines hypothèses, l'exercice abusif d'un droit pourrait constituer un comportement internationalement illicite, générateur, à ce titre, d'une responsabilité internationale. La Commission est d'avis que la solution éventuelle de ce problème n'a pas d'incidence directe sur la détermination des éléments du fait internationalement illicite. Il s'agit d'une question de fond qui concerne l'existence ou la non-existence d'une règle « primaire » du droit international: la règle qui aurait pour effet de limiter l'exercice par l'Etat de ses droits ou, selon certains auteurs, de ses compétences, et d'en interdire l'exercice abusif. Partant, s'il devait être admis qu'une limitation et une interdiction de ce genre sont acceptées par le droit international en vigueur, l'exercice abusif d'un droit par un Etat constituerait nécessairement une violation de l'obligation de ne pas dépasser certaines limites dans l'exercice de ce droit, de ne pas l'exercer avec l'unique intention de nuire à autrui ou de violer sa sphère de compétence. Si l'existence d'un fait internationalement illicite devait être reconnue dans une hypothèse semblable, l'élément constitutif serait toujours représenté par la violation d'une obligation, et non pas par l'exercice d'un droit. Par conséquent, en ce qui concerne la définition de principe des conditions d'existence d'un fait internationalement illicite, la mention de la violation d'une obligation internationale a été jugée suffisante pour comprendre aussi l'hypothèse où l'obligation en question serait précisément celle de ne pas exercer d'une manière abusive et déraisonnable certains de ses propres droits. Cela dit, on doit préciser que la Commission n'a pas pour autant exclu définitivement la possibilité d'avoir à traiter de la question de l'abus de droit à propos d'autres dispositions du présent projet — cela pour autant qu'elle n'estimera pas plus approprié de mettre séparément à l'étude la codification de cette matière spécifique, qui concerne la définition de certaines règles « primaires » plutôt que celle des règles de la responsabilité.

11) Ayant ainsi conclu qu'il n'y avait pas d'exception au principe selon lequel deux conditions doivent être réunies pour qu'il y ait fait internationalement illicite — la présence d'un comportement attribuable à l'Etat d'après le droit international et la violation, par ce comportement, d'une obligation internationale à sa charge —, la Commission s'est demandé si ces deux conditions indispensables étaient aussi suffisantes. A cet égard, le problème examiné en premier lieu a été de savoir si, parfois, une troisième condition ne devait pas s'ajouter aux deux autres pour qu'il y ait fait internationalement illicite: la survenance, à la suite du comportement de

l'Etat, d'un certain événement extérieur<sup>92</sup>. Dans certains cas (quand par exemple les organes législatifs d'un Etat omettent de voter une loi que, par un traité, l'Etat s'était spécifiquement engagé à adopter, ou qu'un pays côtier refuse, en temps de paix, le passage innocent dans ses eaux territoriales aux navires d'un pays étranger donné), le comportement en tant que tel suffit pour réaliser la violation d'une obligation internationale de l'Etat. On est alors en présence de ce qu'on peut appeler un fait internationalement illicite de comportement. Il y a cependant d'autres cas où la situation se présente différemment. Pour que l'on puisse dire qu'un Etat a manqué à son devoir de protection du siège d'une ambassade étrangère contre des préjudices émanant de tiers, il n'est pas suffisant de montrer que cet Etat a été négligent en ne prévoyant pas une surveillance adéquate de la part de la police; il faut encore que, à la suite de cette négligence, un événement préjudiciable se soit produit, tel que, par exemple, des dommages perpétrés par des manifestants hostiles ou une attaque de particuliers au siège de l'ambassade. Dans un cas de ce genre — et en général dans le cas où l'obligation internationale a précisément pour but d'éviter que certains événements préjudiciables ne se produisent —, le comportement éventuellement négligent des organes de l'Etat ne devient une véritable violation de l'obligation internationale que si au comportement en soi vient s'ajouter un élément supplémentaire: un événement extérieur — un de ces événements que l'Etat devait précisément s'efforcer de prévenir. Cependant, la Commission ne pense pas que la distinction mentionnée ait une incidence directe sur la formulation de la règle qui énonce les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite. Même si, dans certains cas, on doit conclure qu'il n'y a pas fait internationalement illicite tant qu'un événement extérieur donné ne s'est pas produit, cela n'implique pas que les deux conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite (comportement attribuable à l'Etat, d'une part, et violation par ce comportement d'une obligation internationale, d'autre part) ne suffisent plus à elles seules. S'il n'y a pas de fait internationalement illicite tant que l'événement ne s'est pas produit, c'est que jusque-là le comportement de l'Etat n'a pas encore réalisé la violation d'une obligation internationale. C'est donc l'élément objectif du fait internationalement illicite qui, en réalité, fait défaut. En d'autres termes, la survenance d'un événement extérieur est une condition de la violation d'une obligation internationale, et non pas un nouvel élément qui devrait venir s'ajouter à cette violation pour qu'il y ait fait illicite. C'est donc lorsqu'on examinera les différentes questions qui se posent à propos de l'infraction internationale que la Commission pourra prendre en considération la distinction ci-dessus évoquée entre deux types différents de faits internationalement illicites.

12) Le deuxième problème que la Commission a examiné dans ce contexte est celui de savoir si, pour pouvoir conclure à l'existence d'un fait internationalement illicite, il ne faudrait pas établir aussi la présence.

<sup>92</sup> Voir, sur cette question, R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours...* (op. cit.), p. 447 et suiv., et p. 500.

dans le cas concret considéré, d'un troisième élément constitutif: celui d'un *dommage* qui, à la suite du comportement de l'Etat, se serait produit au détriment du sujet dont le droit subjectif a été lésé. Certains auteurs sont en effet de cet avis<sup>93</sup>, même si l'emploi qu'ils font communément du terme « dommage » n'indique pas nécessairement qu'ils entendent se référer au même phénomène ou au même aspect. Même en faisant abstraction des opinions de ceux qui, sous le nom de dommage, visent quelque chose d'autre — en tout cas quelque chose de différent d'un préjudice causé sur le plan international par un Etat à un autre Etat<sup>94</sup> —, on doit noter que le terme « dommage » est parfois employé par les internationalistes pour désigner spécifiquement une atteinte à des intérêts économiques ou patrimoniaux. Là où une telle atteinte s'est produite, elle peut, certes, représenter un élément décisif pour la détermination des conséquences du fait illicite. Comme telle, on la prendra en considération dans la partie du projet qui sera consacrée à l'examen des formes et de la mesure de la réparation. Mais il paraît évident que, dans ce sens, le « dommage » n'est pas une condition indispensable de l'existence d'un fait internationalement illicite — un élément constitutif particulier de cette notion. Plus couramment, cependant, on souligne que par « dommage » on doit comprendre une atteinte non seulement à des intérêts économiques, mais aussi à des intérêts moraux. C'est même dans ce sens que le terme en question est généralement utilisé lorsqu'on affirme qu'il constitue un élément essentiel du fait internationalement illicite<sup>95</sup>. L'expression « dommage moral » n'est d'ailleurs pas, elle non plus, exempte d'équivoque. Elle peut viser spécifiquement le préjudice constitué par l'atteinte à

<sup>93</sup> Voir, par exemple, A. V. Freeman, *op. cit.*, p. 22; A. Ross, *op. cit.*, p. 242 et 255; K. Furgler, *op. cit.*, p. 16; P. Guggenheim, *op. cit.*, p. 1; E. Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, p. 534.

<sup>94</sup> Certains des auteurs qui soutiennent qu'il faut la présence d'un dommage pour qu'il y ait fait internationalement illicite pensent plutôt en réalité à la survenance de cet événement extérieur qui, comme on vient de le rappeler, doit parfois accompagner le comportement proprement dit de l'Etat pour que ce comportement réalise la violation d'une obligation internationale. La présence d'un tel événement n'est cependant caractéristique que d'une catégorie particulière de faits internationalement illicites, et, là où on la requiert, elle ne représente pas un « troisième » élément constitutif du fait internationalement illicite: elle n'est qu'une condition de l'existence de l'élément objectif de l'infraction. D'autres auteurs, quand ils parlent de « dommage », ont fréquemment à l'esprit non pas un préjudice causé à l'Etat sur le plan international, mais plutôt un dommage infligé à un particulier sur le plan interne. Cela ressort clairement, par exemple, chez Amerasinghe (*op. cit.*, p. 55). L'importance accordée à l'élément « dommage » est alors une conséquence du fait qu'on n'a pris en considération que les seuls cas de responsabilité de l'Etat pour dommages causés à des particuliers étrangers, et qu'on a réuni l'examen des règles relatives à la responsabilité à celui des règles de fond relatives au traitement des étrangers. Le dommage infligé à un particulier, que la règle concernant le traitement des étrangers vise précisément à éviter, n'a rien à voir avec le dommage qui, sur le plan proprement international, devrait, de l'avis de certains, s'ajouter à la violation de l'obligation pour qu'il y ait fait internationalement illicite. Ce dommage ne saurait être qu'un dommage subi par l'Etat.

<sup>95</sup> Ainsi, par exemple, Jiménez de Aréchaga, après avoir vu dans le dommage une condition de l'existence de la responsabilité internationale, ajoute que, « dans les relations interétatiques, la notion de dommage n'a toutefois pas un caractère essentiellement matériel ou patrimonial » (*op. cit.*, p. 534).

l'honneur ou à la dignité d'un Etat. Cependant, même l'association des dommages « moraux » ainsi compris et des dommages proprement « économiques » ne suffit pas, de toute évidence, à apporter un élément dont la présence serait indispensable pour qu'il y ait fait internationalement illicite, alors que, dans le cadre de l'article 3, la Commission cherche précisément à déterminer les éléments constitutifs sans lesquels il ne peut en aucun cas y avoir de fait internationalement illicite. Le droit international d'aujourd'hui prévoit de plus en plus à la charge de l'Etat des obligations concernant le traitement de ses propres sujets. On n'a qu'à se référer, pour des exemples, aux conventions sur les droits de l'homme ou à la plupart des conventions internationales du travail. Si l'une de ces obligations internationales est enfreinte, la violation ainsi perpétrée ne cause normalement aucun préjudice de nature économique aux autres pays parties à la convention, ni même une atteinte à leur honneur ou à leur dignité; pourtant, elle constitue manifestement un fait internationalement illicite. Ainsi, pour soutenir à tout prix que le « dommage » est un élément présent dans tout fait internationalement illicite, on est forcé d'en venir à l'idée que toute violation d'une obligation internationale envers un autre Etat comporte en quelque sorte un « préjudice » pour cet autre Etat. Mais cela revient justement à dire que le « dommage » qui est inhérent à tout fait internationalement illicite est celui qui est en même temps inhérent à toute violation d'une obligation internationale<sup>96</sup>. La mention de la violation d'une obligation internationale a donc paru à la Commission tout à fait suffisante pour couvrir aussi cet aspect, sans qu'il y ait besoin d'y ajouter un élément de plus<sup>97</sup>. Elle a ainsi pu conclure que les deux éléments que l'on a respectivement décrits comme l'élément « subjectif » et l'élément « objectif » sont les seules composantes nécessaires de tout fait internationalement illicite. D'autres éléments peuvent être présents dans tel ou tel cas, et même dans la plupart des cas, mais ils n'ont pas de caractère de nécessité.

13) Pour ce qui est de la rédaction de la règle, la Commission a adopté une formule qui, tout en pouvant paraître quelque peu schématique, permet toutefois d'établir clairement le rapport qui existe entre les questions dont on traite à l'article 3 et celles qui font l'objet des chapitres suivants du projet. A l'*alinéa a* — qui affirme la nécessité, pour qu'il y ait fait internationalement illicite, d'un comportement attribuable à l'Etat d'après le droit international — correspond le chapitre II du projet (consacré au « fait de l'Etat »), où l'on détermine quels sont, d'après le droit international, les comportements attribuables à l'Etat. A l'*alinéa b* — qui affirme la nécessité que ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale — doit corres-

<sup>96</sup> D. Anzilotti (*Corso...* [*op. cit.*], p. 425) met en évidence que le dommage se confond souvent en droit international avec la violation de l'obligation.

<sup>97</sup> Faire mention du « dommage » comme d'un élément constitutif du fait internationalement illicite distinct de l'infraction pourrait même être dangereux, car cela pourrait donner à penser que, de l'avis de la Commission, là où il y aurait violation d'une obligation internationale sans « dommage » il n'y aurait ni fait illicite ni responsabilité.

pondre le chapitre III (qui sera consacré à l'« infraction internationale »), où l'on indiquera quelles doivent être les conditions remplies pour qu'un comportement constitue une telle violation et quels différents cas d'infraction sont à envisager. Quant à l'ordre d'énumération des deux éléments, il a paru plus conforme à la logique de mentionner l'élément subjectif avant l'élément objectif, parce qu'il faut rechercher s'il existe un comportement de l'Etat avant d'être en mesure de déterminer si ce comportement constitue ou ne constitue pas une violation d'une obligation internationale. Dans le membre de phrase introductif de l'article, les termes « de l'Etat » après les termes « fait internationalement illicite » découlent de ce qui a été dit dans l'introduction au chapitre II du présent rapport<sup>98</sup>, à savoir que le projet ne s'occupe pas de la responsabilité internationale de sujets du droit international autres que les Etats.

14) En ce qui concerne l'alinéa a de l'article, la Commission a choisi le terme « attribution » pour désigner l'opération du rattachement à l'Etat d'une action ou omission donnée. Ce terme lui est apparu préférable à d'autres fréquemment employés dans la pratique et la jurisprudence internationales, tels que celui d'« imputation » — bien que les auteurs aient depuis longtemps pris soin de mettre en relief que, lorsqu'on emploie les termes « imputabilité » ou « imputation » en matière de responsabilité internationale des Etats, on n'entend nullement leur donner une signification correspondant à celle qu'on leur attribue, par exemple, en droit pénal interne (où par « imputabilité » on entend parfois l'état d'esprit, la capacité d'entendre et de vouloir de l'agent en tant que fondement de la responsabilité) ou dans la procédure pénale (où par « imputation » on peut vouloir désigner l'inculpation d'un sujet faite par une autorité judiciaire). Le terme « attribution » évite en tout cas plus sûrement des interprétations erronées. En outre — et toujours afin d'éviter tout faux rapprochement entre la notion à laquelle on veut se référer ici et celle d'une opération ultérieure correspondant en quelque sorte à l'inculpation effectuée par un organe judiciaire en droit interne —, on a préféré dire « un comportement [...] est attribuable d'après le droit international à l'Etat » plutôt que « un comportement [...] est attribué d'après le droit international à l'Etat ».

15) La Commission a considéré plus approprié de parler à l'alinéa b de « violation d'une obligation internationale » que de violation « d'une règle » ou « d'une norme » de droit international. L'expression « violation d'une obligation » est non seulement la plus couramment employée dans la jurisprudence et dans la pratique des Etats: elle est aussi la plus exacte. La règle est le droit au sens objectif; l'obligation est une situation juridique subjective, et c'est par rapport à cette situation qu'intervient le comportement du sujet, soit qu'il se conforme à l'obligation, soit qu'il la transgresse. De plus, l'obligation dont la violation représente un élément constitutif d'un fait internationalement illicite ne découle pas nécessairement et dans tous les cas d'une règle, au sens propre de ce terme. Elle peut très bien avoir été créée

et mise à la charge d'un sujet par un acte juridique particulier ou par la décision d'une juridiction judiciaire ou arbitrale. Le terme « obligation » a été choisi par la Commission, de préférence à d'autres qui, en droit international, peuvent être considérés comme synonymes (par exemple « devoir » ou « engagement »), parce que c'est le terme le plus couramment employé dans la jurisprudence et dans la pratique internationales, ainsi que dans la doctrine. Finalement, le terme « violation » a été préféré à d'autres expressions analogues, telles que « manquement », « transgression » ou « non-exécution », notamment parce que ce terme est employé à l'alinéa c du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la CIJ. C'est pour la même raison qu'on s'est servi pour la version anglaise du terme « breach », et pour la version espagnole du terme « violación ».

<sup>98</sup> Voir ci-dessus par. 37.

Article 4

Qualification d'un fait de l'Etat  
comme  
internationalement illicite

Le fait d'un Etat ne peut être qualifié d'internationalement illicite que d'après le droit international. Une telle qualification ne saurait être affectée par la qualification du même fait comme licite d'après le droit interne.

*Commentaire\**

1) Le présent article énonce d'une façon explicite un principe qui ressort déjà implicitement de l'article 3, à savoir le principe de l'indépendance de la qualification d'internationalement illicite d'un fait donné par rapport à toute conclusion à laquelle on pourrait arriver quant à la conformité ou la non-conformité de ce fait avec les prescriptions du droit interne de l'Etat l'ayant commis. La première phrase de l'article implique, d'une part, que le fait d'un Etat ne peut pas être qualifié d'internationalement illicite tant qu'il ne constitue pas la violation d'une obligation internationale, même s'il y a eu violation d'une prescription du droit interne de l'Etat. D'autre part, il découle de la même phrase que le fait d'un Etat doit être qualifié d'internationalement illicite dès qu'il constitue la violation d'une obligation internationale, même au cas où ledit fait ne contrevient à aucune des obligations établies par le droit interne de l'Etat et même au cas extrême où, d'après ce droit, l'Etat se trouvait en réalité tenu à ce comportement. La deuxième phrase de l'article met spécialement en évidence l'aspect le plus important du principe énoncé à la première phrase, à savoir que l'Etat ne saurait se prévaloir de la conformité de son comportement avec les prescriptions de son droit interne pour se soustraire à ce que ce comportement soit qualifié d'illicite d'après le droit international s'il constitue la violation d'une obligation établie par ce droit. Par ailleurs, le jeu combiné de la règle établie à l'article 1<sup>er</sup>, d'après laquelle tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité, et de celle que pose l'article 4 entraîne la conclusion que la responsabilité internationale de l'Etat à la suite d'un fait déterminé s'établit indépendamment de la conformité ou de la non-conformité de ce fait avec les prescriptions du droit interne de l'Etat en question.

---

\* Annuaire ... 1973, vol. II, p. 187 à 191.

2) La première conclusion que l'on tire de l'article 4, à savoir qu'il n'y a pas de fait internationalement illicite tant qu'il n'y a pas violation par un Etat d'une obligation internationale, mais seulement manquement de sa part à une obligation établie par son propre système de droit, ne nécessite pas une longue démonstration. On la trouve expressément affirmée dans la jurisprudence et la pratique internationales ainsi que dans les ouvrages scientifiques<sup>99</sup>.

3) En ce qui concerne la jurisprudence, la prise de position la plus nette se trouve dans l'avis consultatif de la CPJI du 4 février 1932 concernant le « Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig »<sup>100</sup>. La Cour dénia au Gouvernement polonais le droit de soumettre aux organes de la SDN des questions concernant l'application à des ressortissants polonais de certaines dispositions de la Constitution de la Ville libre de Dantzig, car

[...] d'après les principes généralement admis, un Etat ne peut, vis-à-vis d'un autre Etat, se prévaloir des dispositions constitutionnelles de ce dernier, mais seulement du droit international [...].

L'application de la Constitution de la Ville libre peut cependant avoir pour résultat la violation d'une obligation internationale de Dantzig envers la Pologne, découlant soit de stipulations conventionnelles, soit du droit international commun. [...] Toutefois, dans une éventualité de ce genre, ce n'est pas la Constitution, en tant que telle, mais bien l'obligation internationale qui donne naissance à la responsabilité de la Ville libre.

4) Dans la pratique, les Etats qui s'estimaient accusés à tort de porter une responsabilité internationale pour ce qui n'était en l'espèce que l'inobservance d'une prescription du droit interne ont valablement fait opposition sur cette base aux prétentions indues dont ils étaient l'objet. La demande d'informations soumise aux Etats par le Comité préparatoire de la Conférence de 1930 distinguait en premier lieu la responsabilité internationale d'un Etat, découlant de la violation d'une obligation internationale, et la responsabilité purement interne causée par la violation d'une obligation établie par la constitution ou les lois de cet Etat. Les gouvernements ayant répondu à la demande d'informations se sont déclarés d'accord à ce sujet<sup>101</sup>. A la Conférence, l'article 1<sup>er</sup> du projet de convention sur la responsabilité des Etats, approuvé à l'unanimité en première lecture, confirma implicitement la même conclusion<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> Une énonciation très claire du principe figure aussi dans la IV<sup>e</sup> partie (par. 167) de la *Restatement of the Law* de l'American Law Institute (*Annuaire...* 1971, vol. II [1<sup>re</sup> partie], p. 204, doc. A/CN.4/217/Add.2).

<sup>100</sup> *C.P.J.I.*, série A/B, n° 44, p. 24 et 25. A ce sujet, on peut rappeler aussi l'opinion exprimée par la CPJI dans son arrêt du 7 septembre 1927 concernant l'Affaire du *Lotus* (*C.P.J.I.*, série A, n° 10, p. 24).

<sup>101</sup> SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 16 et suiv.; et *Supplément au tome III* (*op. cit.*), p. 2, 4 et suiv. Le principe dont il s'agit était clairement énoncé dans la réponse du Gouvernement allemand :

« La responsabilité internationale, dont seule il s'agit ici, ne peut être engagée qu'en cas de violation d'une norme de droit international. [...] en cas de violation d'une loi au détriment d'un ressortissant étranger il ne saurait jamais être question d'une demande formulée en vertu du droit international par un Etat étranger [...] » (SDN, *Bases de discussion...* [*op. cit.*], p. 16).

<sup>102</sup> SDN, *Actes de la Conférence...* (*op. cit.*), p. 31.

5) De l'avis de la Commission, l'importance essentielle du principe touchant cet aspect des rapports entre le droit international et le droit interne se révèle surtout dans la proposition inverse de celle qui a fait l'objet des paragraphes qui précèdent: il ne suffit nullement qu'un comportement déterminé soit conforme aux dispositions du droit interne, ni même qu'il soit expressément prescrit par ces dispositions, pour qu'il devienne possible de nier son caractère internationalement illicite, lorsqu'il constitue une violation d'une obligation établie par le droit international. Comme on l'a nettement souligné,

Le principe selon lequel un Etat ne peut pas se réclamer des dispositions (ou des lacunes) de sa Constitution pour ne pas observer ses obligations internationales [...] est vraiment l'un des grands principes du droit international, dont s'inspire le système tout entier et qui s'applique à toutes les branches de celui-ci [...] <sup>103</sup>.

La jurisprudence, la pratique des Etats et les ouvrages scientifiques des internationalistes ne laissent pas subsister le moindre doute à ce sujet.

6) On a dit que la CPJI « a affirmé cette règle et en a fait une des pierres angulaires de sa jurisprudence<sup>104</sup> ». Elle l'a reconnue expressément dès son premier arrêt, du 17 août 1923, relatif à l'Affaire du *vapeur* « *Wimbledon* »<sup>105</sup> et l'a réaffirmée par la suite plusieurs fois. Parmi les formulations les plus claires, on peut rappeler les suivantes :

« [...] c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité<sup>106</sup> »;

« [...] il est constant que la France ne saurait se prévaloir de sa législation pour restreindre la portée de ses obligations internationales<sup>107</sup> »;

« [...] un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur<sup>108</sup> ».

<sup>103</sup> Sir Gerald Fitzmaurice, « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *Recueil des cours...*, 1957-II, Leyde, Sijthoff, 1958, t. 92, p. 85 (tr. de l'original anglais).

<sup>104</sup> G. Schwarzenberger, *International Law*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1957, vol. I, p. 69.

<sup>105</sup> La Cour rejeta l'argumentation du Gouvernement allemand, à savoir que le passage du navire par le canal de Kiel aurait représenté une infraction aux ordonnances allemandes en matière de neutralité, en observant que

« une ordonnance de neutralité, acte unilatéral d'un Etat, ne saurait prévaloir sur les dispositions du Traité de paix.

« [...] en vertu de l'article 380 du Traité de Versailles, elle [l'Allemagne] avait le devoir formel d'y consentir [au passage du *Wimbledon* par le canal]. Elle ne pouvait opposer aux engagements qu'elle avait pris en vertu de cet article ses ordonnances de neutralité » (*C.P.J.I.*, série A, n° 1, p. 29 et 30).

<sup>106</sup> Question des « communautés » gréco-bulgares, Avis consultatif du 31 juillet 1930 (*C.P.J.I.*, série B, n° 17, p. 32).

<sup>107</sup> Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex (deuxième phase), Ordonnance du 6 décembre 1930 (*C.P.J.I.*, série A, n° 24, p. 12), et *idem*, Arrêt du 7 juin 1932 (*C.P.J.I.*, série A/B, n° 46, p. 167).

<sup>108</sup> Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, Avis consultatif du 4 février 1932 (*C.P.J.I.*, série A/B, n° 44, p. 24).

Le même principe, quoique vu sous un angle différent, se retrouve affirmé dans les avis consultatifs du 21 février 1925 concernant l'*Echange des populations grecques et turques*<sup>109</sup> et du 3 mars 1928 concernant la *Compétence des tribunaux de Dantzig*<sup>110</sup>.

7) L'existence d'un principe de droit international d'après lequel un Etat ne saurait se soustraire à l'observation de ses obligations internationales en se prévalant de son droit interne est confirmée par l'examen de la jurisprudence de la CIJ. S'il est vrai que l'on ne trouve pas dans la jurisprudence de cette cour des affirmations de ce principe aussi nettes que celles qui figurent dans la jurisprudence de la CPJI, il n'en est pas moins vrai que le principe en question a été reconnu expressément dans l'avis concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*<sup>111</sup>, et implicitement dans plusieurs arrêts. Il est intéressant de remarquer que de nombreux juges de la CIJ ont cru opportun d'énoncer explicitement, dans leurs opinions individuelles ou dissidentes relatives à ces mêmes arrêts, le principe que la majorité des membres de la Cour avait sous-entendu<sup>112</sup>.

8) La jurisprudence arbitrale n'est pas moins catégorique à cet égard. Entre la première et la seconde guerre mondiale, déjà, les décisions allant dans ce sens sont nombreuses. Parmi les plus importantes, il y eut la sentence arbitrale rendue en 1922 dans l'*Affaire des Norwegian Shipowners' Claims*<sup>113</sup>, la décision prise par l'arbitre Taft en 1923 dans l'*Affaire Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims (Tinoco Case)*, opposant le Costa Rica et la Grande-Bretagne<sup>114</sup>, et la décision prise en 1930 dans l'*Affaire Shufeldt* par un tribunal arbitral établi par les Etats-Unis d'Amérique et le Guatemala. Dans cette dernière décision, on lit :

<sup>109</sup> C.P.J.I., série B, n° 10, p. 20.

<sup>110</sup> C.P.J.I., série B, n° 15, p. 27. Toujours à ce propos, on peut rappeler les observations de lord Finlay relatives à l'Avis consultatif du 15 septembre 1923 sur la Question de l'acquisition de la nationalité polonaise (C.P.J.I., série B, n° 7, p. 26). Ces observations revêtent un intérêt particulier en ce qu'elles se réfèrent à un cas où c'est l'absence même de dispositions de droit interne dont il est souligné qu'elle n'est pas une excuse pour ne pas s'acquitter de ses obligations internationales.

<sup>111</sup> C.I.J. Recueil 1949, p. 180.

<sup>112</sup> On doit rappeler dans ce contexte l'arrêt du 18 décembre 1951 concernant l'Affaire des pêcheries (C.I.J. Recueil 1951, p. 132), avec l'opinion individuelle du juge Alvarez (*ibid.*, p. 152) et l'opinion dissidente du juge McNair (*ibid.*, p. 181); l'arrêt du 18 novembre 1953 concernant l'Affaire Nottebohm (exception préliminaire) [C.I.J. Recueil 1953, p. 123], avec la déclaration du juge Klaestad (*ibid.*, p. 125); et surtout l'arrêt du 28 novembre 1958 sur l'Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (C.I.J. Recueil 1958, p. 67), avec les opinions individuelles des juges Badawi (*ibid.*, p. 74), Lauterpacht (*ibid.*, p. 83), Spender (*ibid.*, notamment p. 125 et 126, et 128 et 129), et les opinions dissidentes des juges Winiarski (*ibid.*, p. 137 et 138) et Córdova (*ibid.*, p. 140).

<sup>113</sup> Sentence rendue le 13 octobre 1922 par le Tribunal arbitral institué en vertu de l'accord du 30 juin 1921 entre la Norvège et les Etats-Unis d'Amérique (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I [publication des Nations Unies, numéro de vente: 1948.V.2], p. 331).

<sup>114</sup> Sentence rendue le 18 octobre 1923 par le Tribunal arbitral institué en vertu de l'accord du 12 janvier 1922 (*ibid.*, p. 386).

c'est un principe établi du droit international qu'un souverain ne saurait être admis à opposer une de ses lois nationales comme fin de non-recevoir à la réclamation d'un autre souverain pour préjudice causé à un ressortissant de ce dernier<sup>115</sup>.

En ce qui concerne des années plus récentes, il faut mentionner la jurisprudence de la Commission de conciliation italo-américaine établie en vertu de l'article 83 du Traité de paix de 1947<sup>116</sup>, et notamment la décision relative à l'*Affaire Vollemborg*, rendue le 24 septembre 1956. D'après la Commission,

Une chose est certaine: le Gouvernement italien ne peut pas se prévaloir, devant une instance internationale, de ses lois nationales pour se soustraire à l'exécution d'une obligation internationale acceptée par lui. Les décisions judiciaires de la Cour permanente de justice internationale sont toutes conformes sur ce point<sup>117</sup>.

9) Dans la pratique des Etats, les affirmations du principe d'après lequel un Etat ne saurait invoquer son droit interne pour se défendre d'avoir violé une obligation internationale ne sont pas moins fréquentes que dans la jurisprudence internationale. Il suffit de se référer dans ce contexte à l'attitude adoptée par les Etats à l'occasion de différends qui ont été discutés devant la SDN ou soumis à la CPJI ou à la CIJ, ainsi qu'à l'occasion des travaux de codification du droit international entrepris sous les auspices de la SDN et de l'ONU. Au cours des différends auxquels on a fait allusion, les Etats demandeurs ont soutenu d'une façon très ferme le principe que la conformité au droit interne n'exclut pas la responsabilité internationale — et, il faut le souligner, les Etats défendeurs ont généralement tenu à marquer eux aussi leur accord à ce sujet. Des exemples d'une telle situation sont fournis par l'attitude adoptée par Dantzig et par la Pologne à l'occasion du différend concernant la *Compétence des tribunaux de Dantzig*<sup>118</sup>, par la Hongrie et la Roumanie à l'occasion du différend concernant l'*Expropriation par le Gouvernement roumain des biens immobiliers des optants hongrois*<sup>119</sup>, par la Suisse lors du différend concernant la *Réparation des dommages subis par des citoyens suisses à la suite d'événements de*

<sup>115</sup> Sentence rendue le 24 juillet 1930 par le Tribunal institué par l'accord du 2 novembre 1929 (*ibid.*, vol. II [numéro de vente: 1949.V.1], p. 1098) [tr. du Secrétariat de l'original anglais].

<sup>116</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 49, p. 126.

<sup>117</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV [numéro de vente: 65.V.4], p. 289 [tr. du Secrétariat de l'original anglais]. Voir aussi, dans le même sens, la décision sur l'Affaire Flegenheimer, du 20 septembre 1958, rendue par la même commission (*ibid.*, notamment p. 360).

<sup>118</sup> Au cours de la discussion devant la CPJI, M. Gidel, représentant le Gouvernement de Dantzig, déclarait:

« C'est un principe universellement reconnu que les dispositions des lois internes ou leurs lacunes ne peuvent pas être invoquées par un Etat pour se soustraire à l'accomplissement d'obligations internationales, ou pour se dérober à la responsabilité dérivant du non-accomplissement de ses obligations » (C.P.J.I., série C, n° 14-I, p. 44).

M. Limbourg, représentant le Gouvernement polonais, répondait: « Mon adversaire, l'éminent professeur, a parfaitement raison: d'un point de vue général, vis-à-vis des instances internationales, un Etat ne pourrait jamais se prévaloir du fait que ses lois sont insuffisantes » (*ibid.*, p. 59).

<sup>119</sup> SDN, *Journal officiel*, 4<sup>e</sup> année, n° 7 (juillet 1923), p. 729; *ibid.*, n° 8 (août 1923), p. 886 et 887, et 895; *ibid.*, 9<sup>e</sup> année, n° 4 (avril 1928), p. 562 et 563, et 570.

guerre<sup>120</sup>, et encore par la Suisse et la France lors de l'Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex<sup>121</sup>, par la Yougoslavie lors de l'Affaire Losinger et Cie, S.A.<sup>122</sup>, par l'Italie et la France à l'occasion de l'Affaire des phosphates du Maroc<sup>123</sup>, et, finalement, par le Liechtenstein à l'occasion de l'Affaire Nottebohm<sup>124</sup>.

10) La même uniformité de vue s'est manifestée lors des travaux de codification entrepris sous les auspices de la SDN pour la codification du sujet de la responsabilité des Etats, ainsi que de ceux qui ont été entrepris plus tard sous les auspices de l'ONU pour la codification des sujets des droits et devoirs des Etats et du droit des traités. Au point I de la demande d'informations adressée aux Etats par le Comité préparatoire de la Conférence de 1930, on distinguait la responsabilité incombant à un Etat en vertu du droit international de celle qui pouvait lui incomber en vertu de son droit interne, et on précisait :

En particulier un Etat ne peut échapper à sa responsabilité selon le droit international, si elle existe, en invoquant les dispositions de sa loi interne.

Dans leurs réponses, les Etats se déclarèrent expressément ou implicitement d'accord avec ce principe<sup>125</sup>. Au cours du débat lors de la Conférence, les Etats marquèrent leur adhésion générale à l'idée énoncée dans le point I, et la discussion n'eut pour objet que la double question de l'opportunité d'insérer dans la convention une règle énonçant cette idée, et ensuite du choix de la formule la plus appropriée<sup>126</sup>. A l'issue du débat, la Troisième Commission de la Conférence adopta en première lecture un article (article V) conçu comme suit :

Un Etat ne peut décliner sa responsabilité internationale en invoquant l'état de son droit interne<sup>127</sup>.

11) La Commission du droit international des Nations Unies adopta lors de sa première session (1949) un projet de Déclaration sur les droits et devoirs des Etats. L'article 13 du projet, dont le contenu fut approuvé par tous les membres de la Commission, était ainsi libellé :

Tout Etat a le devoir d'exécuter de bonne foi ses obligations nées des traités et autres sources du droit international, et il ne peut invoquer pour manquer à ce devoir les dispositions de sa constitution ou de sa législation<sup>128</sup>.

<sup>120</sup> *Ibid.*, 15<sup>e</sup> année, n° 11 (novembre 1934), p. 1438, 1486, et 1494 et 1495. Les autres parties au différend ne contestèrent pas, sur ce point, le bien-fondé des prises de position suisses.

<sup>121</sup> *C.P.J.I.*, série C, n° 19, vol. I, p. 210 et 211 et 344; *ibid.*, vol. III, p. 1222; *ibid.*, vol. IV, p. 1636 et 1637, et 1912 et 1913.

<sup>122</sup> *C.P.J.I.*, série C, n° 78, p. 181.

<sup>123</sup> *C.P.J.I.*, série C, n° 84, p. 70, 455, 712, 826; et n° 85, p. 1172.

<sup>124</sup> Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), *C.I.J. Mémoires*, vol. I, p. 180 et 182, et vol. II, p. 27 et 28.

<sup>125</sup> SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 16 et suiv.

<sup>126</sup> SDN, *Actes de la Conférence...* (*op. cit.*), p. 120 et suiv.

<sup>127</sup> *Annuaire...* 1956, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3.

<sup>128</sup> Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément n° 10 (A/925)*, p. 10. Pour les débats à la Commission, voir *Yearbook of the International Law Commission, 1949*, p. 104 et 105 (14<sup>e</sup> séance, par. 1 à 16), 147 (20<sup>e</sup> séance, par. 78 à 80), 171 (24<sup>e</sup> séance, par. 4 à 8) [en anglais seulement]. Le texte de l'article adopté par la Commission reproduit, sans modification de substance, l'article 12 du projet de Déclaration des droits et des

12) Lors de la première session de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités (1968), tenue à Vienne, la délégation du Pakistan proposa à la Commission plénière d'insérer dans le projet de convention une clause précisant qu'aucune partie à un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette proposition fut adoptée en première lecture par 55 voix contre zéro, avec 30 abstentions, et renvoyée au Comité de rédaction de la Conférence<sup>129</sup>. En deuxième lecture, la Commission plénière adopta le texte présenté par le Comité de rédaction, sans vote formel<sup>130</sup>. En 1969, au cours de la deuxième session, la Conférence adopta par 73 voix contre 2, avec 24 abstentions, le texte proposé par la Commission plénière, qui est devenu par la suite l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il se lit comme suit :

Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46<sup>131</sup>.

13) Le principe ainsi consacré par la jurisprudence internationale et par la pratique des Etats est, d'autre part, expressément confirmé par des auteurs appartenant à des systèmes juridiques différents<sup>132</sup>. Il figure également

devoirs des Etats présenté à l'Assemblée générale par le Gouvernement du Panama et utilisé par la Commission en tant que base de discussion (A/285). Le bien-fondé du principe énoncé dans ces articles a été souligné par plusieurs gouvernements dans leurs commentaires sur le projet du Panama (*Etude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des Etats* [mémoire du Secrétaire général de l'ONU] (publication des Nations Unies, numéro de vente: 1949.V.4), p. 80, 84 et 85), sur celui de la CDI (*Documents officiels de l'Assemblée générale, sixième session, Annexes*, point 48 de l'ordre du jour, doc. A/1338 et Add.1 et A/1850), et à l'occasion des débats qui ont eu lieu à l'Assemblée générale sur le rapport de la Commission (*ibid.*, quatrième session, Sixième Commission, 168<sup>e</sup> à 173<sup>e</sup> et 175<sup>e</sup> à 183<sup>e</sup> séances; et *ibid.*, Séances plénières, 270<sup>e</sup> séance).

<sup>129</sup> Parmi les Etats qui prirent expressément position en faveur du principe au cours de la discussion figuraient les Etats suivants: Chili, Etats-Unis d'Amérique, France, Israël, Italie, RSS de Biélorussie, Royaume-Uni, Turquie, URSS. Les Etats-Unis indiquèrent qu'à leur avis le principe aurait été mieux à sa place dans une convention sur la responsabilité des Etats (*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* [publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7], p. 163 et suiv., 28<sup>e</sup> séance de la Commission plénière, par. 49 à 70, et 29<sup>e</sup> séance).

<sup>130</sup> Le texte fut approuvé à la 72<sup>e</sup> séance de la Commission plénière (*ibid.*, p. 464 et 465, 72<sup>e</sup> séance, par. 29 à 48).

<sup>131</sup> *Ibid.*, deuxième session, *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.6), p. 57 et 58, 13<sup>e</sup> séance, par. 30 à 40.

Le délégué du Venezuela déclara que l'article 27 n'était qu'une répétition de l'article 46, d'après lequel

« Le fait que le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale. »

Le délégué de l'Iran estima que l'article 27 était en contradiction avec l'article 46.

<sup>132</sup> Voir, en plus du cours de sir Gerald Fitzmaurice déjà cité (ci-dessus note 103): C. Eagleton, *op. cit.*, p. 63 et suiv.; A. Verdross, *Völkerrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Vienne, Springer, 1964, p. 114; H. W. Briggs,

dans la plupart des projets de codification de la responsabilité des Etats émanant de particuliers ou d'institutions privées<sup>133</sup>.

14) Le principe d'après lequel ce n'est que par référence à une obligation juridique internationale incombant à l'Etat qu'on peut déterminer si un fait de l'Etat peut être qualifié d'internationalement illicite n'admet pas d'exception. On ne saurait présenter comme une exception à la règle qui dit que la qualification donnée par le droit international ne saurait être affectée par la qualification du même fait en droit interne le cas des règles du droit international qui exigent de l'Etat qu'il se conforme aux prescriptions du droit interne (par exemple qu'il applique aux étrangers le traitement fait aux nationaux). Il est vrai que, dans un tel cas, une fois que l'Etat a appliqué les prescriptions du droit interne, il ne peut y avoir de fait internationalement illicite. Toutefois, même alors, ce n'est pas le fait de conformer le comportement au droit interne qui exclut l'illicéité internationale, mais le fait que le comportement ainsi conforme au droit interne constitue, précisément par cette conformité, l'exécution de l'obligation internationale. A l'inverse, si l'Etat a, par son action ou omission, agi en contradiction avec les prescriptions du droit interne, il y aura fait internationalement illicite, pour la raison que la violation du droit interne constitue en même temps la violation de l'obligation juridique internationale.

15) En ce qui concerne la formulation de la règle à établir, le Rapporteur spécial avait proposé de dire que « le droit interne d'un Etat ne peut être invoqué pour empêcher qu'un fait de cet Etat soit qualifié d'illicite selon le droit international ». Une telle formule — qui se retrouve à quelques termes près dans la plupart des projets de codification sur la responsabilité des Etats, notamment à l'article 5 du projet adopté en première lecture à la Conférence de 1930, ainsi d'ailleurs qu'à l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités — aurait le mérite de faire ressortir d'une manière claire et immédiate le vrai but de la règle: à savoir que le droit interne ne doit pas constituer pour les Etats une échappatoire à la responsabilité internationale. Toutefois, de l'avis de la majorité de la Commission, une telle formule évoquerait par trop une règle de procédure,

et serait peu appropriée pour une déclaration de principe destinée à figurer au chapitre I<sup>er</sup> du projet d'articles. Par ailleurs, de l'avis de certains membres, la formule proposée pourrait prêter à équivoque. On a évoqué, à ce propos, les cas où le contenu de l'obligation internationale de l'Etat consiste à exiger de lui un comportement conforme à celui que requiert le droit interne. Dans ces cas, a-t-on fait observer, il ne serait pas incorrect de dire que le « droit interne peut être invoqué » pour montrer qu'il n'y a pas eu de fait internationalement illicite. D'autres membres ont fait valoir que, même dans de tels cas, ce n'est pas le droit interne comme tel qui est invoqué, mais le droit international qui se réfère au droit interne. Le but de l'article est d'ailleurs de tenir compte des cas où il y aurait contradiction entre ce qui est prévu par le droit interne et ce qui est requis par le droit international. En tout état de cause, soucieuse d'éviter tout doute éventuel, la Commission a préféré se servir d'une formule qui, d'une part, comme celles qui ont été employées aux trois articles précédents, écarte toute ressemblance avec une règle de procédure et, d'autre part, évite de mentionner la possibilité ou l'impossibilité d'« invoquer le droit interne ».

16) La Commission s'est demandé si, dans le texte du présent article, il fallait se référer uniquement à l'hypothèse d'un fait qui doit être qualifié d'internationalement illicite parce qu'il apparaît tel d'après le droit international, tout en étant licite d'après le droit interne, ou aussi à l'hypothèse d'un fait qui reste licite d'après le droit international, tout en ayant été commis en violation du droit interne. La première phrase de l'article 4 tient compte des deux aspects du principe. La deuxième met spécialement en évidence l'aspect qui, de l'avis de la Commission, est le plus important, à savoir la nécessité d'éviter que l'Etat n'essaie de se servir de son droit interne comme d'une échappatoire pour se soustraire à sa responsabilité internationale.

17) Pour ce qui est de la terminologie employée, la Commission a préféré l'expression « droit interne » à d'autres telles que « législation interne » ou « loi interne » — cela en premier lieu parce qu'elle constitue le pendant de l'expression « droit international » employée au même article; en deuxième lieu parce qu'elle englobe, sans qu'il y ait de doutes possibles, toutes les dispositions valables dans l'ordre juridique interne, qu'il s'agisse de règles écrites ou non écrites, constitutionnelles ou législatives, d'actes administratifs, de sentences judiciaires, etc.<sup>134</sup>. En outre, pour ce qui est de la version anglaise, l'expression « internal law » a été préférée à « municipal law », premièrement parce que cette dernière expression est parfois utilisée dans un sens plus restreint, et deuxièmement parce que la Convention de Vienne sur le droit des traités parle précisément de « internal law ».

*The Law of Nations*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1953, p. 62 et 63; E. Vitta, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, Milan, Giuffrè, 1953, p. 29 et suiv.; M. Sørensen, « Principes de droit international public », *Recueil des cours...*, 1960-III, Leyde, Sijthoff, 1961, t. 101, p. 110 et 111; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 32 et 33; L. Cavaré, *Le droit international public positif*, 3<sup>e</sup> éd., mise à jour par J.-P. Quéneudec, Paris, Pédone, 1967, t. I, p. 177 et suiv.; Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *op. cit.*, p. 428.

<sup>133</sup> On peut rappeler à ce propos l'article 5 du projet de code préparé par l'Association de droit international du Japon en 1926; la règle I, deuxième alinéa, du projet adopté par l'Institut de droit international à Lausanne en 1927; l'article II du projet élaboré par la Harvard Law School en 1929 et l'article 2, paragraphe 2, de celui que la même institution a préparé en 1961; l'article 7 du projet préparé par la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht en 1930; l'article 4, troisième alinéa, du projet élaboré par Strupp en 1927; et l'article 4 du projet établi par Roth en 1932. [V. ci-dessus note 14.]

<sup>134</sup> La Troisième Commission de la Conférence de 1930 déjà avait préféré pour la version française l'expression « droit interne » à la formule « dispositions de sa loi interne », employée par le Comité préparatoire dans les bases de discussion. De même, à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, le Comité de rédaction a préféré parler en général de « droit interne » (« internal law », « derecho interno ») plutôt que de « constitution » (« constitution », « constitución ») ou de « législation » (« laws », « leyes »).

## CHAPITRE II

### LE "FAIT DE L'ETAT" SELON LE DROIT INTERNATIONAL

#### *Commentaire\**

1) Dans l'article 3 du chapitre I<sup>er</sup> du présent projet (chapitre consacré aux principes généraux), on s'est attaché à énoncer les deux conditions indispensables à l'existence d'un fait internationalement illicite: d'une part, la présence d'un comportement, consistant en une action ou en une omission, attribuable à l'Etat d'après le droit international et, d'autre part, la violation d'une obligation internationale réalisée par le comportement en question. La possibilité d'attribuer un comportement donné à l'Etat — autrement dit de considérer le comportement comme un « fait de l'Etat » — a été présentée comme l'*élément subjectif* du fait internationalement illicite. Il s'agit maintenant de déterminer quand, dans quelles circonstances et dans quelles conditions une telle attribution peut intervenir; en d'autres termes, il s'agit de déterminer quels sont les « comportements » que le droit international considère comme « faits de l'Etat » aux fins d'établir l'existence éventuelle d'un fait internationalement illicite.

2) L'opération qui consiste à « attribuer », aux fins indiquées, un fait à l'Etat en sa qualité de sujet de droit international est manifestement une opération fondée sur des critères déterminés par le droit international, et non pas sur la simple reconnaissance d'un lien de causalité naturelle. Elle-même opération normative, l'« attribution » ne comporte cependant aucune qualification juridique du fait à attribuer, et doit se distinguer nettement de l'opération ultérieure, consistant à reconnaître l'illicéité éventuelle de ce fait. Son unique objet est d'établir quand il y a fait de l'Etat — quand on doit considérer que c'est l'Etat qui a agi.

3) L'Etat ne pouvant physiquement agir que par action ou omission de la part d'êtres humains ou de collectivités humaines, les problèmes que pose cette notion essentielle du « fait de l'Etat » (et qu'il s'agit de résoudre dans le présent chapitre) ont un dénominateur commun. Tout revient à établir quand, d'après le droit international, c'est l'Etat qui doit être considéré comme agissant: quelles actions ou omissions peuvent en principe être prises en considération comme comportements de l'Etat, et dans quelles conditions ces comportements doivent avoir été adoptés pour pouvoir être effectivement attribués à l'Etat en tant que sujet de droit international. A ce propos, il convient avant tout de signaler que rien ne s'opposerait, théoriquement, à ce que l'on rattache à l'Etat, en droit international, des comportements d'êtres humains ou de collectivités ayant avec l'Etat un lien pouvant même être sans rapport avec l'organisation proprement dite de ce dernier — à ce que l'on considère, par exemple, comme faits de l'Etat toutes les actions ou omissions se produisant sur son territoire. Dans la réalité, cependant, on constate qu'en règle générale l'Etat se voit attribuer, sur le plan international, les faits des membres de son « organisation », autrement dit les faits de ses « organes » ou de ses « agents ». C'est là le principe

fondamental en la matière. Le présent chapitre du projet aura précisément pour but de définir et de compléter ce principe, de déterminer son étendue et ses limitations ainsi que les dérogations qu'il comporte.

4) Dans cette perspective, une fois définie la règle de base prévoyant l'attribution à l'Etat des faits de ses organes, on se posera la question de savoir s'il faut ou non exclure des « faits de l'Etat » les activités de certaines catégories d'organes. On se demandera également si, en dehors du comportement des organes qui font partie de l'appareil proprement dit de l'Etat, on doit ou non attribuer à l'Etat, sur le plan international, le comportement des organes d'institutions publiques autres que l'Etat lui-même, ou des personnes qui exercent en fait des activités publiques sans être à proprement parler des « organes », ou encore des organes d'un autre sujet de droit international qui auraient été mis à la disposition de l'Etat en question. On examinera ensuite la question de savoir si l'on doit ou non considérer comme « faits de l'Etat » les comportements que des organes ou, plus généralement, des personnes dont l'activité est en principe attribuée à l'Etat adoptent dans des conditions de nature à jeter le doute sur la légitimité d'une telle attribution. C'est le cas, par exemple, quand un organe agit en dépassement des limites de sa compétence ou en contradiction avec les prescriptions du droit interne qui concernent son activité. On examinera ensuite quel sort est réservé au comportement de particuliers agissant uniquement en cette qualité, et sur quelle base l'on peut considérer comme source de responsabilité le comportement adopté par des organes de l'Etat à l'occasion de faits de simples particuliers. On s'occupera en dernier lieu du cas où il s'agit du comportement d'organes d'autres sujets de droit international agissant sur le territoire de l'Etat et, enfin, des problèmes concernant l'attribution rétroactive à un Etat des faits d'un mouvement insurrectionnel victorieux.

5) Le premier point à souligner à propos des problèmes à traiter dans le présent chapitre est celui de la nécessité de ne pas trop assimiler les situations auxquelles on se réfère ici à d'autres qui restent foncièrement différentes en dépit de certains aspects généraux communs. Le droit international prend en considération l'appareil de l'Etat, son « organisation », à des fins qui dépassent largement celles de l'attribution à l'Etat d'un fait internationalement illicite. Pour toutes les activités de l'Etat, y compris les activités qui consistent à accomplir des « actes » proprement dits (c'est-à-dire à produire des manifestations de volonté en vue d'atteindre des conséquences de droit), se pose le problème de l'attribution à l'Etat de certains comportements. Or, l'attribution à l'Etat d'une manifestation de volonté valable pour établir, par exemple, sa participation à un traité n'est nullement identifiable à l'opération qui consiste à attribuer à l'Etat un comportement déterminé afin de mettre à sa charge un fait internationalement illicite générateur d'une responsabilité internationale. Il serait erroné d'adopter dans ces deux hypothèses les mêmes critères et de proposer une solution identique fondée sur une définition générale et commune du « fait de l'Etat ». Dans le contexte de la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, le « fait de l'Etat » a sa propre spécificité et

demande à être déterminé selon des critères particuliers. Le titre du présent chapitre doit donc s'entendre en fonction de l'objet et de la portée du projet d'articles dans son ensemble.

6) Pour comprendre le fond du problème et être en mesure de formuler des règles appropriées, il convient également d'éviter une double confusion qui est à l'origine des difficultés auxquelles se sont heurtés les savants. Tout d'abord, il faut distinguer nettement entre l'opération qui consiste à attribuer à l'Etat, à telles ou telles fins, le comportement adopté dans certaines conditions par ses « organes » — par ceux qui relèvent de son « organisation » — et l'opération qui consiste précisément à établir cette « organisation », c'est-à-dire à déterminer quels sont les « organes » individuels ou collectifs qui, dans leur ensemble, forment l'appareil de l'Etat. Ensuite, il faut faire la distinction qui s'impose entre l'attribution d'un fait à l'Etat en tant que sujet de droit international et à l'Etat en tant que sujet de droit interne. Si certaines des tendances doctrinales les plus connues ont abouti à une impasse, c'est qu'elles n'ont pas suffisamment tenu compte de cette double distinction<sup>135</sup>.

7) L'« organisation » de l'Etat ne signifie et ne peut signifier autre chose que celle que l'Etat se donne lui-même de façon autonome. Il en découle que les « organes » de l'Etat ne peuvent être que ceux que l'Etat prévoit comme tels dans son propre système juridique et dont il régleme l'action à ses propres fins. Cette réglementation — que l'Etat seul peut établir — est manifestement un *prius* par rapport à l'opération consistant à attribuer à l'Etat le comportement d'un membre de son « organisation ». Ce n'est pas en attribuant à l'Etat une action ou omission donnée que l'on confère aux auteurs de cette action ou omission le statut d'organes de l'Etat. C'est parce qu'ils ont ce statut, parce qu'ils ont en droit qualité pour agir au nom de l'Etat, que l'attribution en question peut se faire. En d'autres termes, le statut d'organe que revêt l'auteur du comportement auquel on se réfère est la prémisses, la condition, et non pas l'effet, du traitement dudit comportement comme « fait de l'Etat ».

8) Cette constatation s'impose à bien plus forte raison lorsqu'un comportement donné est attribué à l'Etat considéré en tant que sujet de droit international et non pas en tant que sujet de droit interne. La formation et la réglementation de l'organisation de l'Etat ne relèvent pas de l'ordre international. L'organisation de l'Etat n'est pas créée, mais présumée, par le droit international<sup>136</sup>. En d'autres termes, l'appartenance à l'organisation de

l'Etat n'est considérée par le droit international que comme une prémisses. Cette constatation ne veut nullement dire que, sur le plan du droit international, l'on ne soit pas appelé parfois à interpréter ou à appliquer le droit interne, mais cela n'empêche pas que le droit international se borne à présupposer l'organisation que l'Etat s'est donnée dans l'ordre juridique interne et à n'y voir qu'une condition à laquelle il lie certaines de ses déterminations<sup>137</sup>.

9) Trois conclusions principales découlent de ces constatations. La première concerne la signification qu'il faut donner à l'assertion suivant laquelle, en droit international, on attribue avant tout à l'Etat sujet de ce droit, afin d'établir le cas échéant une responsabilité à sa charge, le comportement de ses propres « organes ». Cette assertion signifie simplement que le droit international considère en principe comme « fait de l'Etat », attribué à l'Etat, le comportement de ceux qui ont le statut d'« organes » dans l'ordre juridique interne, et uniquement dans cet ordre<sup>138</sup>. Elle ne veut nullement dire que ce statut devient un statut « international » en vertu de cette attribution.

10) La deuxième conclusion est que le droit international reste libre pour ce qui est de prendre en considération la situation existant dans l'ordre juridique interne. L'autonomie de l'attribution d'un fait à l'Etat sur le plan du droit international par rapport à l'attribution sur le plan du droit interne est absolue<sup>139</sup>. Le traitement de certains faits comme « faits de l'Etat » sur le plan international peut s'inspirer de critères à la fois plus larges et plus restreints que le traitement correspondant sur le plan interne. Dans la pratique internationale, par exemple, on traite comme faits de l'Etat, sujet du droit international, des comportements émanant d'organes d'institutions publiques autres que l'Etat ou des comportements adoptés par des organes de l'Etat en dehors de leur compétence. Mais l'autonomie du droit international en matière d'attribution d'un fait à l'Etat ne signifie nullement que le droit international

<sup>137</sup> Il ne faut pas se laisser induire en erreur par l'emploi du terme « renvoi », dont on se sert parfois pour décrire ce phénomène. Les structures de l'Etat ne sont pas « reçues » dans le cadre de l'ordre juridique international, n'y acquièrent pas le caractère de structures juridiques, même si le droit international les prend en considération à ses propres fins.

<sup>138</sup> Sous cet aspect, la situation demeure la même dans les cas, exceptionnels d'ailleurs, où le droit international met des limites à la liberté de l'Etat d'établir son organisation. En pareil cas, la règle internationale limitative n'établit nullement elle-même l'appareil de l'Etat ni une partie de cet appareil. Elle ne fait que mettre à la charge de l'Etat une obligation que ce dernier, de son côté, respectera en se donnant telle organisation plutôt que telle autre. Les organes établis en exécution d'une telle obligation internationale ne sont pas, eux non plus, des organes de droit international.

<sup>139</sup> La distinction entre les deux attributions et leur indépendance respective a été soulignée par de nombreux auteurs. Voir, p. ex. J. G. Starke, *op. cit.*, p. 110; A. Ross, *op. cit.*, p. 251; T. Meron, « International responsibility of States for unauthorized acts of their officials », *The British Year Book of International Law*, 1957, Londres, vol. 33, 1958, p. 88; P. Reuter, « La responsabilité internationale », *Droit international public (op. cit.)*, p. 87; C. F. Amerasinghe, « Imputability in the law of State responsibility for injuries to aliens », *Revue égyptienne de droit international*, Le Caire, vol. 22, 1966, p. 96 et 104.

<sup>135</sup> Pour une analyse détaillée des tendances doctrinales, des solutions qu'elles proposent et des difficultés qu'elles rencontrent, voir les considérations liminaires du chapitre II du troisième rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1971*, vol. II [1<sup>re</sup> partie], p. 245 à 250, doc. A/CN.4/246 et Add.1 à 3, par. 106 à 121).

<sup>136</sup> Voir p. ex. M. Marinoni, *La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*, Rome, Athenaeum, 1913, p. 117 et 118; R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours... (op. cit.)*, p. 464 et 465; G. Sperduti, *Lezioni di diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1958, p. 109; J.-P. Quéneudec, *op. cit.*, p. 29 et 30.

entende introduire dans l'appareil étatique des « organes » que l'Etat lui-même n'a pas prévus comme tels dans son propre système juridique.

11) La troisième et dernière conclusion découle automatiquement de la liberté reconnue au droit international quant à la détermination des conditions dans lesquelles il considère un comportement donné comme un « fait de l'Etat » sur le plan international. Cette détermination doit être faite en se basant uniquement sur l'examen des *réalités de la vie de la société internationale*, indépendamment des situations adoptées sur le plan national comme des préoccupations théoriques qui ont retenu l'attention de tant de juristes.

12) La Commission s'est donc donné pour tâche de rechercher quels sont les comportements que le droit international attribue *réellement* à l'Etat, en se basant essentiellement sur les données qui ressortent de la pratique des Etats et de la jurisprudence internationale. C'est avant tout de cette méthode que la Commission s'inspirera pour formuler les dispositions du chapitre II du présent projet. Les solutions que la pratique et la jurisprudence offrent seront complétées, le cas échéant, par des éléments de développement progressif. Comme il a été indiqué dans l'introduction au présent chapitre<sup>140</sup>, la Commission n'a pu, au cours de sa vingt-cinquième session, considérer et adopter que les deux premiers articles du chapitre II, à savoir les articles 5 et 6. Elle entend achever l'adoption des articles de ce chapitre après examen des propositions pertinentes faites par le Rapporteur spécial dans ses troisième et quatrième rapports.

<sup>140</sup> Voir ci-dessus par. 35.

Article 5

Attribution à l'Etat du comportement  
de ses organes

Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement de tout organe de l'Etat ayant ce statut d'après le droit interne de cet Etat, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité.

Commentaire\*/

1) L'observation de la réalité de la vie internationale permet avant tout de constater que les comportements des « organes » de l'Etat, autrement dit de toutes les entités individuelles ou collectives ayant le statut d'organes de l'Etat d'après son droit interne, sont considérés, en règle générale du moins, comme « faits de l'Etat » — c'est-à-dire sont attribués à l'Etat par le droit international, aux fins d'une qualification éventuelle de ces faits d'internationalement illicites. L'article 5 énonce la règle qui découle de cette constatation.

2) Il s'agit manifestement d'une règle de base, d'un point de départ, qui n'a rien d'absolu ni, surtout, rien d'exclusif. Elle ne doit pas automatiquement amener à des conclusions excessives. Il n'est pas dit *a priori* que tous les comportements des « organes » de l'Etat doivent être considérés sans autre comme « faits de l'Etat » d'après le droit international. Il n'est pas dit, surtout, qu'en reconnaissant qu'on attribue à l'Etat sujet de droit international les comportements émanant de ses propres « organes » d'après l'ordre juridique interne on ait *achevé l'inventaire* des comportements qui peuvent entrer en considération aux fins du rattachement à ces faits d'une responsabilité internationale. La même analyse de la réalité peut prouver ensuite que certains comportements d'entités individuelles ou collectives ne possédant pas le statut d'« organes » de l'Etat peuvent également être attribués à l'Etat par le droit international et être ainsi la source d'une responsabilité à sa charge.

3) Le principe que l'Etat répond des infractions commises par ses propres organes est reconnu de longue date et de façon indiscutable par la jurisprudence internationale. Le plus souvent, ce principe est simplement présumé et donné pour admis. Mais, à côté de ces cas très nombreux où il a été réaffirmé implicitement, il y en a d'autres où le principe a été exprimé clairement et explicitement. Dans l'*Affaire Moses*, par exemple, tranchée le 14 avril 1871 par la Commission mixte des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique établie par la convention du 4 juillet 1868, le surarbitre Lieber affirmait :

Un fonctionnaire ou une personne investie d'une autorité représente *pro tanto* son gouvernement qui, internationalement considéré, est l'ensemble de tous les fonctionnaires et de toutes les personnes investies d'une autorité<sup>141</sup>.

Plus nette encore est l'assertion que l'on retrouve dans sept sentences arbitrales, toutes rendues dans l'*Affaire des réclamations des sujets italiens résidant au Pérou* (à propos des dommages subis par eux lors de la guerre civile péruvienne de 1894-1895), affaire jugée à Lima le 30 septembre 1901. Chacune de ces sentences réitère que

un principe de droit international universellement reconnu veut que l'Etat soit responsable des violations du droit des gens commises par ses agents<sup>142</sup>.

Le principe de l'attribution à l'Etat, aux fins d'une responsabilité internationale, des faits de ses « organes », « dirigeants », « agents », se trouve confirmé ensuite dans plusieurs autres décisions arbitrales<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1898, vol. III. p. 3129 (tr. du Secrétariat de l'original anglais).

<sup>142</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (publication des Nations Unies, numéro de vente: 66.V.3), p. 399 (réclamation Chiessa), p. 401 (réclamation Sessarego), p. 404 (réclamation Sanguinetti), p. 407 (réclamation Vercelli), p. 408 (réclamation Queirolo), p. 409 (réclamation Roggero), p. 411 (réclamation Miglia).

<sup>143</sup> P. ex. dans la sentence rendue le 8 mai 1902 par le tribunal arbitral établi par le Protocole du 19 décembre 1901 entre les Etats-Unis d'Amérique et El Salvador à propos de l'Affaire de la Salvador Commercial Company (*ibid.*, p. 477); dans la décision (non datée) de la Commission arbitrale Italie/Venezuela établie en vertu des Protocoles du 13 février et du 7 mai 1903 dans l'Affaire Sambiaggio (*ibid.*, vol. X [numéro de vente: 60.V.4], p. 512); dans la sentence (non datée) de la Commission arbitrale Pays-Bas/Venezuela créée par le Protocole du 28 février 1903 dans l'Affaire J. N. Henriquez (*ibid.*, p. 714 et 715); dans la décision rendue le 9 mai 1934 par l'arbitre Algot Bagge dans l'Affaire des Finnish Shipowners entre la Grande-Bretagne et la Finlande (*ibid.*, vol. III [numéro de vente: 1949.V.2], p. 1501).

\* Annuaire ... 1973, vol. II, p. 194 à 197.

4) Dans la pratique des Etats — en plus des prises de position que l'on peut noter à l'occasion de différends particuliers —, il faut relever les réponses données par les gouvernements aux points III, IV et V de la demande d'informations que le Comité préparatoire de la Conférence de 1930 leur avait adressée<sup>144</sup>. D'une manière explicite ou implicite, la conviction juridique que les actions ou omissions des organes de l'Etat par lesquelles se réalise un manquement à une obligation internationale doivent être attribuées à l'Etat et être qualifiées de faits internationalement illicites de ce dernier ressort d'une manière unanime de ces réponses. La Troisième Commission de la Conférence a approuvé en première lecture, à l'unanimité des pays représentés, l'article 1<sup>er</sup>, dont le texte prévoit la responsabilité internationale de l'Etat comme conséquence de « tout manquement aux obligations internationales d'un Etat du fait de ses organes<sup>145</sup> ».

5) Tous les projets de codification de la responsabilité internationale préparés par des institutions publiques ou par des associations scientifiques énoncent à leur tour, dans des termes semblables, le principe du rattachement à l'Etat du comportement de ses organes aux fins de la détermination de la responsabilité internationale<sup>146</sup>. Les projets de codification émanant de savants individuels contiennent aussi des clauses rédigées dans des termes analogues<sup>147</sup>.

6) Enfin, l'attribution à l'Etat du comportement de ses organes aux fins de la détermination de sa responsabilité internationale est admise par une doctrine qui est pratiquement unanime<sup>148</sup>: elle l'est, bien entendu, en

<sup>144</sup> SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 25 et suiv., 41 et suiv., 52 et suiv.; *Supplément au tome III* (op. cit.), p. 2, 3, 6 et suiv. Les trois points de la demande d'informations se réfèrent respectivement aux actes des organes des pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif.

<sup>145</sup> *Annuaire...* 1956, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3.

<sup>146</sup> Voir p. ex. l'article 1<sup>er</sup> du projet préparé en 1926 par la branche japonaise de l'International Law Association et la Kokusaiko Gakkwai; la règle I du projet adopté en 1927 par l'Institut de droit international; l'article VII, alinéas a et b, du projet préparé en 1929 par la Harvard Law School; l'article 15 du projet rédigé en 1961 par la même institution; l'article 1<sup>er</sup> du projet établi en 1930 par la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht; l'article V des « Principes du droit international régissant, selon la conception des pays latino-américains, la responsabilité de l'Etat », préparés en 1962 par le Comité juridique interaméricain; les articles II, III et IV des « Principes du droit international régissant, selon la conception des Etats-Unis d'Amérique, la responsabilité de l'Etat », préparés en 1965 par le même comité; le paragraphe 169 de la *Restatement of the Law* de l'American Law Institute (v. ci-dessus note 14).

<sup>147</sup> On peut rappeler ici l'article 1<sup>er</sup> du projet préparé en 1927 par Strupp et l'article 1<sup>er</sup> du projet établi par Roth en 1932. Voir aussi le n° II des « Bases de discussion » établies en 1956 par M. Garcia Amador, rapporteur spécial de la CDI, ainsi que le chapitre II de son avant-projet de 1957 et l'article 12 de son avant-projet révisé de 1961 (v. ci-dessus note 14).

<sup>148</sup> P. ex. E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, or The Law of International Claims*, New York, Banks Law Publishing, 1928, p. 189; K. Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch...* (op. cit.), p. 35 et suiv.; A. Decencière-Ferrandière, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris, Rousseau, 1925, p. 64 et suiv.; C. Eagleton, *The Responsibility of States...* (op. cit.), p. 44; H. Kelsen, « Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht », *Zeit-*

scrift für öffentliches Recht, Vienne, vol. XII, fasc. 4, octobre 1932, p. 504 et suiv. (pour cet auteur, cependant, il faut réserver les aspects particuliers de sa conception); J. G. Starke, op. cit., p. 106; L. Oppenheim, op. cit., p. 340 et suiv.; B. Cheng, op. cit., p. 192 et suiv.; H. Accioly, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *Recueil des cours...* 1959-I, Leyde, Sijthoff, 1960, t.96, p. 371; A. Ulloa, *Derecho internacional público*, 4<sup>e</sup> éd., Madrid, Ediciones Iberoamericanas, 1957, t. II, p. 256; I. von Münch, op. cit., p. 170; C. F. Amerasinghe, « Imputability... », *Revue égyptienne...* (op. cit.), p. 95; D. B. Levin, *Orvetstvennost gossouidarstv...* (op. cit.), p. 69 et suiv.; E. Jiménez de Aréchaga, op. cit., p. 544; Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, op. cit., p. 426; V. N. Elynitchev, op. cit., p. 87.

7) A ce propos, il faut cependant avoir toujours présente à l'esprit une distinction fondamentale. L'élément de vérité qu'il y a dans l'identification de l'organe avec l'Etat ne doit pas faire perdre de vue qu'en dernière analyse les organes de l'Etat sont composés d'êtres humains, qui gardent toujours la possibilité d'agir pour leur propre compte. A propos de chaque situation concrète, il faut donc vérifier si, en l'occurrence, ils ont agi en tant qu'organes de l'Etat, sous le couvert de cette qualité, ou bien en tant que simples particuliers. Les difficultés d'ordre pratique que peut parfois présenter cette vérification n'enlève rien à la netteté de la distinction sur le plan des principes.

8) Cette conclusion, accompagnée du corollaire qui exclut en principe l'attribution à l'Etat, en tant que faits éventuellement générateurs d'une responsabilité, des actions ou omissions commises à titre purement privé par les êtres humains qui composent ses organes, est reconnue de façon unanime par la pratique et la jurisprudence internationales. Il suffit donc de rappeler ici quelques-uns des cas dans lesquels cette reconnaissance s'est manifestée. Les gouvernements, par exemple, ont très nettement pris position à ce sujet à l'occasion de la Conférence de 1930. Le point V, n° 2, d, de la demande d'informations présentée par le Comité préparatoire de la Conférence concernait la question de savoir si oui ou non l'Etat devait répondre d'« actes ou omissions de fonctionnaires lorsque ces actes ou omissions n'ont aucun rapport avec leurs fonctions officielles ». Les gouvernements ayant traité de ce point dans leurs réponses ont tous exclu la responsabilité de l'Etat dans une telle hypothèse<sup>149</sup>. Ce critère fut accepté ensuite par les représentants des Etats à la Conférence, et se trouva implicitement incorporé au texte de l'article VIII du projet adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence<sup>150</sup>.

9) La même idée a été plus d'une fois expressément énoncée dans des sentences arbitrales et des décisions de commissions internationales ou internes de réclamations. L'une des plus fréquemment citées est celle qui a trait à l'*Affaire Bensley*, rendue le 20 février 1850 par la commission établie par l'acte du Congrès des Etats-Unis

*schrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. XII, fasc. 4, octobre 1932, p. 504 et suiv. (pour cet auteur, cependant, il faut réserver les aspects particuliers de sa conception); J. G. Starke, op. cit., p. 106; L. Oppenheim, op. cit., p. 340 et suiv.; B. Cheng, op. cit., p. 192 et suiv.; H. Accioly, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *Recueil des cours...* 1959-I, Leyde, Sijthoff, 1960, t.96, p. 371; A. Ulloa, *Derecho internacional público*, 4<sup>e</sup> éd., Madrid, Ediciones Iberoamericanas, 1957, t. II, p. 256; I. von Münch, op. cit., p. 170; C. F. Amerasinghe, « Imputability... », *Revue égyptienne...* (op. cit.), p. 95; D. B. Levin, *Orvetstvennost gossouidarstv...* (op. cit.), p. 69 et suiv.; E. Jiménez de Aréchaga, op. cit., p. 544; Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, op. cit., p. 426; V. N. Elynitchev, op. cit., p. 87.

<sup>149</sup> SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 82 et suiv.; et *Supplément au tome III* (op. cit.), p. 3 et 17.

<sup>150</sup> *Annuaire...* 1956, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3.

d'Amérique du 3 mars 1849. Le rejet de la demande de réparation présentée pour la détention d'un jeune Américain dans la maison d'un gouverneur mexicain était ainsi motivé :

La séquestration du jeune garçon paraît avoir été de la part du gouverneur un geste irresponsable ne présentant aucune apparence de démarche officielle et n'ayant aucun rapport avec ses responsabilités officielles<sup>151</sup>.

La Commission des réclamations France/Mexique (instituée en vertu de la Convention du 25 septembre 1924), dans sa décision du 7 juin 1929 concernant l'*Affaire Caire*, déclarait que l'Etat cesse d'être responsable

dans le seul cas où l'acte n'a eu aucun rapport avec la fonction officielle et n'a été, en réalité, qu'un acte d'un particulier<sup>152</sup>.

Si dans de nombreux autres cas on ne retrouve pas d'assertions aussi explicites, le critère auquel on se réfère ressort quand même implicitement. C'est ce qu'on peut dire, par exemple, pour les affaires *Putnam*<sup>153</sup> et *Morton*<sup>154</sup>, tranchées par la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique établie par la Convention du 8 septembre 1923. Les différents projets de codification, d'origine publique ou privée, énoncent en général le principe de l'attribution à l'Etat, en tant que sujet de droit international, des faits de ses organes, en ayant soin d'exclure l'attribution à l'Etat des comportements adoptés à titre purement privé. Quelques-uns de ces projets ont même fait de cette exclusion l'objet d'une disposition à part<sup>155</sup>. Quant aux ouvrages de théorie, la nécessité d'une telle exclusion est mentionnée par presque tous les auteurs, et elle est même particulièrement soulignée par certains d'entre eux<sup>156</sup>.

10) Les questions que posent les actions ou omissions commises à titre privé par des personnes qui ont, en même temps, le statut d'« organes » de l'Etat seront considérées sous tous leurs aspects dans le cadre plus général de l'examen qui sera réservé, dans le présent chapitre du projet, aux comportements de particuliers. A ce moment-là, on aura à rechercher si oui ou non un comportement purement privé peut, dans certaines circonstances, être l'objet d'une attribution à l'Etat aux fins du projet d'articles sur la responsabilité internationale des Etats. A ce stade initial, la seule préoccupation

qui s'impose est que la ligne de démarcation indiquée ressorte avec la clarté nécessaire. Il convient toutefois de préciser dès maintenant qu'il ne faut pas confondre l'hypothèse d'un comportement purement privé avec celle, toute différente, d'un organe agissant en tant que tel, quoique en dépassement de sa compétence ou, plus généralement, en violation des prescriptions concernant son activité. Dans ce dernier cas, dont on aura aussi à s'occuper dans le présent chapitre, c'est quand même au nom de l'Etat que l'organe agit. Dans la jurisprudence arbitrale internationale, la distinction en question a été clairement mise en évidence dans la sentence relative à l'*Affaire Mallén*, rendue le 27 avril 1927 par la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique, par exemple. Deux événements distincts ont été successivement pris en considération dans la décision relative à cette affaire : d'abord l'action d'un fonctionnaire agissant à titre privé, et ensuite une autre action du même fonctionnaire agissant en sa qualité officielle, bien que de façon abusive<sup>157</sup>. Dans d'autres cas, l'application de la distinction n'a pas été aussi aisée, et c'est seulement à la suite d'une analyse approfondie des circonstances de fait que les tribunaux ont pu se prononcer sur la nature de l'acte<sup>158</sup>. Mais ce qu'il importe de relever, c'est que le principe même de la distinction n'a jamais été mis en discussion.

11) Compte tenu des considérations qui précèdent, l'article 5 dispose que

Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement de tout organe de l'Etat ayant ce statut d'après le droit interne de cet Etat, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité.

En adoptant cette formule, la Commission entend laisser la porte ouverte à la définition ultérieure d'autres règles, résultant de constatations complémentaires, qui feront l'objet d'autres articles du chapitre II du projet et qui serviront à étendre ou, éventuellement, à limiter la règle énoncée dans cet article. La restriction stipulée au début de la disposition (« aux fins des présents articles ») vise à préciser que l'article 5 concerne l'attribution à l'Etat du comportement de ses organes non pas en général, mais uniquement dans le contexte de la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites.

12) L'expression « le comportement de tout organe de l'Etat ayant ce statut » a été préférée à d'autres (comme,

<sup>151</sup> Voir J. B. Moore, *History and Digest...* (op. cit.), vol. III, p. 3018 (tr. du Secrétariat de l'original anglais). Voir aussi la décision sur l'*Affaire Castelain*, rendue par la Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/France en vertu de la Convention du 15 janvier 1880 (*ibid.*, p. 2999 et 3000).

<sup>152</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1952.V.3), p. 531.

<sup>153</sup> *Ibid.*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 151 et suiv.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 428 et suiv.

<sup>155</sup> C'est ce que font le projet de la Kokusaiho Gakkwai au deuxième alinéa de l'article 2 et celui de la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht à la deuxième phrase du paragraphe 4 de l'article 1<sup>er</sup> (v. ci-dessus note 14).

<sup>156</sup> Voir p. ex. C. Eagleton, *The Responsibility of States...* (op. cit.), p. 58 et 59; B. Cheng, op. cit., p. 197 et suiv.; F. V. Garcia Amador, deuxième rapport à la CDI (*Annuaire...* 1957, vol. II, p. 125 et 126, doc. A/CN.4/106); G. Schwarzenberger, *International Law* (op. cit.), p. 615 et suiv.; D. P. O'Connell, *International Law*, Londres, Stevens, 1965, vol. II, p. 1045; J.-P. Quéneudec, op. cit., p. 82 et suiv.

<sup>157</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1951.V.1), p. 173 et suiv.

<sup>158</sup> P. ex. dans l'*Affaire Corrie*, tranchée le 5 mars 1929 par la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique, et dans l'*Affaire Gordon*, tranchée le 8 octobre 1930 par la même commission (*ibid.*, p. 416 et 417, et p. 586 et suiv.). Un domaine dans lequel l'application de la distinction mentionnée a parfois donné lieu à des difficultés est celui des actions de pillage ou de destruction commises par des soldats n'agissant pas sous le commandement d'officiers. Dans l'*Affaire D. Earnshaw and others* (*The Zafiro Case*), tranchée le 30 novembre 1925 par un tribunal arbitral anglo-américain (*ibid.*, vol. VI [numéro de vente : 1955.V.3], p. 163 et suiv.), on a vu dans l'action de ces soldats un acte de nature privée. Dans d'autres cas, la jurisprudence est moins sûre. Voir à ce sujet A. V. Freeman, « Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces », *Recueil des cours...*, 1955-II, Leyde, Sijthoff, 1956, t. 88, p. 325 et suiv.

par exemple, « le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui [...] ont la qualité d'organes de l'Etat ») afin d'éviter de s'engager dans la solution des problèmes théoriques relatifs à la définition de la nature même d'un organe. La Commission n'a pas jugé nécessaire d'ajouter les mots « action ou omission » après le terme « comportement », étant donné que celui-ci est déjà défini comme une action ou une omission à l'alinéa a de l'article 3 du projet. Pour bien marquer l'idée que le statut d'organe doit avoir existé au moment du comportement dont il s'agit, le dernier membre de phrase (« il ait agi en cette qualité ») a été mis au passé.

13) Finalement, réserve faite des différentes significations que le terme « organe » peut avoir, notamment dans le cadre du droit public interne des différents systèmes juridiques, il a été convenu de n'employer dans le libellé de l'article que le terme « organe », et non pas le terme double « organe et agent ». Le terme « agent » semble désigner, en anglais surtout, une personne agissant pour le compte de l'Etat plutôt qu'une personne ayant un véritable statut d'organe. On s'occupera dans un autre article du présent chapitre des actions ou omissions de personnes de ce genre.

Article 6

Non-pertinence de la position de  
l'organe dans  
le cadre de l'organisation de l'Etat

Le comportement d'un organe de l'Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international, que cet organe appartienne au pouvoir constituant, législatif, judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'Etat soit supérieure ou subordonnée.

Commentaire \*/

1) Il a été indiqué que la règle énoncée à l'article 5 au sujet de l'attribution à l'Etat du comportement de ses organes n'était qu'une règle initiale, qui demandait à être complétée par d'autres règles. Le présent article entend préciser que la position d'un organe de l'Etat dans le cadre de l'organisation dudit Etat n'entre pas en ligne de compte pour ce qui est d'attribuer le comportement de l'organe à l'Etat, c'est-à-dire pour considérer ce comportement comme un « fait de l'Etat » d'après le droit international. En d'autres termes, l'article 6 doit mettre en évidence la portée de l'expression « tout organe de l'Etat » employée à l'article 5.

2) De l'avis de la Commission, trois points distincts doivent être examinés en ce qui concerne la question soulevée par l'article 6. En premier lieu, il faut se demander si seuls les comportements des organes de l'Etat chargés des relations « extérieures » peuvent constituer des faits illicites de l'Etat d'après le droit international, ou si les comportements des organes qui exercent des fonctions dites « internes » peuvent tout aussi bien entrer en ligne de compte à cette fin. En deuxième lieu, il s'agit de savoir si c'est seulement la conduite des organes « gouvernementaux » ou « exécutifs » de l'Etat qui peut donner lieu à un fait internationalement illicite, ou si en réalité aucune différence n'est à faire, à cet égard, entre les actions ou omissions de ces organes et celles des organes constituants, législatifs, judiciaires ou autres, quels qu'ils soient. En troisième lieu, il faut examiner s'il y a ou non une distinction à faire, aux fins indiquées, entre le comportement des organes « supérieurs » et celui des organes « subordonnés ».

3) Pour ce qui est du premier point, c'est une théorie dépassée que celle selon laquelle seules les actions ou omissions des organes chargés de la conduite des relations extérieures de l'Etat peuvent constituer des faits internationalement illicites de ce dernier. En vertu de cette conception, l'Etat ne serait appelé à répondre, sur le plan international, du comportement d'organes exerçant des fonctions internes (par exemple les fonctionnaires administratifs ou les juges) qu'à titre « indirect », comme pour les agissements de particuliers; il n'en serait responsable que dans l'hypothèse où l'un de ses organes chargés des relations extérieures aurait endossé l'action ou l'omission de l'organe chargé de fonctions internes. Cette position était manifestement due à une confusion entre, d'un côté, la prise en considération d'un comportement en tant que fait internationalement illicite et, de l'autre, l'attribution à l'Etat d'une manifestation de volonté susceptible de constituer un acte juridique international valable ou d'établir la participation à un tel acte. La jurisprudence et la pratique internationales montrent que cette position est dépourvue de fondement. Il y a longtemps que les auteurs ne la mentionnent plus que pour la rejeter<sup>159</sup>.

4) Le deuxième point peut, de prime abord, paraître quelque peu plus complexe. L'examen des cas possibles de faits internationalement illicites émanant de tels ou tels organes a souvent été abordé séparément à propos de l'une ou de l'autre des grandes branches classiques de l'organisation de l'Etat: pouvoir législatif (et pouvoir constituant)<sup>160</sup>, pouvoir exécutif<sup>161</sup> et pouvoir judi-

<sup>159</sup> P. ex. Ch. de Vischer, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana (op. cit.)*, p. 94; P. Reuter, « La responsabilité internationale », *Droit international public (op. cit.)*, p. 86 et 87; I. von Münch, *op. cit.*, p. 170; J.-P. Quéneudec, *op. cit.*, p. 41 et suiv.

<sup>160</sup> Divers auteurs ont consacré des monographies ou des articles à la responsabilité internationale de l'Etat du fait de ses organes législatifs. P. ex. O. Hoijer, « La responsabilité internationale des Etats en matière d'actes législatifs », *Revue de droit international*, Paris, 3<sup>e</sup> année, t. IV, 2<sup>e</sup> semestre 1929, p. 577 et suiv.; M. Sibert, « Contribution à l'étude des réparations pour les dommages causés aux étrangers en conséquence d'une législation contraire au droit des gens », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XV, vol. I (1941-1945), p. 5 et suiv.; A. S. Bilge, *La responsabilité internationale des Etats et son application en matière d'actes législatifs*, Istanbul, Tsitouris, impr., 1950; E. Vitta, « Responsabilità degli Stati », *Novissimo Digesto Italiano (op. cit.)*. De même, certains ouvrages généraux font une analyse distincte et détaillée des actions ou omissions des organes des différents « pouvoirs » et, en particulier, des organes législatifs.

<sup>161</sup> Des questions relatives à la responsabilité de l'Etat du fait d'organes administratifs ont fait l'objet d'un examen détaillé de la part d'auteurs tels que K. Strupp (« Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch... (op. cit.)*, p. 85 et suiv.); K. Furgler (*op. cit.*, p. 28 et suiv.); I. von Münch (*op. cit.*, p. 195 et suiv.). Pour la question spécifique de la responsabilité pour faits des forces armées, voir A. V. Freeman, « Responsibility of States... », *Recueil des cours... (op. cit.)*, p. 267 et suiv.

ciaire<sup>162</sup>. Cette façon de procéder, qui a permis d'approfondir certaines questions, est certainement aussi à l'origine de difficultés qui n'ont pas de rapport véritable avec le sujet examiné ici, car la plupart de ces questions dépassent nettement les limites des problèmes qui se posent dans le cadre du chapitre II du présent projet. Elles reviennent souvent à poser la question de savoir si le comportement d'un organe donné constitue ou ne constitue pas, objectivement, un manquement à une obligation internationale plutôt que de savoir si ce comportement doit ou non être attribué à l'Etat en tant que sujet du droit international. Parfois, elles vont au-delà du domaine même de l'illicéité internationale et de la responsabilité. D'ailleurs, la Commission a relevé que la division des pouvoirs n'était nullement aussi nette dans la pratique qu'elle semblait l'être dans l'analyse théorique — et, surtout, qu'elle était conçue de façon fort différente dans les divers systèmes juridiques et politiques.

5) Depuis près d'un siècle, on ne connaît pas de décisions judiciaires ou arbitrales internationales qui aient énoncé (ou même implicitement admis) le principe de l'irresponsabilité de l'Etat pour faits de ses organes législatifs ou judiciaires. En revanche, le principe opposé a été expressément confirmé dans bien des décisions, et est admis implicitement dans toute une série d'autres. Ainsi, dans la sentence du 8 mai 1902 relative à l'*Affaire de la Salvador Commercial Company*, le Tribunal arbitral Etats-Unis d'Amérique/El Salvador, institué en vertu du Protocole du 19 décembre 1901, faisait sienne l'opinion suivant laquelle

[...] un Etat est responsable des actes de ses dirigeants, qu'ils appartiennent à la branche législative, exécutive ou judiciaire de l'Etat, pour autant qu'ils aient commis ces actes en leur qualité officielle<sup>163</sup>.

La CPJI, dans son arrêt n° 7, du 25 mai 1926, concernant l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, énonçait le principe selon lequel,

Au regard du droit international et de la cour qui en est l'organe, les lois nationales sont [...] [des] manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives<sup>164</sup>.

<sup>162</sup> Parmi les auteurs qui ont traité de la responsabilité internationale de l'Etat pour les actions ou omissions de leurs organes judiciaires, on peut citer: O. Højter, « Responsabilité internationale des Etats en matière d'actes judiciaires », *Revue de droit international*, Paris, 4<sup>e</sup> année, t. V, 1<sup>er</sup> semestre, 1930, p. 115 et suiv.; C. Th. Eustathiades, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international*, Paris, Pédone, 1936; G. Pau, « Responsabilità internazionale dello Stato per atti di giurisdizione », dans Istituto di scienze giuridiche, economiche e politiche della Università di Cagliari, *Studi economico-giuridici*, vol. XXXIII (1949-1950), Rome, Pinnarò, 1950, p. 197 et suiv. Il existe également une abondante littérature juridique sur la notion spécifique du déni de justice. Les noms de O. Rabasa (*Responsabilidad internacional del Estado con referencia especial a la responsabilidad por denegación de justicia*, Mexico, Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 1933) et de A. V. Freeman (*The International Responsibility of States...* [op. cit.]) doivent être particulièrement retenus à ce sujet.

<sup>163</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (publication des Nations Unies, numéro de vente: 66.V.3), p. 477 (tr. du Secrétariat de l'original anglais).

<sup>164</sup> C.P.J.I., série A, n° 7, p. 19. Voir aussi la sentence du 23 juillet 1927 relative à l'affaire Chactin prononcée par la Commission

A une date plus récente, la Commission de conciliation franco-italienne instituée en vertu de l'article 83 du Traité de paix du 10 février 1947 s'exprimait ainsi dans sa décision du 7 décembre 1955 à propos du *Différend concernant l'interprétation de l'article 79 du Traité de Paix*:

Si, dans certaines sentences arbitrales du XIX<sup>e</sup> siècle, on trouve exprimée l'opinion que l'indépendance des tribunaux, conforme au principe de la division des pouvoirs généralement reconnu [...], exclut la responsabilité internationale de l'Etat du fait des actes du pouvoir judiciaire contraires au droit, cette théorie semble aujourd'hui universellement et justement répudiée par la doctrine et la jurisprudence internationales<sup>165</sup>.

La possibilité d'attribuer à l'Etat des faits commis par ses organes législatifs<sup>166</sup> ou judiciaires<sup>167</sup> est donnée comme admise dans toute une série de sentences internationales.

6) Pour ce qui est de la pratique des Etats, la Commission a relevé que la thèse de l'impossibilité d'invoquer une responsabilité internationale pour faits des organes législatifs ou judiciaires n'a pas été avancée, du moins au cours des dernières décennies. En revanche, elle a constaté que la reconnaissance, directe ou indirecte, d'une telle possibilité s'est souvent manifestée<sup>168</sup>. Les pays qui ont été parties à des différends, que ce soit comme demandeurs ou comme défendeurs, ont toujours admis de façon explicite ou implicite la possibilité d'attribuer à l'Etat un fait internationalement illicite dû

générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique, créée par la Convention du 8 septembre 1923 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV [numéro de vente: 1951.V.1], p. 286).

<sup>165</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (numéro de vente: 64.V.3), p. 438.

<sup>166</sup> Voir p. ex. les arrêts ou avis consultatifs rendus par la CPJI dans les affaires relatives aux Colons d'origine allemande en Pologne (1923) [C.P.J.I., série B, n° 6, 1923, notamment p. 35 et suiv.], au Traitement des nationaux polonais à Dantzig (1932) [*id.*, série A/B, n° 44, 1932, notamment p. 24 et 25], aux Phosphates du Maroc (1938) [*id.*, série A/B, n° 74, 1938, notamment p. 25 et 26], et ceux de la CIJ dans les affaires relatives aux Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (C.I.J. *Recueil* 1952, p. 176 et suiv.), à l'Or monétaire pris à Rome en 1943 (*ibid.*, 1954, p. 19 et suiv., et notamment p. 32), à l'Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (*ibid.*, 1958, p. 55 et suiv.).

<sup>167</sup> Voir p. ex. les arrêts ou avis consultatifs de la CPJI relatifs à l'Affaire du *Lotus* (C.P.J.I., série A, n° 10, 1927, p. 24), à la Compétence des tribunaux de Dantzig (*id.*, série B, n° 15, 1928, p. 24), à l'Affaire des phosphates du Maroc (*id.*, série A/B, n° 74, 1938, notamment p. 28); et l'arrêt de la CIJ dans l'Affaire Ambatielos (C.I.J. *Recueil* 1953, p. 10 et suiv., et notamment p. 21 et suiv.). On peut mentionner aussi les décisions du Tribunal arbitral Grande-Bretagne/Espagne (1925) dans l'Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II [numéro de vente: 1949.V.1], p. 615 et suiv., et notamment p. 646).

<sup>168</sup> A titre d'exemple, on peut citer, à propos de faits des organes législatifs, les prises de position contenues dans une note en date du 28 février 1913 adressée par l'Ambassadeur de Grande-Bretagne à Washington au Secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique (A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 548) et dans une note du Service juridique du Quai d'Orsay en date du 23 janvier 1937 (A.-Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, C.N.R.S., 1965, vol. III, p. 526).

A propos des faits des organes judiciaires, on peut rappeler le rapport adressé le 26 février 1887 par le Secrétaire d'Etat Bayard au Président des Etats-Unis d'Amérique (J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington [D. C.], U.S. Government Printing Office, 1906, vol. VI, p. 667).

au comportement d'organes législatifs ou judiciaires, tout autant qu'au comportement d'organes exécutifs ou administratifs<sup>169</sup>. L'expression la plus concluante de la conviction des Etats cr. la matière se retrouve dans les opinions manifestées par les Etats à l'occasion de la Conférence de La Haye de 1930. Dans la demande d'informations soumise aux gouvernements par le Comité préparatoire figuraient des questions concernant les « actes de l'organe législatif » (point III), les « actes relatifs aux fonctions judiciaires » (point IV) et les « actes de l'organe exécutif » (point V). Dans leurs réponses, les gouvernements répondirent par l'affirmative à chacune des questions posées sur les trois points mentionnés<sup>170</sup>. Des opinions tout aussi concordantes furent exprimées ensuite par les délégués qui prirent part aux débats de la Troisième Commission de la Conférence<sup>171</sup>. Trois des dix articles adoptés en première lecture par la Commission à la fin des débats établissaient la responsabilité de l'Etat à la suite d'une action ou omission incompatible avec les obligations internationales de ce dernier, émanant respectivement de ses organes législatifs (art. VI), exécutifs (art. VII) et judiciaires (art. IX)<sup>172</sup>.

7) Dans la doctrine du droit international, indépendamment de la manière dont les différents auteurs choisissent de traiter la question et des complications qui en découlent parfois, les vues s'accordent quant à la possibilité de considérer comme « fait de l'Etat », aux fins de qualifier éventuellement ce fait d'internationalement illicite, le comportement de tous les organes de l'Etat, quelle que soit la branche du « pouvoir » étatique à laquelle ils appartiennent<sup>173</sup>. Les projets de codification, officiels et non officiels, suivent les mêmes principes de base. Ils diffèrent seulement entre eux quant à la rédaction des formules respectivement proposées.

8) D'après la Commission, point n'est donc besoin de faire appel à des idées de développement progressif du droit international pour conclure à la possibilité d'attribuer à l'Etat, en tant que faits internationalement illicites, des actions ou omissions de tous ses organes, qu'ils relèvent du pouvoir constituant, législatif, exécutif ou judiciaire. Personne ne se fait aujourd'hui l'avocat des vieilles thèses qui voulaient établir une exception pour les organes législatifs, sur la base du caractère « souverain » du parlement, ou pour les organes juridictionnels, en

vertu du principe de l'indépendance des juges ou de celui de l'autorité de la chose jugée. Les affaires dans lesquelles certains Etats eurent recours à une argumentation fondée sur de tels principes et trouvèrent des instances arbitrales disposées à les suivre sur ce terrain remontent à des époques fort lointaines<sup>174</sup>. Aujourd'hui, la conviction que la position respective des différents pouvoirs de l'Etat n'a de signification que pour le droit constitutionnel et n'en a aucune pour le droit international, au regard duquel l'Etat n'apparaît que dans son unité, est solidement ancrée dans la jurisprudence internationale comme dans la pratique des Etats et dans la doctrine du droit international.

9) Reste à examiner le dernier des trois points énoncés au début du commentaire au présent article. Il s'agit de décider s'il y a lieu d'établir parmi les organes de l'Etat une autre distinction, fondée sur le rang supérieur ou subordonné occupé par l'organe dans la hiérarchie étatique, afin de déterminer ceux d'entre eux dont l'action ou l'omission peut être attribuée à l'Etat en tant que fait internationalement illicite de ce dernier. L'opinion que les actions et omissions des organes « subordonnés » (« subalternes », « inférieurs ») peuvent être attribuées à l'Etat, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale, tout autant que les actions ou omissions des organes supérieurs domine aujourd'hui largement. Mais il n'en a pas toujours été ainsi.

10) Selon un courant d'opinion<sup>175</sup> qui eut la faveur à un moment donné d'une certaine littérature juridique américaine et qui a trouvé récemment encore certains adeptes<sup>176</sup>, seule la conduite des organes « supérieurs » serait attribuable à l'Etat en droit international. L'Etat ne saurait être appelé à répondre du fait d'un organe « subordonné » que dans le cas où il apparaîtrait que le comportement de ce dernier a été endossé, de façon explicite ou implicite, par des organes supérieurs. Il ne répondrait en réalité que du fait de ses organes supérieurs<sup>177</sup>.

11) Cependant, cette thèse rencontra des réserves et même de solides oppositions dans la littérature juridique de son temps déjà<sup>178</sup>. Avant tout, il semble avoir échappé

<sup>169</sup> Voir p. ex. la plaidoirie de Ch. de Visscher pour la Pologne lors de la demande d'avis consultatif adressée à la CPIJ dans l'Affaire du traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzic (C.P.J.I., série C, n° 56, p. 246).

<sup>170</sup> SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 25 et suiv., 41 et suiv., 52 et suiv.; et *Supplément au tome III* (op. cit.), p. 2, 3, 6 et suiv.

<sup>171</sup> SDN, *Actes de la Conférence...* (op. cit.), p. 32 et suiv., 59 et suiv., 103 et suiv., 152 et suiv.

<sup>172</sup> Voir *Annuaire...* 1956, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3.

<sup>173</sup> Outre les auteurs déjà cités aux notes 160, 161 et 162, se sont prononcés dans ce sens, par exemple, C. Eagleton, *The Responsibility of States...* (op. cit.), p. 59 et suiv.; H. Accioly, « Principes généraux... », *Recueil des cours...* (op. cit.), p. 371 et suiv.; Colombo, « Responsabilidad del Estado por los actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial », *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Santa Fe, 1954, p. 5 et suiv.; C. F. Amerasinghe, « Imputability... », *Revue égyptienne...* (op. cit.), p. 63 et suiv.; E. Jiménez de Aréchaga, op. cit., p. 544 et suiv.; et Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, op. cit., p. 427 et 428.

<sup>174</sup> La thèse de l'indépendance du pouvoir judiciaire fut avancée par le Portugal pour se soustraire à la reconnaissance d'une responsabilité internationale à sa charge dans les affaires *Croft* (1856) et *Yuille, Shortridge and Co.* (1861) [v. A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Pédone, 1923, t. II, p. 22 et suiv., 101 et suiv., et 103].

<sup>175</sup> Le porte-parole principal de ce courant a été le professeur E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection...* (op. cit.), p. 189 et suiv.

<sup>176</sup> Voir surtout Ch. Fenwick, *International Law*, 3<sup>e</sup> éd. rev. et augm., New York, Appleton-Century-Crofts, 1948, p. 280 et suiv. Voir aussi G. Von Glahn, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Macmillan, 1970, p. 227.

<sup>177</sup> Cette opinion est reflétée dans l'article 7, al. b, du projet de convention préparé en 1929, sous la direction personnelle de Borchard, par la Harvard Law School à l'intention de la Conférence de 1930 (v. Harvard Law School, *Research in International Law*, Cambridge [Mass.], 1929, p. 157 et suiv., et 165 et suiv.).

<sup>178</sup> Voir, pour l'opposition la plus nette et la mieux documentée, C. Eagleton, *The Responsibility of States...* (op. cit.), p. 45 et suiv. Voir aussi K. Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch...* (op. cit.), p. 37 et 38 (note 5); C. C. Hyde, *International Law chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2<sup>e</sup> éd. rev., Boston,

à ses défenseurs que la circonstance retenue dans des cas concrets pour conclure à l'impossibilité d'attribuer à l'Etat le comportement d'un organe déterminé était non pas le caractère « subordonné » ou « subalterne » de cet organe, mais plutôt le fait que celui-ci avait agi au mépris le plus total du droit et des limites de sa compétence, même apparente<sup>179</sup>. Mais la thèse en question semble surtout procéder d'une confusion avec l'exigence de l'épuisement des recours internes et son incidence sur la responsabilité. L'essence de la « local redress rule » est précisément d'établir qu'on ne peut pas, en règle générale du moins, considérer comme définitivement accomplie la violation d'une obligation internationale tant qu'un seul des organes ayant la possibilité de réaliser l'exécution de cette obligation a omis de le faire. Or, évidemment, une telle éventualité se présente plus souvent quand l'organe qui a agi le premier est de rang inférieur. Néanmoins, la situation de droit ne change pas du seul fait d'une simple probabilité accrue. Que ce soit en cas d'action ou en cas d'omission d'un organe supérieur, si des voies de recours sont ouvertes contre le comportement préjudiciable que ce dernier a pu avoir, la responsabilité de l'Etat ne sera pas, normalement, mise en jeu avant que lesdits recours n'aient été utilisés<sup>180</sup>.

12) Cela dit, la Commission a reconnu que, sur ce point, la pratique diplomatique et la jurisprudence arbitrale des années 1850 à 1914 étaient loin d'être claires et unanimes. Un élément de nature à justifier, en quelque sorte, la thèse de la non-attribution à l'Etat de la conduite de ses organes inférieurs découle du fait que le système juridique des Etats-Unis d'Amérique (à la différence, par exemple, des systèmes continentaux européens) prévoit fréquemment, contre les agissements préjudiciables de fonctionnaires de l'Etat — et surtout de fonctionnaires de rang peu élevé —, la possibilité d'un recours personnel contre l'individu-organe, et non pas d'un recours contre l'administration de l'Etat en tant que telle. Parfois donc, des notes émanant du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique<sup>181</sup>, ou des décisions arbitrales portant sur

des différends auxquels il était partie<sup>182</sup>, ont fait ressortir que le plaignant avait à sa disposition la possibilité de se prévaloir d'un tel recours personnel et n'avait pas à s'adresser à l'Etat. Une prise de position de cette nature pouvait être interprétée comme l'indication d'un défaut d'épuisement des recours internes, mais elle pouvait aussi être interprétée comme l'expression de la conviction que l'action des organes de rang inférieur n'aurait pas pu être considérée comme une action susceptible d'être attribuée à l'Etat. Cela contribue à expliquer les divergences de vues que l'on relève parfois à ce sujet dans la correspondance diplomatique échangée, avant la première guerre mondiale, entre le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et des gouvernements de pays européens<sup>183</sup>.

13) En dépit de ces incertitudes et de leur raison d'être, il est hors de doute que la jurisprudence arbitrale et la pratique diplomatique antérieures à la première guerre mondiale fournissent déjà beaucoup d'exemples de la reconnaissance du principe de l'attribution à l'Etat, en tant que sujet de droit international, des actions ou omissions d'organes subordonnés — et cela vaut aussi pour des décisions relatives à des différends dans lesquels étaient impliqués des pays du continent américain<sup>184</sup>. L'incertitude qui peut avoir existé à une certaine époque paraît de toute manière avoir disparu entre la fin de la première guerre mondiale et l'année 1930. La conviction dominante des gouvernements a eu l'occasion de se manifester au cours des travaux préparatoires, puis des travaux proprement dits, de la Conférence de 1930. Compte tenu des réponses reçues des gouvernements, le Comité préparatoire, en élaborant les bases de discussion à l'intention de la Conférence, ne prévint aucune différence de traitement entre le comportement des organes supérieurs et celui des organes subordonnés. A la Conférence elle-même, la question des organes de rang inférieur ne fut prise en considération qu'occasionnellement au cours des débats<sup>185</sup>, et sans qu'il en restât de trace dans les conclusions.

(suite de la note 178.)

Little, Brown, 1951, vol. 2, p. 935 et 936; F. S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, Londres. Oxford University Press, 1932, p. 125 et suiv.

<sup>179</sup> Par exemple, dans la lettre adressée le 14 août 1900 par M. Adee, secrétaire d'Etat américain, au baron de Fava, ambassadeur d'Italie à Washington (J. B. Moore, *A Digest...* [op. cit.], p. 743), on soulignait que les infractions de petits fonctionnaires et agents avaient eu lieu hors du cadre de leur compétence non seulement réelle mais aussi apparente.

<sup>180</sup> Il faut également observer qu'à l'origine de l'idée qui voudrait exclure du nombre des « faits de l'Etat » les comportements des organes de rang inférieur, il y a certainement une confusion de base qui s'explique par l'habitude de poser le problème non pas comme il est correct de le faire, à savoir en termes d'attribution à l'Etat de ces actions ou omissions, mais directement en termes de responsabilité. Le comportement d'un organe, quel qu'il soit, est à attribuer à l'Etat en tant que sujet de droit international même dans le cas où ce comportement ne suffit pas à lui seul à engendrer une responsabilité internationale et où il faut que le comportement d'autres organes s'y ajoute pour que leur ensemble soit qualifié de fait internationalement illicite et donne lieu à une responsabilité.

<sup>181</sup> Voir, par exemple, la prise de position de l'Attorney-General des Etats-Unis, Cushing, à l'occasion d'une réclamation adressée au Gouvernement américain pour la perte d'un bateau causée par la négligence d'un pilote à San Francisco (J. B. Moore, *A Digest...* [op. cit.], p. 740 et 741).

<sup>182</sup> Voir p. ex. la prise de position du membre américain de la Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/Mexique instituée en vertu de la Convention du 4 juillet 1868 dans l'Affaire Leichardt (J. B. Moore, *History and Digest...* [op. cit.], vol. III, p. 3134).

<sup>183</sup> La position des gouvernements des pays européens revenait à considérer comme émanant de l'Etat, aux fins d'une responsabilité internationale de ce dernier, les actions ou omissions de ses organes subordonnés. On peut voir une expression de cette manière de voir, par exemple, dans les instructions adressées le 8 mars 1882 par Mancini, alors ministre italien des affaires étrangères, au ministre d'Italie au Pérou (S.I.O.I. [Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale] — C.N.R. [Consiglio Nazionale delle Ricerche], *La prassi italiana di diritto internazionale*, Dobbs Ferry [N. Y.], Oceana, 1970, 1<sup>re</sup> série [1861-1887], vol. II, p. 862).

<sup>184</sup> Voir p. ex. la décision rendue par la Commission mixte Pays-Bas/Venezuela, instituée en vertu du protocole du 28 février 1903, dans l'Affaire Maal (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X [publication des Nations Unies, numéro de vente: 60.V.4], p. 732). Voir aussi l'Affaire Moses, mentionnée ci-dessus (art. 5, par. 3 du commentaire).

<sup>185</sup> Le délégué mexicain déposa une proposition d'amendement à la base de discussion n° 12 (devenue ensuite l'article VIII), prévoyant qu'en cas d'action ou omission de fonctionnaires subalternes l'Etat n'assumerait pas de responsabilité internationale s'il désavouait et punissait le fonctionnaire coupable. Aucun Etat n'appuya l'amendement du délégué du Mexique, et celui-ci le retira. (Voir SDN, *Actes de la Conférence...* [op. cit.], p. 82 et suiv.).

14) La jurisprudence internationale des dernières décennies ne semble pas fournir d'exemples de décisions dissidentes. L'attribution à l'Etat de la conduite de ses organes subordonnés fut affirmée avec netteté, après la première guerre mondiale, par une série de commissions de réclamations: par exemple, par la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique, instituée en vertu de la Convention du 8 septembre 1923<sup>186</sup>, et par la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Panama, créée par l'Accord du 28 juillet 1926<sup>187</sup>. Après la seconde guerre mondiale, les Commissions de conciliation Italie/ Etats-Unis d'Amérique, Italie/France et Italie/Royaume-Uni, instituées en exécution de l'article 83 du Traité de paix du 10 février 1947, ont souvent eu à examiner le comportement d'organes étatiques subalternes (par exemple administrateurs-séquestres, syndics, agents de police), et ont toujours été d'accord pour traiter les agissements de ces personnes comme des faits attribuables à l'Etat<sup>188</sup>. En ce qui concerne la littérature juridique la plus récente, on peut dire que, sauf une ou deux exceptions, les internationalistes formés aux systèmes les plus différents appuient tous la thèse selon laquelle il est possible de considérer comme faits de l'Etat les comportements d'organes même subalternes<sup>189</sup>. Il est à noter aussi qu'aucun des projets de codification, officiels ou privés — à l'exception, déjà mentionnée, de celui de Harvard de 1929 —, ne fait de distinction entre organes supérieurs et organes subordonnés. Cela vaut aussi pour le nouveau projet de Harvard de 1961 et pour la *Restatement of the Law* de l'American Law Institute.

15) La Commission est donc à même de conclure, quant au troisième des points examinés, qu'aujourd'hui on ne saurait faire de place à l'idée, apparue à un moment donné, d'introduire une distinction entre les organes de

l'Etat sur la base de leur rang. Il n'y a nulle raison de considérer comme un comportement de l'Etat à des fins de responsabilité internationale le seul comportement des fonctionnaires supérieurs. Une telle limitation, on l'a vu, est rejetée quasi unanimement. S'il en était autrement, il faudrait prendre position contre pareil critère du point de vue du développement progressif du droit international. Admettre la distinction en question serait introduire un grave élément d'incertitude dans les relations internationales.

16) En conclusion, la Commission a été unanime à reconnaître qu'aux fins du présent projet aucune distinction entre différentes catégories d'organes de l'Etat n'avait de raison d'être. L'unité de l'Etat exige que les actions ou omissions de tous ses organes, individuels ou collectifs, soient considérées comme des actions ou omissions de l'Etat sur le plan international, c'est-à-dire des « faits de l'Etat » susceptibles d'engager, le cas échéant, sa responsabilité internationale. Il serait d'ailleurs absurde de penser qu'il existe une catégorie d'organes spécialement désignés pour commettre des faits internationalement illicites. Tout organe de l'Etat, s'il a la possibilité matérielle d'adopter un comportement allant à l'encontre d'une obligation internationale dudit Etat, peut être à l'origine d'un fait internationalement illicite de ce dernier. Bien sûr, il y aura des organes qui, de par la nature de leur fonction, auront en fait plus de possibilités que d'autres à cet égard, mais la diversité des obligations internationales ne permet pas de distinguer *a priori* les organes qui peuvent commettre des faits illicites internationaux de ceux qui ne le peuvent pas.

17) On aurait pu penser que la non-pertinence de la position d'un organe dans le cadre de l'organisation de l'Etat pour l'attribution des comportements dudit organe à l'Etat ressortait déjà de la règle énoncée à l'article 5 du projet. Toutefois, la Commission estime qu'il est nécessaire d'insérer dans le projet une disposition expresse à ce sujet. Il faut écarter avec netteté la possibilité que certaines prises de position du passé, dont on a fait état dans le présent commentaire, puissent éventuellement réapparaître dans l'avenir, sur la base d'anciennes ou de nouvelles thèses. L'article 6 du projet offre une garantie contre une telle éventualité, et ne fait en même temps que refléter l'état actuel du droit international en la matière. En ce qui concerne la formulation de la règle à établir, la Commission a estimé qu'une formule unique et synthétique exprimerait plus clairement le contenu de la règle. Elle a donc adopté pour l'article 6 un texte qui s'inspire de ce critère. La Commission tient à souligner que l'énumération des « pouvoirs » qui figure dans le texte de l'article n'est pas exhaustive — ce qui ressort d'ailleurs des mots « ou autre », placés après les mots « pouvoir constituant, législatif, exécutif, judiciaire ».

<sup>186</sup> Voir, surtout, les décisions rendues par la Commission dans les affaires Roper (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV [numéro de vente: 1951.V.1], p. 145 et suiv.), Massey (*ibid.*, p. 155 et suiv.) et Way (*ibid.*, p. 400).

<sup>187</sup> Affaire Baldwin (*ibid.*, vol. VI [numéro de vente: 1955.V.3], p. 328 et suiv.).

<sup>188</sup> Voir p. ex. entre autres, l'Affaire Currie (1954) (*ibid.*, vol. XIV [numéro de vente: 65.V.4], p. 24), le Différend concernant l'interprétation de l'article 79 du Traité de paix avec l'Italie (1955) (*ibid.*, vol. XIII [numéro de vente: 64.V.3], p. 431 et 432), et le Différend Dame Mossé (1953) (*ibid.*, p. 492 et suiv.).

<sup>189</sup> Ainsi, par exemple, A. V. Freeman, « Responsibility of States... », *Recueil des cours...* (*op. cit.*), p. 284 et suiv.; B. Cheng, *op. cit.*, p. 195 et 196; P. Reuter, « La responsabilité internationale », *Droit international public* (*op. cit.*), p. 92; T. Meron, *op. cit.*, p. 97 et 98; H. Accioly, « Principes généraux... », *Recueil des cours...* (*op. cit.*), p. 392 et 393; I. von Münch, *op. cit.*, p. 202 et 203; J.-P. Quéneudec, *op. cit.*, p. 55 et suiv.; C. F. Amerasinghe, « Imputability... », *Revue égyptienne...* (*op. cit.*), p. 106; Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *op. cit.*, p. 427.

Article 7

Attribution à l'Etat du comportement  
d'autres entités habilitées à  
l'exercice de prérogatives  
de la puissance publique

1. Est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale de cet Etat, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité.

2. Est également considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale, mais qui est habilitée par le droit interne de cet Etat à exercer des prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité.

Commentaire \*/

1) A l'article 5 du présent projet d'articles, la CDI a établi le principe de base en matière de détermination des « faits de l'Etat » d'après le droit international : sont avant

tout attribués à l'Etat, comme source éventuelle de responsabilité internationale, les comportements de ceux qui, d'après le droit interne de l'Etat en question, sont ses propres « organes ». Toutefois, en énonçant ce principe, la Commission n'a nullement voulu affirmer que les comportements de ces « organes » seraient les seuls comportements susceptibles d'être attribués à l'Etat en vue d'établir, le cas échéant, une responsabilité internationale à sa charge. L'objet de l'article 5 n'est que d'indiquer la catégorie la plus importante de comportements attribuables à l'Etat. Le présent article s'ajoute donc à l'article 5 pour indiquer que l'on attribue aussi à l'Etat, d'après le droit international, les actions et omissions des organes d'entités qui, tout en ayant, d'après le droit interne, une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat lui-même, sont cependant des entités habilitées par ce même droit à l'exercice de certaines prérogatives de la puissance publique. De façon analogue à ce qui a été relevé à propos des comportements des organes de l'Etat, ne sont en principe exclus de l'attribution à l'Etat que les comportements que les êtres humains qui composent les organes des entités en question ont pu avoir à titre privé.

2) Le principe de l'attribution à l'Etat des comportements indiqués est le corollaire de l'unité de l'Etat du point de vue international. L'action de l'Etat en tant que sujet de droit international se réalise certes, en tout premier lieu, par l'action des organes faisant partie de l'appareil étatique proprement dit, mais à cette action vient s'ajouter aussi celle des organes de l'appareil de toutes les autres entités qui ont été habilitées par le droit interne à exercer des prérogatives de la puissance publique. Cela vaut aussi bien lorsque le fondement de leur existence distincte est le milieu local ou territorial dans lequel elles agissent (comme c'est le cas pour les communes, les provinces, les régions, les cantons, les Etats membres d'un Etat fédéral, etc.) que lorsque ce fondement est plutôt la spécialité des fonctions exercées (comme ce peut être le cas pour une banque d'émission, une compagnie de transports habilitée à l'exercice de pouvoirs de police, etc.). En d'autres termes, l'idée fondamentale de l'unité de l'Etat du point de vue international n'a pas comme unique corollaire le principe, énoncé à l'article 6 du projet, de la non-pertinence de la position de l'organe de l'Etat dans le cadre de l'organisation de celui-ci aux fins d'attribuer à l'Etat, comme source éventuelle de responsabilité internationale, les actions ou omissions émanant d'un tel organe. Le même principe doit également amener à ne pas tenir compte, aux mêmes fins, de la distinction entre les diverses entités qui, d'après le droit interne, assurent à la collectivité des services déterminés et remplissent, ce faisant, des fonctions qui constituent des prérogatives de la puissance publique.

3) Tout en étant entièrement d'accord sur l'idée fondamentale énoncée ci-dessus et sur les conséquences qui en découlent tout naturellement en matière de détermination des « faits de l'Etat » d'après le droit international, certains membres de la Commission ont exprimé quelques doutes quant à la nécessité d'insérer dans le projet d'articles une règle énonçant spécialement le principe d'après lequel est aussi considéré comme un fait de l'Etat le comportement des organes des entités qui, quoique juridiquement dis-

\* Annuaire ... 1974, vol. II (première partie), p. 288 à 294.

tinctes de l'Etat dans le cadre du droit interne, sont néanmoins habilitées par ce droit à exercer des prérogatives de la puissance publique. Ces doutes portaient en réalité sur le fait même que les entités dont il est question, et notamment les collectivités publiques territoriales, doivent être considérées comme des entités distinctes de l'Etat d'après le droit interne de celui-ci. Il est en effet évident que là où de telles collectivités feraient directement partie de l'appareil de l'Etat lui-même, le comportement de leurs organes tomberait sans plus sous le couvert de la règle énoncée à l'article 5, qui concerne l'attribution à l'Etat des faits de ses propres organes. En réponse à ces doutes, on a cependant fait valoir que, s'il peut y avoir des ordres juridiques étatiques où les collectivités publiques territoriales sont intégrées à la structure de l'Etat (en sorte que les organes de ces collectivités sont considérés comme des organes propres de l'Etat d'après le droit interne de celui-ci), tel n'est pourtant pas le cas dans la majorité des ordres juridiques étatiques. En général, ces collectivités sont dotées en droit interne d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat, et leurs organes ne sont donc pas considérés comme des organes propres de l'Etat. La Commission a par conséquent été d'avis que la suppression de l'article 7, ou même seulement celle du paragraphe 1 dudit article, entraînerait une lacune dangereuse dans la codification de la matière, lacune pouvant permettre à un Etat de se soustraire à la responsabilité internationale en cas d'actions ou omissions des organes des entités envisagées.

4) Le principe que l'Etat répond des actions et omissions des organes des collectivités publiques territoriales, telles les communes, les provinces et les régions, est reconnu de longue date et de façon indiscutable par la jurisprudence internationale et la pratique des Etats<sup>562</sup>. Pour ce qui est de la jurisprudence, une réaffirmation récente du principe se trouve dans la décision rendue le 15 septembre 1951 par la Commission de conciliation franco-italienne instituée en vertu de l'article 83 du Traité de paix du 10 février 1947, relativement à l'*Affaire des héritiers de S.A.R. Mgr le duc de Guise*. La Commission s'est exprimée ainsi :

Il importe peu, pour décider dans la présente affaire, que le décret du 29 août 1947 émane non pas de l'Etat italien mais de la Région sicilienne. L'Etat italien est responsable, en effet, de l'exécution du Traité de paix même pour la Sicile, nonobstant l'autonomie accordée à celle-ci dans les rapports internes par le droit public de la République italienne<sup>563</sup>.

Quant à la pratique des Etats, l'expression la plus concluante de la conviction des Etats en la matière se retrouve dans les opinions manifestées lors des travaux préparatoires de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930). La demande d'informations adressée aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence

posait expressément au point VI la question de savoir si la responsabilité de l'Etat se trouvait engagée à la suite d'« actes ou omissions de collectivités (communes, provinces, etc.) [...] qui exercent des fonctions publiques d'ordre législatif ou administratif ». Tous les gouvernements répondirent par l'affirmative<sup>564</sup>. Ce principe a été également agréé dans les projets de codification de la responsabilité des Etats émanant de source officielle ou privée<sup>565</sup> et est accepté sans discussion par tous les auteurs modernes qui ont traité de la question<sup>566</sup>.

5) Quant à la question de savoir si les Etats membres d'un Etat fédéral sont à compter parmi les collectivités publiques territoriales dont on traite au présent article, il faut noter avant tout qu'une jurisprudence constante consacre le principe de la responsabilité internationale de l'Etat fédéral pour les comportements des organes des Etats fédérés qui réalisent la violation d'une obligation internationale de l'Etat fédéral, et ce même s'il s'agit de situations où le droit interne ne fournit pas à l'Etat fédéral le moyen de contraindre les organes des Etats fédérés à respecter ses propres obligations internationales. La sentence rendue dans l'*Affaire du « Montijo »* le 26 juillet 1875 par le Tribunal arbitral Etats-Unis d'Amérique/Colombie, institué sur la base de l'accord du 17 août 1874, représente le point de départ de cette jurisprudence constante<sup>567</sup>.

<sup>562</sup>SDN, Conférence pour la codification du droit international. *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75.M.69.1929.V), p. 90 et suiv.; et *Supplément au tome III* [C.75(a)M.69(a). 1929.V], p. 3 et 18.

<sup>563</sup>Le principe indiqué se trouve formulé expressément, en dehors de la base de discussion n° 16 élaborée par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de La Haye (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 224, doc. A/CN.4/96, annexe 2) : à la règle II du projet adopté en 1927 par l'Institut de droit international (*ibid.*, p. 228, doc. A CN.4/96, annexe 8) : à l'article III du projet de convention préparé par la Harvard Law School en 1929 (*ibid.*, p. 229, doc. A/CN.4/96, annexe 9) et à l'article 17, par. 1, al. d. du projet préparé par la même institution en 1961 (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 147, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VII) : à l'article 14, par. 1, de l'avant-projet révisé établi en 1961 par F. V. García Amador (*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 48, doc. A CN.4 134 et Add.1, additif) ; à l'article VII des « Principes du droit international régissant, selon la conception des Etats-Unis d'Amérique, la responsabilité de l'Etat », préparés en 1965 par le Comité juridique interaméricain (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 160, doc. A/CN.4.217 et Add.1, annexe XV) ; et au paragraphe 170 de la *Restatement of the Law* de l'American Law Institute, de 1965 (*Annuaire... 1971*, vol. II [1<sup>re</sup> partie], p. 204, doc. A/CN.4/217/Add.2).

<sup>564</sup>Voir p. ex. Ch. Fenwick, *International Law*, 3<sup>e</sup> éd. rév. et augm., New York, Appleton-Century-Crofts, 1948, p. 297 et 298 ; G. Schwarzenberger, *International Law*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1957, vol. I, p. 625 et suiv. ; H. Accioly, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1959-I*, Leyde, Sijthoff, 1960, t. 96, p. 388 et suiv. ; I. von Münch, *Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Francfort-sur-le-Main, Keppeler, 1963, p. 199 et 200 ; C. F. Amerasinghe, « Imputability in the law of State responsibility for injuries to aliens », *Revue égyptienne de droit international*, Le Caire, vol. 22, 1966, p. 119 et suiv. ; P. A. Steiniger, « Die allgemeinen Voraussetzungen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten », *Wissenschaftliche Zeitschrift des Humboldt-Universität zu Berlin, Gesellschafts- und Sprachwissenschaftliche Reihe*, Berlin, vol. XXII, n° 6, 1973, p. 447.

<sup>565</sup>J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1898, vol. II, p. 1440.

<sup>562</sup>On trouve par exemple une affirmation de la responsabilité de l'Etat pour les actions ou omissions des organes d'une commune dans l'opinion du surarbitre F. Plumley aux fins de la décision rendue le 14 août 1905 dans l'*Affaire Pieri Dominique and Co.* par la Commission mixte de réclamations franco-vénézuélienne instituée par le Protocole du 19 février 1902 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X [publication des Nations Unies, numéro de vente : 60.V.4], p. 156).

<sup>563</sup>*Ibid.*, vol. XIII (numéro de vente : 64.V.3), p. 161.

Par la suite, ce principe a été énoncé dans de nombreuses décisions. On rappellera ici celles qui ont été rendues par la Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/Venezuela établie par la Convention du 5 décembre 1885<sup>568</sup>, la Commission mixte France/Venezuela instituée en vertu du protocole du 19 février 1902<sup>569</sup>, la Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne/Venezuela instituée en vertu des protocoles des 13 février et 7 mai 1903<sup>570</sup>, la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique créée par la Convention du 8 septembre 1923<sup>571</sup>, et la Commission des réclamations France/Mexique établie par la Convention du 12 mars 1927. Ainsi, par exemple, cette dernière commission réaffirmait, dans la décision rendue le 7 juin 1929 dans l'*Affaire Pellat*, « le principe de la responsabilité internationale [...] d'un Etat fédéral pour tous les actes des Etats particuliers qui donnent lieu à des réclamations d'Etats étrangers », et notait spécialement que cette responsabilité

[...] ne saurait être niée, pas même dans les cas où la Constitution fédérale détiendrait au gouvernement central le droit de contrôle sur les Etats particuliers ou le droit d'exiger d'eux qu'ils conforment leur conduite aux prescriptions du droit international<sup>572</sup>.

6) En ce qui concerne la pratique des Etats, on peut notamment constater que, d'après les gouvernements qui ont répondu à la demande d'informations du Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930, le fait que les Etats membres d'un Etat fédéral jouissent d'une ample autonomie sur la base du droit interne ne saurait exclure une éventuelle responsabilité internationale de l'Etat fédéral pour les comportements des organes des Etats fédérés<sup>573</sup>. Les anciennes tentatives de certains Etats à structure fédérative de résister à des demandes en réparation pour des agissements émanant d'organes d'un Etat fédéré sont devenues de plus en plus rares au cours de notre siècle et ont fini par cesser<sup>574</sup>.

<sup>568</sup> Affaire De Brissot and others (J. B. Moore, *History and Digest...* [op. cit.], vol. III, p. 2967, 2970 et 2971)

<sup>569</sup> Affaire Péri Dominique and Co. (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X [op. cit.], p. 156)

<sup>570</sup> Affaire Davy (*ibid.*, vol. IX [publication des Nations Unies, numéro de vente : 59.V.5], p. 468).

<sup>571</sup> Affaires Janes (*ibid.*, vol. IV [numéro de vente : 1951.V.1], p. 86), Swinney (*ibid.*, p. 101), Quintanilla (*ibid.*, p. 103), Youmans (*ibid.*, p. 116), Mallen (*ibid.*, p. 177), Venable (*ibid.*, p. 230), Tribollet (*ibid.*, p. 601)

<sup>572</sup> *Ibid.*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 536.

<sup>573</sup> SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 121 et suiv.; et *Supplément au tome III* (op. cit.), p. 4.

<sup>574</sup> A ce sujet, l'évolution de la pratique des Etats-Unis d'Amérique constitue un exemple typique. Après avoir résisté au XIX<sup>e</sup> siècle à l'idée que la Fédération fût responsable des actions ou omissions des organes des Etats membres, le Gouvernement des Etats-Unis a ensuite adopté une position beaucoup plus nuancée, pour admettre finalement sans réserves une telle responsabilité, ainsi qu'en témoignent les instructions envoyées en 1926 à l'agent des Etats-Unis devant la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique (G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington [D.C.], U.S. Government Printing Office, 1943, vol. V, p. 594 et 595) et la réponse fournie en 1929 au point X de la demande d'informations qui lui avait été adressée par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de La Haye (SDN, *Supplément au tome III* [op. cit.], p. 21).

7) A la substantielle unité de vues que l'on constate dans la jurisprudence internationale et dans la pratique des Etats en ce qui concerne l'affirmation du principe que l'Etat fédéral répond internationalement des comportements des organes des Etats fédérés ne fait point pendant une même unité de vues en ce qui concerne la justification de ce principe. Parfois, la responsabilité internationale de l'Etat fédéral pour les comportements des organes des Etats fédérés est présentée comme une responsabilité internationale pour son propre fait, le comportement de l'organe de l'Etat fédéré devant être attribué, sur le plan international, à l'Etat fédéral, au même titre qu'un comportement des organes propres de ce dernier. Dans certaines décisions et prises de position, la responsabilité internationale de l'Etat fédéral dans les cas envisagés est, par contre, conçue en termes de responsabilité du fait d'autrui – de responsabilité induite d'un sujet de droit international pour fait d'un autre sujet –, l'attribution du comportement de l'organe de l'Etat fédéré étant alors uniquement faite à cet Etat.

8) Les deux façons différentes de présenter et de justifier la responsabilité de l'Etat fédéral pour les faits des organes des Etats fédérés se retrouvent également chez les auteurs d'ouvrages scientifiques. La majorité des juristes de droit international tendent aujourd'hui à ne voir dans la structure de l'Etat fédéral qu'une forme poussée de décentralisation d'un Etat qui, vu de l'extérieur, reste fondamentalement unitaire. Ceux qui partagent cette manière de voir considèrent donc logiquement le principe de la responsabilité de l'Etat fédéral, dans les hypothèses ici envisagées, comme étant la simple conséquence de l'attribution à cet Etat, du point de vue du droit international, des actions et omissions des organes des Etats fédérés. Pour ces auteurs, une telle attribution se fait donc au même titre que celles des comportements des organes d'une commune, d'une région, etc.<sup>575</sup>. Cette manière de voir se retrouve dans plusieurs projets de codification<sup>576</sup>. D'autres juristes, cependant – généralement plus anciens, il est vrai –, envisagent par contre l'Etat fédéral beaucoup moins comme un Etat composé, c'est-à-dire un Etat d'Etats, que comme une union d'Etats dans laquelle coexistent la personnalité internationale de l'Etat

<sup>575</sup> Voir p. ex. C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, New York University Press, 1928, p. 32 et suiv.; R. Ago, « La responsabilità indiretta nel diritto internazionale », *Archivio di diritto pubblico*, janvier-avril 1936-XIV, Padoue, CEDAM, 1936, vol. I, fasc. 1, p. 18 et suiv.; H. Accioly, « Principes généraux... » (*loc. cit.*), p. 390 et 391; C. F. Amerasinghe, « Imputability... » (*loc. cit.*), p. 119 et suiv.; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1958, t. II, p. 310 et suiv., et 1962, t. III, p. 1508; J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, p. 69 et suiv.; P. A. Steiniger, « Die allgemeinen Voraussetzungen... » (*loc. cit.*), p. 447

<sup>576</sup> Voir p. ex. l'article 17 du projet établi en 1961 par la Harvard Law School; l'article 14 de l'avant-projet révisé préparé par F. V. Garcia Amador en 1961; l'article VII des « Principes du droit international régissant, selon la conception des Etats-Unis d'Amérique, la responsabilité de l'Etat », établi en 1965 par le Comité juridique interaméricain, le paragraphe 170 de la *Restatement of the Law of the American Law Institute* [pour références, v. ci-dessus note 565]; et l'article 2 du projet élaboré en 1973 par B. Gräfrath et P. A. Steiniger (*Wissenschaftliche Zeitschrift des Humboldt-Universität zu Berlin* [op. cit.], p. 467)

fédéral et celle, fût-elle limitée, des Etats fédérés. Par conséquent, si un organe de l'Etat fédéré commet une action ou une omission ayant trait à un domaine dans lequel cet Etat n'apparaît pas comme le titulaire d'obligations internationales lui incombant en propre, cette action ou omission doit être considérée sur le plan du droit international comme un fait de l'Etat fédéral, au même titre que le comportement des organes d'une commune, et engage comme tel sa responsabilité. Là où, par contre, l'organe de l'Etat fédéré adopte un comportement représentant la violation spécifique d'une obligation incombant à l'Etat fédéré en tant que sujet distinct de droit international, on ne saurait attribuer un tel comportement à l'Etat fédéral. La responsabilité internationale de ce dernier pourra donc également être invoquée, mais à titre de responsabilité indirecte<sup>577</sup>. Quelques projets de codification reflètent aussi cette manière de voir<sup>578</sup>.

9) Ces divergences d'opinion révélées par la jurisprudence, par la pratique et par les ouvrages scientifiques à propos de la justification de la responsabilité internationale de l'Etat fédéral pour les agissements des organes des Etats fédérés ont peut-être davantage un intérêt théorique qu'une signification susceptible de se traduire en des conséquences pratiques. En tout cas, elles paraissent essentiellement dues au fait que la même dénomination d'« Etat fédéral » est utilisée pour désigner des entités ayant des structures très différentes. Il est indéniable que la plupart des Etats fédéraux aujourd'hui existants ne se distinguent pas, en droit international public, d'un Etat à structure unitaire, et que les Etats membres d'un tel Etat fédéral n'apparaissent nullement comme des entités internationalement distinctes. Mais il existe aussi des fédérations dont les Etats membres gardent, dans des proportions qui varient, une personnalité internationale propre, et il est parfaitement possible que l'avenir nous réserve de nouveaux exemples de structures de ce genre. La réalité a, d'ailleurs, de multiples facettes, car l'on connaît aussi des cas où des Etats membres d'un même Etat fédéral n'ont qu'une personnalité de droit interne, tandis que d'autres membres du même Etat apparaissent comme des sujets de droit inter-

national distincts. Tout cela ne peut que se refléter sur le fondement théorique de la responsabilité internationale.

10) De l'avis de la Commission, tout ce qu'il importe de souligner à ce sujet c'est que, si les Etats membres d'un Etat fédéral déterminé ne possèdent pas, même dans des limites restreintes, une personnalité internationale distincte — s'ils ne sont donc à aucun moment titulaires de droits et d'obligations internationales —, il ne fait pas de doute qu'ils ne se distinguent pas, en ce qui concerne le problème ici examiné, des autres collectivités publiques territoriales dont on traite au présent article. Les actions ou omissions des organes des Etats fédérés sont alors à considérer sans plus, d'après le droit international, comme des faits de l'Etat fédéral. Quant aux cas, plus rares de nos jours, où les Etats fédérés gardent une personnalité internationale propre, avec une capacité juridique plus ou moins restreinte, il paraît évident que les comportements de leurs organes sont également attribuables à l'Etat fédéral là où ces comportements constituent la violation d'obligations internationales de ce dernier. Au cas où, par contre, les agissements des organes d'un Etat fédéré constituent la violation d'une obligation internationale dont le titulaire est l'Etat fédéré, ces agissements sont attribuables à ce dernier et non à l'Etat fédéral. La responsabilité internationale de l'Etat fédéral ne peut alors intervenir qu'au titre de la responsabilité d'un sujet de droit international pour le fait d'un autre sujet.

11) En relation avec les considérations qui précèdent, la CDI s'est demandé si, une fois énoncé le principe de l'attribution à l'Etat, en tant que source éventuelle de responsabilité internationale, des faits des organes des collectivités publiques territoriales, il y avait lieu de formuler une exception à ce principe, pour réserver spécialement le cas où il s'agirait d'Etats membres d'une fédération qui auraient gardé, dans des domaines déterminés, une personnalité et une capacité juridique internationales propres, distinctes de celles de la fédération. La Commission n'a cependant pas jugé nécessaire de prévoir une réserve de ce genre. En effet, l'objet du présent article est seulement de déterminer si, d'après le droit international, l'on doit considérer comme un fait de l'Etat (qu'il soit fédéral ou unitaire) les comportements d'organes de collectivités publiques territoriales de cet Etat, pour autant évidemment que lesdits organes aient agi dans un domaine où leur action peut se heurter à l'existence d'obligations internationales de l'Etat en question. Or, si un organe de l'Etat fédéré vient à agir dans un domaine dans lequel l'Etat fédéré est le titulaire d'obligations internationales incombant à cet Etat lui-même et non pas à l'Etat fédéral, ledit Etat fédéré apparaît à l'évidence, sur le plan international, comme un sujet de droit international autre que l'Etat fédéral, et non plus comme une simple collectivité publique territoriale du sujet Etat fédéral. Il va de soi que le comportement de l'organe en question est alors, en vertu de l'article 5 du présent projet, le fait de l'Etat fédéré. Le problème d'une attribution du comportement en question à l'Etat fédéral ne se pose même pas dans l'hypothèse envisagée, qui reste donc automatiquement en dehors du cadre de celles que prévoit le présent article. Autre chose sera évidemment la détermination, dans ce

<sup>577</sup> La thèse ici résumée a été particulièrement développée par H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Mohr (Siebeck), 1899, p. 359 et suiv., 366 et suiv. Avec des nuances qui varient d'auteur à auteur, on peut citer, à l'appui de cette même conception, K. Strupp (« Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, Kohlhammer, 1920, t. III, 4<sup>e</sup> partie, p. 109 et suiv.), Ch. de Visser (« La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana*, Leyde, Brill, 1924, t. II, p. 105 et 106), A. Verdross (« Theorie der mittelbaren Staatenhaftung », *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. I, n° 4 [nouv. sér.], mai 1948, p. 395 et suiv.), D. B. Levin (*Otvetstvennost gosudarstv v sovremennom mejdunarodnom prave*, Moscou, Mejdunarodnye otnosheniya, 1966, p. 41 et suiv.). Certains de ces auteurs mettent aussi en évidence la possibilité d'une responsabilité directe de l'Etat fédéré dans certaines hypothèses où les agissements de cet Etat auraient lieu à l'intérieur de sa propre sphère de compétence internationale.

<sup>578</sup> Voir p. ex. la base de discussion n° 23 du Comité préparatoire de la Conférence de codification de La Haye (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 224, doc. A/CN.4/96, annexe 2); la règle IX du projet adopté en 1927 par l'Institut de droit international (*ibid.*, p. 228, doc. A/CN.4/96, annexe 8); et l'article 4 du projet préparé en 1930 par la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 156, doc. A/CN.4/217 et Add. I, annexe VIII).

même cas, non pas du sujet de droit international auquel le fait est attribuable, mais du sujet devant répondre internationalement de ce fait. Cet aspect entièrement différent sera logiquement examiné dans un autre chapitre et formera l'objet d'un autre article du projet.

12) On s'est aussi demandé si la règle de l'attribution à l'Etat des actions ou omissions des organes de collectivités publiques territoriales ne rencontrait pas une exception au cas où de telles actions ou omissions constitueraient la violation d'une obligation contractuelle de droit interne assumée par une telle collectivité. A ce propos, on a souvent affirmé comme un principe que l'Etat ne saurait être tenu pour internationalement responsable de la violation de contrats conclus par les organes d'une collectivité publique territoriale, notamment en matière d'emprunts. De l'avis de la Commission, cependant, la question de savoir si les comportements indiqués peuvent ou non entraîner une responsabilité internationale de l'Etat n'est pas une question ayant trait à la possibilité ou non de considérer lesdits comportements comme attribuables à l'Etat. Si l'on veut donner une réponse correcte à une telle question, ce qu'il faut établir c'est si, oui ou non, dans le cas concret, il existe à la charge de l'Etat une obligation internationale, émanant par exemple d'un traité imposant à cet Etat, sur le plan des rapports internationaux, de respecter certaines obligations contractuelles de droit interne, qu'elles aient d'ailleurs été contractées par des organes de l'Etat lui-même ou par des organes d'une collectivité publique territoriale. Même au cas, donc, où l'on répondrait par la négative à la question de savoir s'il y a ou non responsabilité internationale de l'Etat, cette réponse serait dictée non pas par le fait que tel comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale, représentant l'observation d'une obligation contractuelle de cette même collectivité, ne serait pas attribuable à l'Etat d'après le droit international, mais par le fait que la deuxième condition de l'existence d'un fait internationalement illicite de l'Etat, à savoir la violation d'une obligation internationale de l'Etat, ne serait pas remplie dans le cas d'espèce. Il n'y a donc pas lieu de prévoir à ce sujet une quelconque exception au principe énoncé au paragraphe 1 du présent article.

13) La règle générale énoncée au paragraphe 1 de l'article 7, prévoyant l'attribution à l'Etat des comportements des organes des collectivités publiques territoriales, n'exclut évidemment pas la possibilité pour les Etats d'adopter, par voie conventionnelle, une règle spéciale différente, destinée à prévaloir sur la règle générale dans des domaines déterminés. Il arrive ainsi que dans certains traités auxquels sont parties des Etats fédéraux on trouve insérée une clause dite « fédérale », par laquelle on exclut la responsabilité de l'Etat fédéral au cas où l'inexécution du traité découle du fait que la constitution ne lui fournit pas les moyens d'obliger les Etats fédérés à respecter le traité. Il s'agit là, évidemment, d'une dérogation à la règle générale, dérogation qui vaut exclusivement dans les rapports entre les Etats parties au traité en question, et relativement aux matières auxquelles le traité se réfère.

14) La règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 7 a son origine et trouve sa raison d'être dans la nécessité de tenir compte d'un phénomène typique de notre temps :

celui de la prolifération des entités qui, dans le cadre d'une même collectivité, se trouvent être habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique. Il n'y a pas lieu de s'attarder ici à rechercher les causes multiples de ce phénomène. Il suffit de constater que, de plus en plus, on assiste à l'intérieur des collectivités étatiques à la formation d'établissements, d'institutions (en un mot, d'« entités »), qui sont chargés par le droit interne d'accomplir certaines tâches dans l'intérêt de la collectivité, mais qui ont, au regard du droit, une organisation et une personnalité propres, distinctes de celles de l'Etat. Et parmi ces différentes « entités » — quel que soit d'ailleurs le régime auquel elles sont soumises —, il y en a qui se caractérisent précisément par le fait que l'ordre juridique interne leur confère, dans une mesure plus ou moins large, l'exercice de certaines prérogatives de la puissance publique, normatives ou exécutives notamment.

15) Comme il s'agit d'un phénomène dont les développements sont relativement récents, il est normal que les précédents offerts par la pratique des Etats ne soient pas nombreux. Dans la demande d'informations adressée aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930, aucun point ne visait expressément le cas d'entités autres que les collectivités publiques territoriales exerçant des « fonctions publiques d'ordre législatif ou administratif » (point VI). Toutefois, en répondant aux questions posées au titre de ce point, certains gouvernements firent remarquer que la responsabilité de l'Etat subsistait aussi pour les actions ou omissions d'entités collectives autres que celles qui avaient un caractère local, pour autant que de telles entités se trouvaient elles aussi chargées de fonctions publiques de la même nature<sup>579</sup>. La réponse la plus intéressante, de ce point de vue, a été celle du Gouvernement allemand. D'après ce gouvernement :

[...] lorsque, en vertu d'une délégation de pouvoir, les collectivités exercent des fonctions publiques, comme, par exemple, des fonctions de police, ou des droits de souveraineté, ce qui est le cas, par exemple, quand elles perçoivent des impôts pour leurs propres besoins [...], les principes qui régissent la responsabilité de l'Etat, pour ses organes, s'appliquent d'une façon analogue. Au point de vue du droit international, il est indifférent qu'un Etat, par exemple, remplisse intégralement la fonction de police par ses propres agents ou qu'il en charge, dans une mesure plus ou moins étendue, des corporations autonomes.

En tant que, par contre, les collectivités, agissant en dehors de la sphère désignée, commettent à l'égard de ressortissants étrangers des actes contraires au droit international, seront applicables, d'une façon analogue, les principes qu'on trouvera exposés sous le n° VII concernant les conditions de la responsabilité de l'Etat, si des ressortissants étrangers ont été lésés par des particuliers dans leurs droits reconnus par le droit international.

L'exposé fait au sujet du présent point vaut pratiquement, en première ligne, pour les collectivités de droit public, particulièrement pour les corps administratifs dotés du droit de gestion autonome, mais il est également applicable quand l'Etat charge, exceptionnellement, de fonctions publiques des organisations privées ou autorise de telles organisations à exercer des droits de souveraineté, comme c'est le cas, par exemple, quand des fonctions de police sont conférées à une compagnie de chemins de fer privée<sup>580</sup>.

<sup>579</sup> SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 90 et suiv.

<sup>580</sup> *Ibid.*, p. 90.

Le Comité préparatoire parvint alors à la conclusion qu'il était utile de viser tout à la fois et les collectivités publiques territoriales, comme les communes et les provinces, et aussi plus généralement les « institutions autonomes » qui exercent des fonctions publiques d'ordre législatif ou administratif. Il dressa donc, à ce sujet, une base de discussion dont le texte était le suivant :

La responsabilité de l'Etat se trouve engagée si le dommage subi par un étranger résulte des actes ou omissions de collectivités (communes, provinces, etc.) ou institutions autonomes qui exercent des fonctions publiques d'ordre législatif ou administratif, lorsque ces actes ou omissions sont contraires aux obligations internationales de l'Etat<sup>581</sup>.

La Troisième Commission de la Conférence n'eut malheureusement pas le temps d'arriver à l'examen et à l'adoption de cette base de discussion.

16) Les quelques auteurs modernes qui ont étudié le problème ont mis en évidence les raisons logiques qui imposent d'attribuer à l'Etat, sur le plan du droit international, le comportement des organes des entités envisagées ici<sup>582</sup>. Le principe de cette attribution se retrouve d'ailleurs dans certains projets de codification, exprimé par des formules qui varient et qui sont plus ou moins vastes<sup>583</sup>.

17) De l'avis de la Commission, les raisons qui font répondre par l'affirmative à la question de savoir si l'on doit attribuer à l'Etat, sur le plan du droit international, le comportement des organes de ses collectivités publiques territoriales sont celles qui font répondre de la même manière à cette question lorsqu'il s'agit d'organes d'entités dont l'existence distincte répond à un besoin de décentralisation non pas *ratione loci*, mais *ratione materiae*. Dans les deux cas, il importe d'éviter que l'Etat puisse se soustraire dans certaines circonstances à la responsabilité internationale uniquement parce qu'il a confié en partie l'exercice de certaines prérogatives à des entités séparées de l'appareil étatique proprement dit. La CDI croit pouvoir conclure pour sa part à l'existence, en la matière, d'une règle déjà établie: elle est de surcroît convaincue que, même s'il n'en était pas ainsi, les exigences de clarté des rapports interna-

tionaux et la logique même des principes qui les régissent voudraient qu'on parvienne à affirmer une telle règle dans le cadre du développement progressif du droit international.

18) Le choix des critères d'après lesquels il convient de désigner les entités qui font l'objet du paragraphe 2 du présent article n'est pas facile, étant donné que celles-ci présentent des caractéristiques très variables d'un cas à l'autre, que leur sphère d'action s'étend à des matières très diverses, et que celles qui sont soumises à des régimes qui peuvent être très différents. Le fait que l'entité puisse se définir comme publique ou comme privée d'après les critères d'un ordre juridique déterminé, qu'il y ait une participation plus ou moins large de l'Etat dans son capital ou, de manière plus générale, dans la propriété de ses biens, qu'elle soit soumise ou non au contrôle de l'Etat (et ce dans une mesure plus ou moins étendue), etc., n'apparaissent pas comme des critères décisifs aux fins de l'attribution ou non à l'Etat d'un comportement de ses organes. Par conséquent, la Commission est parvenue à la conclusion que la solution la plus appropriée est de se référer au vrai trait commun de ces entités, qui est d'être habilitées, même si c'est exceptionnellement et dans une mesure restreinte, à l'exercice de fonctions déterminées qui s'apparentent à celles qu'exercent normalement des organes de l'Etat. La justification de l'attribution à l'Etat, d'après le droit international, du comportement d'un organe de l'une ou de l'autre des entités ici envisagées réside toujours, en dernière analyse, dans le fait que le droit interne de l'Etat a conféré à l'entité en question l'exercice de certaines prérogatives de la puissance publique. Il va de soi que, pour pouvoir être considéré comme un fait de l'Etat à des fins de responsabilité internationale, le comportement de l'organe d'une entité de ce genre doit avoir trait à un secteur d'activité à l'égard duquel l'entité en question est chargée de l'exercice des prérogatives indiquées. Ainsi, par exemple, le comportement d'un organe d'une société de chemins de fer à laquelle certains pouvoirs de police ont été réservés sera considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international s'il entre dans le cadre de l'exercice de ces pouvoirs.

19) En ce qui concerne la formulation de la règle, la Commission a jugé préférable de réunir en un seul article toutes les hypothèses de comportements d'organes d'entités dotées, d'après le droit interne de l'Etat, d'une personnalité distincte de l'Etat, mais habilitées par ce même droit à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, que ce soit en vertu de l'application d'un critère normal de décentralisation *ratione loci* de l'exercice de la puissance publique, ou bien pour répondre à une exigence plus exceptionnelle et plus limitée de décentralisation *ratione materiae* de certaines prérogatives de ladite puissance publique. A cette fin, le terme « entité » a été utilisé dans le titre de l'article comme étant à la fois le plus neutre, le plus facile à traduire dans les différentes langues, et aussi celui qui était doté d'une acception suffisamment vaste pour englober des réalités aussi différentes que des collectivités publiques territoriales, des établissements publics, des entités « parastatales », des institutions publiques diverses, et même, dans des cas spéciaux, des sociétés de droit privé.

<sup>581</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>582</sup> Voir p. ex. G. Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1961, t. III, p. 193; G. Ballardore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, 8<sup>e</sup> éd. rev., Milan, Giuffrè, 1962, p. 129; Münch., *op. cit.*, p. 200 et 201; Amerasinghe, « Imputability... » (*loc. cit.*), p. 103.

<sup>583</sup> Le projet du professeur Roth utilise une formule très large en son article 1<sup>er</sup> en attribuant à l'Etat comme source de responsabilité les actes commis « par toutes les personnes physiques ou morales auxquelles il a confié l'exercice de fonctions publiques » (*Annuaire...*, 1969, vol. II, p. 158, doc. A.CN.4/217 et Add.1, annexe X). Le projet établi en 1930 par la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, au paragraphe 3 de l'article 1<sup>er</sup>, mentionne à ces fins, à côté des différents pouvoirs de l'Etat, les « personnes morales et institutions qui exercent des fonctions officielles » (*ibid.*, p. 155, doc. A.CN.4/217 et Add.1, annexe VIII). De l'article 17 du projet préparé en 1961 par la Harvard Law School (*ibid.*, p. 151, doc. A.CN.4/217 et Add.1, annexe VII), on peut déduire que l'on considère comme attribuables à l'Etat les actes des organes d'entités dotées d'une personnalité distincte de l'Etat, de nature non commerciale, ou même commerciale, mais pour lesquelles l'Etat ferait valoir sur le plan international l'immunité de juridiction. Cette conclusion est confirmée dans le commentaire du paragraphe 169 de la *Restatement of the Law* élaborée en 1965 par l'American Law Institute (v. American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul [Minn.], American Law Institute Publishers, 1965, p. 513).

20) Au paragraphe 1 du texte de l'article, l'expression « collectivité publique territoriale de cet Etat » a été préféré à d'autres parce qu'elle est traditionnellement utilisée dans la langue française pour couvrir toutes les catégories différentes d'entités, depuis les communes jusqu'aux Etats membres d'un Etat fédéral, qui répondent à un critère de décentralisation *ratione loci* de la puissance publique. Elle permet de comprendre quelles sont les entités auxquelles on se réfère sans qu'il soit nécessaire de fournir une énumération des entités en question, énumération qui présente toujours des risques. Une expression correspondante est d'ailleurs utilisée en langue espagnole et dans toutes les langues néo-latines en général. En anglais, l'expression « territorial governmental entity within a State » a été adoptée comme ayant la même acception que l'expression française indiquée. Au paragraphe 2, le choix de l'expression « entité [...] habilitée [...] à exercer des prérogatives de la puissance publique » a paru le mieux répondre à l'exigence d'indiquer dans les différentes langues la nature des fonctions que l'entité en question doit être appelée à exercer pour pouvoir entrer dans le champ d'application du présent article.

Article 8

Attribution à l'Etat du comportement  
de personnes agissant en fait pour  
le compte de l'Etat

Est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si :

a) il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de cet Etat; ou

b) cette personne ou ce groupe de personnes se trouvait exercer en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives.

Commentaire \*/

1) Aux articles 5 et 7 du présent projet est prévue l'attribution à l'Etat sujet de droit international, comme source éventuelle d'une responsabilité de sa part, des comportements des organes faisant partie de la structure proprement dite de l'Etat, ainsi que des organes des collectivités publiques territoriales de l'Etat ou d'autres entités habilitées elles aussi par le droit interne à exercer certaines prérogatives de la puissance publique. Par là, on couvre le vaste secteur de tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, se trouvent formellement chargés par le droit interne de l'Etat d'agir pour le compte de la collectivité. L'article 8 vient compléter ces deux articles en prévoyant la possibilité d'attribuer à l'Etat sujet de droit international le comportement de personnes (individus ou entités privées) ou de groupes de personnes ayant agi en fait, dans des circonstances déterminées, pour le compte de l'Etat, sans pourtant avoir reçu à cette fin une investiture formelle en tant qu'organes de la part du système juridique étatique. L'*alinéa a* se réfère aux personnes ou groupes de personnes

qui ont commis certains agissements en y étant poussés en fait par des organes de l'Etat ou de l'une des autres entités visées à l'article 7, ou encore en étant chargés par lesdits organes d'exécuter certaines fonctions ou certaines activités sans pourtant que cela se traduise par une attribution formelle de la qualité d'organe. L'*alinéa b* prévoit le cas de personnes ou groupes de personnes qui, bien que n'étant nullement liés, ni de façon formelle ni *de facto*, à l'appareil de l'Etat ou de l'une des autres entités visées à l'article 7, ont agi, dans des circonstances exceptionnelles, en assumant spontanément l'exercice de certaines prérogatives de la puissance publique.

2) En ce qui concerne l'hypothèse envisagée à l'*alinéa a*, la CDI a entendu y faire entrer notamment les cas où les organes de l'Etat font compléter leur propre action et celle de leurs dépendants par l'action de personnes ou de groupes privés qui agissent à titre d'« auxiliaires » tout en restant en dehors des structures officielles de l'Etat. Dans le même contexte, la Commission a voulu se référer aux cas, bien connus, où les organes de l'Etat ou de l'une des autres entités habilitées par le droit interne à l'exercice de prérogatives de la puissance publique préfèrent (pour des raisons qui peuvent varier et qui, en tout cas, se comprennent d'elles-mêmes) ne pas se charger directement de certaines tâches, ne pas exécuter eux-mêmes certaines besognes. Ils se servent alors de personnes ne faisant pas formellement partie de l'appareil de l'Etat ou de l'une des autres entités mentionnées : ils s'adressent à des particuliers ou groupes de particuliers pour que ceux-ci se chargent de l'exécution des tâches ou besognes en question, sans en être pour cela formellement rattachés auxdites structures – sans, en d'autres termes, devenir en droit des organes de l'Etat ou des autres entités mentionnées. La Commission a été d'avis que, compte tenu aussi du rôle important que joue le principe de l'effectivité dans l'ordre juridique international, ce dernier doit nécessairement tenir compte, dans les cas envisagés, de l'existence d'un lien réel entre la personne qui agit et l'appareil de l'Etat, plutôt que de l'absence entre eux d'un lien juridique formel. Les comportements que les personnes ou les groupes en question adoptent ainsi en fait pour le compte de l'Etat doivent donc être considérés comme des faits de l'Etat d'après le droit international, c'est-à-dire comme des faits susceptibles, le cas échéant, de constituer la source d'une responsabilité internationale à la charge de l'Etat.

3) Le bien-fondé de cette conclusion est confirmé par la jurisprudence et la pratique internationales, même si la première n'a eu à s'occuper qu'occasionnellement des agissements des personnes envisagées à l'*alinéa a*. Les hypothèses qui se sont concrétisées dans la réalité de la vie internationale sont surtout celles où les activités des personnes en question étaient plus particulièrement susceptibles de les amener à entrer en contact avec l'étranger. Ce sont, d'une part, les comportements de particuliers ou de groupes de particuliers qui, tout en restant tels, sont utilisés comme auxiliaires des forces de police ou des corps armés ou envoyés comme « volontaires » dans des pays voisins et, d'autre part, les agissements de personnes chargées de l'exécution de certaines missions en territoire étranger que l'on a principalement pris en considération pour les attri-

\* Annuaire ... 1974, vol. II  
(première partie), p. 294 à 297.

buer à l'Etat en tant que faits générateurs d'une responsabilité internationale.

4) Comme exemple du premier ensemble de situations, on peut mentionner la décision rendue, le 30 novembre 1925, par un tribunal arbitral anglo-américain dans l'*Affaire Earnshaw and others* (« Zafiro » case). Le tribunal indiqua que les agissements de l'équipage d'un navire commercial américain étaient attribuables aux Etats-Unis d'Amérique et engageaient la responsabilité internationale de cet Etat, puisqu'il avait été établi que ce navire, tout en étant privé, agissait en fait comme ravitailleur de la flotte pour les opérations de guerre maritime des Etats-Unis — à cette fin, son capitaine et son équipage prenaient leurs ordres d'un officier de la marine militaire américaine<sup>584</sup>. Un autre exemple est fourni par la décision rendue, le 15 juillet 1927, par la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique dans l'*Affaire Stephens*. Se référant à un groupe de gardes qui ne faisaient pas partie de l'armée mexicaine, mais dont celle-ci s'était servie comme auxiliaires, la Commission remarqua :

Il est difficile de déterminer avec précision le statut de ces gardes en tant qu'auxiliaires irréguliers de l'armée, d'autant plus qu'ils ne portaient ni uniformes ni insignes, mais en tout cas ils « agissaient pour » le Mexique.

Sur ce fondement, la Commission des réclamations conclut que l'action d'une personne faisant partie de ces groupes de gardes employés comme auxiliaires engageait la responsabilité du Mexique au même titre que celle des membres des forces armées régulières<sup>585</sup>.

5) A propos du deuxième ensemble de situations, on peut citer les affaires *Black Tom* et *Kingsland*, où il était question d'actes de sabotage commis aux Etats-Unis d'Amérique au cours de la première guerre mondiale par des personnes agissant pour le compte de l'Allemagne. La Commission mixte des réclamations germano-américaine, instituée en vertu de l'accord du 10 août 1922, affirma, dans sa décision du 16 octobre 1930, que s'il était prouvé que les dommages dont on se plaignait étaient dus à l'action des personnes en question, l'Allemagne devait en porter la responsabilité<sup>586</sup>. Dans le même contexte, on peut se référer aussi aux positions prises par des Etats à l'occasion d'incidents concernant des cas notoires d'enlèvement de personnes se trouvant sur le territoire d'un autre

Etat : affaires *Rossi*<sup>587</sup>, *Jacob*<sup>588</sup>, *Eichmann*<sup>589</sup> et *Argoud*<sup>590</sup>. Dans tous ces cas, les différends qui opposèrent l'Etat sur le territoire duquel l'enlèvement avait eu lieu et l'Etat pour le compte duquel les personnes qui avaient exécuté l'enlèvement étaient soupçonnées d'avoir agi ont porté exclusivement sur les faits, et non pas sur le point — généralement admis par les deux parties — que, si l'on peut prouver que les personnes en question ont agi de concert et à l'instigation des organes d'un Etat, le fait de l'enlèvement doit être considéré comme un fait dudit Etat.

6) A côté des deux ensembles de situations qui viennent d'être mentionnés, on peut rappeler encore certaines positions prises lors d'incidents dus à des comportements de la presse, de la radio, de la télévision, etc. Il est arrivé que le pays qui se sentait lésé ait prétendu à l'existence d'une responsabilité internationale pour de tels comportements et invoqué comme argument à l'appui le fait que, dans le pays où ils s'étaient produits, la presse et les autres moyens d'information de masse dépendaient effectivement du gouvernement<sup>591</sup>.

7) Il semble inutile de s'attarder à relever d'autres exemples concrets d'application du principe consacré à l'alinéa a du présent article, ce principe étant pratiquement incontesté. Les auteurs de droit international ayant traité de la question<sup>592</sup> sont unanimes pour attribuer à l'Etat, sujet de droit international, le comportement de personnes agissant en fait pour le compte de ce dernier, sans avoir ni acquiescé pour cela la qualité d'organes ni de l'Etat lui-même

<sup>587</sup> Il s'agissait d'un enlèvement exécuté en Suisse en 1928 par des personnes agissant, vraisemblablement, d'entente avec la police italienne. Sur cette affaire, voir Scheuner, « Der Notenwechsel zwischen der Schweiz und Italien in der Angelegenheit Cesare Rossi », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Berlin, t. 1, 2<sup>e</sup> partie, 1929, p. 280 et suiv.

<sup>588</sup> Berthold Jacob avait été enlevé en territoire suisse en 1935 par des personnes manifestement chargées de la besogne par la Gestapo et transporté en Allemagne. Sur cet incident, voir Quéneudec, *op. cit.*, p. 49 ; et « Die deutsch-schweizerische Schiedsordnung im Falle Jacob », *die Friedens-Warte*, Genève, vol. 35, n° 4, 1935, p. 157 et 158.

<sup>589</sup> L'enlèvement d'Adolf Eichmann eut lieu en 1960 en territoire argentin. Voir, pour une analyse détaillée de cette affaire, la chronique donnée dans *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXXI, n° 4 (oct.-déc. 1960), p. 772 et suiv., et, à son égard, l'article de H. Silving : « *In re* Eichmann : A dilemma of law and morality », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 55, n° 2, avril 1961, p. 311 et suiv.

<sup>590</sup> Le colonel Argoud fut enlevé en territoire allemand et transporté en France en 1963 par des personnes soupçonnées d'agir pour le compte de la police française. Voir, à ce sujet, les renseignements donnés dans la *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 25, n° 2, mai 1965, p. 295 et suiv. ; *ibid.*, vol. 27, n° 1-2, 1967, p. 188 et 189 ; et A. Cocatre-Zilgien, *L'affaire Argoud — Considérations sur les arrestations internationalement irrégulières*, Paris, Pedone, 1965.

<sup>591</sup> Voir aussi, pour des exemples tirés de la pratique, E. Zellweger, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates für die Presse*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1949, p. 40 et suiv.

<sup>592</sup> Voir B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 196 et 197 ; P. Reuter, « La responsabilité internationale », *Droit international public* (cours), Paris, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956, p. 90 et suiv. ; J.-P. Quéneudec, *op. cit.*, p. 47 et suiv. ; G. Ténékidès, « Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1969, vol. II, p. 787 ; P. Kuris, *Mejdunarodnye pravonarouchenia i otvetstvennost gossoudarstva*, Vilnius, Mintis, 1973, p. 178.

<sup>584</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1955.V.3), p. 160 et suiv.

<sup>585</sup> *Ibid.*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 267 [tr. du Secrétariat de l'original anglais].

<sup>586</sup> *Affaire Lehigh Valley Railroad Co. and Others (Black Tom and Kingsland cases)* [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VIII (publication des Nations Unies, numéro de vente : 58 V.2), p. 84 et suiv.]. Dans cette décision, la Commission estima que cette preuve n'avait pas été fournie, par conséquent, elle décida le cas en faveur de l'Allemagne. Par la suite, il fut prouvé, sur la base de nouvelles données, que les dommages avaient été réellement causés par des saboteurs allemands, la Commission révisa donc sa décision précédente et déclara l'Allemagne responsable des dommages causés (décision du 15 juin 1939 [*ibid.*, p. 458 et 459]). Sur cette affaire, voir L. H. Woolsey, « The arbitration of the sabotage claims against Germany », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 33, n° 4 (octobre 1939), p. 737 et suiv.

ni d'une autre entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique.

8) La CDI tient néanmoins à souligner tout particulièrement que, dans chaque hypothèse concrète où il s'agit d'établir une responsabilité internationale de l'Etat, il doit effectivement être prouvé que la personne ou le groupe de personnes ont vraiment été chargés par des organes de l'Etat de remplir une certaine fonction ou d'exécuter une certaine tâche, qu'ils ont accompli une besogne donnée sur l'instigation de ces organes. Là où une telle preuve manque, le comportement des personnes envisagées ne peut relever que des dispositions de l'article ultérieur du projet qui sera consacré aux comportements que des individus ou des groupes d'individus ont adoptés en qualité de simples particuliers. C'est pour ces raisons qu'à l'alinéa a de l'article 8 le libellé adopté par la Commission commence par les mots « il est établi ».

9) En ce qui concerne l'hypothèse envisagée à l'alinéa b, l'attention de la CDI a surtout été retenue par les circonstances où, pour une raison ou pour une autre, les autorités administratives régulières ont disparu. Au cours de la seconde guerre mondiale, par exemple, dans des pays belligérants ou autrement soumis à une invasion, des administrations locales se sont enfuies devant l'envahisseur ou, plus tard, devant les armées de libération. Il est arrivé alors que des personnes aient spontanément assumé, dans l'intérêt de la collectivité, la gestion provisoire de certaines affaires publiques, ou que des comités de particuliers aient provisoirement pris en main l'administration, émis des ordonnances, accompli des actes, géré des biens, prononcé des jugements, etc. — en un mot, exercé des prérogatives de la puissance publique. Dans de pareilles circonstances, il peut aussi arriver que des particuliers assument spontanément des fonctions de caractère militaire, par exemple là où la population civile d'une ville menacée d'invasion s'arme et organise elle-même la défense des lieux<sup>593</sup>. Il y a d'autres situations où une carence des organes de l'administration est due à des événements naturels : tremblement de terre, inondation ou autre forme de sinistre de grandes proportions. Là aussi, des particuliers, nullement investis par le droit interne d'une fonction publique, peuvent être amenés à en assumer l'exercice pour faire marcher des services qui ne peuvent être interrompus, ou même qui doivent justement être assurés vu la situation exceptionnelle<sup>594</sup>.

<sup>593</sup> On peut rappeler que l'article 2 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Dotation Carnegie pour la paix internationale. *Les conventions et déclarations de La Haye de 1899 et 1907* [avec une introd. de J. B. Scott]. New York, Oxford University Press, 1918, p. 107 et 108), annexé à la Convention IV de La Haye, du 18 octobre 1907, étend la considération comme « belligérant » à la population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de s'organiser. D'après A. Verdross (*Völkerrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Vienne, Springer, 1964, p. 350), les agissements de cette population sont attribuables à l'Etat et ce dernier en est responsable. Des réflexions analogues peuvent être faites à l'égard de l'article 4, par. A, al. 6, de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 141).

<sup>594</sup> Voir, pour des exemples, E. Sayagués Liso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, Tip. Bianchi Altuna, 1953, vol. I, p. 301; M. Waline, *Droit administratif*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1959, p. 401;

10) Ce qui distingue les cas envisagés maintenant de ceux qui sont traités à l'alinéa a, c'est que les personnes ou groupes de personnes dont il s'agit ici ont assumé l'exercice des fonctions indiquées de leur propre initiative, sans en avoir été chargés ou y avoir été amenés par des organes de l'Etat ou de l'une des entités indiquées à l'article 7. Elles agissent, d'ailleurs, dans bien des cas, à l'insu des organes officiels. Il n'existe donc de lien ni formel ni réel avec l'appareil de l'Etat ou d'une des entités auxquelles le droit interne de l'Etat a confié l'exercice de prérogatives de la puissance publique.

11) La question se pose alors de savoir si l'on doit aussi considérer ces comportements comme des faits de l'Etat d'après le droit international, susceptibles d'engager sa responsabilité internationale s'ils constituent la violation d'une obligation internationale de l'Etat. La pratique internationale en la matière est très réduite, ce qui ne saurait surprendre, vu le caractère plutôt exceptionnel des situations envisagées — et, surtout, de l'hypothèse où les comportements en question pourraient constituer des faits internationalement illicites. Mais la CDI a, d'autre part, constaté que les législations nationales considèrent souvent de tels comportements comme des comportements de l'Etat sur le plan du droit interne et tiennent même l'Etat pour responsable de ces agissements. D'après la Commission, l'Etat sujet de droit international doit donc à plus forte raison porter la responsabilité de ces comportements quand ceux-ci ont abouti à la violation d'une obligation internationale dudit Etat<sup>595</sup>. Le critère dont semble devoir s'inspirer le droit international dans ce domaine est de tenir compte davantage de la nature de l'activité exercée que du rattachement formel de celui qui agit à l'organisation de l'Etat ou de l'une des entités considérées à l'article 7. Les quelques auteurs ayant traité du cas des personnes privées qui, dans ces circonstances exceptionnelles, assument spontanément l'exercice de certaines prérogatives de la puissance publique partagent ce point de vue<sup>596</sup>. La Commission tient toutefois à souligner que, étant donné qu'il s'agit de personnes sans aucun rattachement préexistant à l'appareil de l'Etat ou à l'une des autres entités auxquelles le droit interne a confié l'exercice de prérogatives de la puissance publique, l'attribution à l'Etat de leurs comportements ne saurait être admise que dans des cas vraiment exceptionnels. Elle est unanime pour indiquer à ce propos que les conditions suivantes doivent être réunies : il faut, en premier lieu, que le comportement de la personne ou du groupe de personnes se rapporte effectivement à l'exercice de prérogatives de la puissance publique; en deuxième lieu, que le comportement ait été adopté vu la carence des autorités officielles (c'est-à-dire des organes de l'Etat ou d'une des entités dont traite l'article 7) et, en outre,

C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 8<sup>e</sup> éd., Padoue, CEDAM 1969, vol. I, p. 219 et 220; A. Grisel, *Droit administratif suisse*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1970, p. 236 et 237.

<sup>595</sup> Cela, naturellement, même lorsque le droit interne de l'Etat ne considère pas de tels comportements comme attribuables à l'Etat.

<sup>596</sup> Ainsi p. ex. Reuter, « La responsabilité internationale » (*loc. cit.*), p. 90; Quéneudec, *op. cit.*, p. 45; Kuris, *op. cit.*, p. 178.

dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives de la part de personnes privées — c'est-à-dire, en dernier ressort, dans l'une des circonstances dont il a été question plus haut<sup>597</sup>.

12) La CDI tient à préciser que le cas des personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat dans les circonstances prévues par le présent article ne doit pas être confondu avec le cas de ce qu'on appelle les « gouvernements *de facto* ». Le cas des personnes visées à l'article 8 présuppose l'existence d'un gouvernement en fonctions et d'un appareil étatique dont ces personnes remplacent ou complètent l'action dans certaines circonstances, en restant étrangères audit appareil (tout en se conduisant en fait comme si elles en faisaient partie). Par contre, le gouvernement *de facto* est lui-même un appareil étatique ayant remplacé l'appareil étatique préexistant. On dénomme parfois « gouvernement *de facto* » ou « gouvernement *de facto* général »<sup>598</sup> un gouvernement qui, sans être investi selon des formes constitutionnelles prévues à l'avance, a pris entièrement et définitivement le pouvoir, le gouvernement précédent ayant disparu. La qualification en question n'est alors que l'expression de l'existence d'un problème de légitimité concernant l'origine du nouveau gouvernement — d'un problème qui ne subsiste, d'ailleurs, que pour autant qu'on se place du point de vue d'une règle constitutionnelle, qui, vraisemblablement, cessera elle-même d'exister, remplacée par une règle nouvelle écrite ou non écrite. Tout cela est sans pertinence en ce qui concerne les problèmes de la responsabilité internationale, pour lesquels nulle différence ne peut être faite entre un Etat régi par un gouvernement *de facto* et un Etat régi par un gouvernement *de jure*. Un Etat dont le gouvernement a été créé dans la pleine observance des formes constitutionnellement prévues et un Etat où le gouvernement est issu d'un changement révolutionnaire se trouvent confrontés avec la responsabilité internationale exactement dans les mêmes conditions et au même titre. L'organisation de l'Etat est présente dans un cas comme dans l'autre: les personnes faisant partie de cette organisation ne sont pas pour autant moins des « organes » — et de vrais organes — de l'Etat parce que le gouvernement a une origine *de facto* plutôt que *de jure*<sup>599</sup>. C'est

donc en application de l'article 5 du projet que leurs actions ou omissions sont attribuables à l'Etat.

13) En ce qui concerne la formulation de la règle, la CDI a estimé qu'il était préférable de traiter dans le même article des différentes hypothèses de comportements de personnes agissant pour le compte de l'Etat sujet de droit international sans avoir reçu une investiture formelle en tant qu'organes d'après le droit interne de celui-ci. On a cependant jugé opportun de distinguer, dans le cadre de cet article unique, le cas des personnes agissant à l'instigation d'un organe de l'Etat (ou de l'une des entités visées à l'article 7) du cas des personnes privées qui, dans des circonstances exceptionnelles, se chargent spontanément de fonctions comportant l'exercice de prérogatives de la puissance publique. Quant à l'ordre dans lequel les deux hypothèses sont mentionnées, la priorité est donnée à l'hypothèse, pour ainsi dire, plus « normale ». En matière de terminologie, le mot « personne » est préféré à « individu » afin d'englober aussi bien le particulier que, par exemple, une association ou une société privée. On a choisi l'expression « autorités officielles » pour couvrir à la fois les organes de l'Etat et ceux des entités indiquées à l'article 7.

<sup>597</sup> Voir ci-dessus par. 9.

<sup>598</sup> On appelle aussi « gouvernement *de facto* local » l'appareil d'un mouvement insurrectionnel qui, au cours de sa lutte contre le gouvernement *de jure*, a réussi à s'établir sur une partie du territoire de l'Etat. Le problème spécifique de l'attribution à l'Etat des comportements des organes d'un mouvement insurrectionnel dirigé contre cet Etat fera l'objet d'un article ultérieur du projet. Il suffit ici de souligner que même le cas des agissements des organes d'un « gouvernement *de facto* local » ne rentre pas dans le cadre des prévisions de l'article 8.

<sup>599</sup> Il y a longtemps que cet aspect a été mis en évidence dans la jurisprudence internationale. Voir p. ex. la décision du 17 octobre 1923 de l'arbitre W. H. Taft dans l'Affaire Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims (Tinoco Case) [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1940.V.2), p. 381 et 382]. Voir aussi les autres cas cités par B. Cheng (*op. cit.*, p. 188 et 189). Sur le problème de la responsabilité de l'Etat pour les comportements de gouvernements *de facto*, voir J. Spiropoulos, *Die de facto-Regierung im Völkerrecht (Beiträge zur Reform und Kodifikation des Völkerrechts*, no 2), Kiel, Verlag des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, 1926, p. 172 et suiv.; J. A. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht*, Cologne, Heymann, 1968, p. 70 et 71.

Article 9

Attribution à l'Etat du comportement  
d'organes mis à sa disposition par  
un autre Etat ou par une  
organisation internationale

Est de même considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe qui a été mis à sa disposition par un autre Etat ou par une organisation internationale, pour autant que cet organe ait agi dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat à la disposition duquel il se trouve.

*Commentaire \*/*

1) Lorsqu'un Etat met un de ses organes à la disposition d'un autre Etat pour qu'il agisse temporairement au bénéfice et sous l'autorité de cet autre Etat, il se peut que, en dérogation des dispositions des précédents articles, le comportement d'un tel organe soit considéré d'après le droit international comme un fait de l'Etat à la disposition duquel il se trouve et non pas de l'Etat dont il est l'organe. Une situation analogue peut se produire lorsque le « prêt » d'un organe à un Etat donné est effectué non pas par un autre Etat mais par une organisation internationale. Ces situations exceptionnelles font l'objet des dispositions du présent article, qui est surtout censé préciser les conditions qu'on exige réunies pour que le changement exceptionnel d'attribution se produise. Ces conditions indispensables sont au nombre de trois : a) l'organe mis à la disposition d'un Etat par un autre ou par une organisation internationale doit posséder le statut juridique d'« organe » de cet autre Etat ou de cette organisation au moment où il agit sous l'autorité de l'Etat bénéficiaire du « prêt » ; b) l'Etat bénéficiaire doit effectivement avoir la disposition de l'organe « prêté » au moment où ce dernier adopte le comportement susceptible d'engendrer

une responsabilité internationale; c) ledit comportement doit avoir été adopté par l'organe « prêté » dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat bénéficiaire.

2) La première de ces conditions est simple à définir : dans le cadre du présent article, on se réfère uniquement à l'hypothèse dans laquelle un Etat ou une organisation internationale a mis à la disposition d'un autre Etat *un de ses organes*, lequel organe n'a pas perdu sa qualité d'origine du seul fait qu'il remplit temporairement des fonctions sous l'autorité d'un Etat autre que le sien. Sont par conséquent exclus du domaine d'application de l'article 9 les comportements de personnes ou de groupes de personnes qui, au moment où lesdits comportements sont adoptés, sont de simples particuliers pour l'ordre juridique de l'Etat ou de l'organisation internationale d'envoi - parce qu'ils n'ont jamais revêtu le statut juridique d'organe de cet Etat ou de cette organisation ou parce qu'ils ont perdu ce statut lorsqu'ils ont été mis à la disposition d'un autre Etat. Les « experts » mis à la disposition d'un Etat dans le cadre des programmes d'assistance technique, par exemple, sont le plus souvent à considérer comme des particuliers et non pas comme des « organes » dans le système juridique de l'Etat ou de l'organisation d'envoi; et même s'ils y avaient auparavant un tel statut, ils l'ont souvent perdu au moment de leur détachement auprès d'un autre Etat. L'Etat bénéficiaire de la mise à sa disposition de l'expert peut, s'il le veut, conférer à ce dernier, dans son propre ordre juridique interne, le statut d'organe de l'Etat ou d'une des autres entités visées à l'article 7 du présent projet. On peut même envisager qu'il lui confie en fait certaines fonctions ou certaines tâches à remplir pour son compte en conformité avec l'article 8. Le comportement de l'expert en question pourra être attribué, d'après le droit international, à l'Etat bénéficiaire en tant que source éventuelle d'une responsabilité internationale à sa charge, mais cela en vertu des articles 5 à 8 du projet, et non de l'article 9. Si, par contre, l'Etat bénéficiaire se borne à utiliser les services de l'expert « prêté » par un autre Etat ou par une organisation internationale à l'instar de ceux de n'importe quel autre expert national ou étranger, c'est-à-dire sans qu'il cesse d'être un simple particulier, le comportement dudit expert n'est pas susceptible d'être considéré comme un fait de l'Etat bénéficiaire. Une responsabilité internationale de cet Etat ne sera alors concevable que dans les conditions habituelles dans lesquelles un Etat peut en général rencontrer une responsabilité à l'occasion d'agissements de simples particuliers.

3) Par contre, il n'est pas indispensable que l'organe mis à la disposition d'un Etat par un autre Etat soit, d'après l'ordre juridique interne de ce dernier, un organe faisant partie de l'appareil étatique proprement dit. Il peut aussi bien être un organe d'une collectivité publique territoriale ou, plus généralement, d'une quelconque entité habilitée par le droit interne de l'Etat d'envoi à l'exercice de prérogatives de la puissance publique. Il se peut, par exemple, qu'une ville soit victime d'un cataclysme et que la municipalité d'une ville étrangère mette temporairement son corps de sapeurs-pompiers à sa disposition. Il se peut aussi

qu'une ville vienne en aide à une ville étrangère en butte, par exemple, à une trop rapide croissance et mette temporairement son propre service d'urbanisme à sa disposition. Dans un cas comme dans l'autre, il n'est pas exclu que les organes ainsi « prêtés » soient amenés, dans l'exercice de leurs fonctions, à porter atteinte à des droits ou intérêts étrangers. La disposition de l'article 9 doit donc être entendue comme comprenant aussi l'hypothèse dans laquelle un Etat met à la disposition d'un autre Etat un organe faisant partie non pas de son propre appareil, mais de celui d'une autre entité habilitée par l'ordre juridique interne à l'exercice de prérogatives de la puissance publique.

4) La deuxième des conditions énoncées ci-dessus qui doivent être remplies pour qu'une situation concrète puisse entrer dans le cadre de celles qu'envisage l'article 9 est que le comportement en question émane d'un organe d'un Etat ou d'une organisation internationale qui a réellement été mis à la disposition d'un autre Etat. Cela exclut logiquement les hypothèses les plus courantes d'une activité sur le territoire d'un Etat d'organes d'un autre Etat ou d'une organisation internationale : à savoir celles où les organes en question se bornent à remplir dans un milieu territorial étranger des fonctions qui sont et qui restent le propre de l'Etat ou de l'organisation internationale d'appartenance. Aucun lien fonctionnel ne s'établit alors entre l'organe qui agit et l'appareil de l'Etat sur le territoire duquel il est appelé à agir. Cela vaut pour les agissements de l'organe en question menés sans le consentement ou même contre la volonté de l'Etat territorial (par exemple opérations militaires conduites contre cet Etat) comme pour les fonctions exercées avec le consentement dudit Etat (fonctions diplomatiques ou consulaires, par exemple, ou fonctions de représentation d'une organisation internationale). Dans les deux cas, il est évident que nul problème d'attribution des agissements des organes en question à l'Etat territorial ne saurait se poser. De tels agissements d'organes étatiques ne peuvent être considérés que comme des faits de l'Etat de l'appareil duquel l'organe fait partie, et cela en application de l'article 5 du projet. Ce point sera d'ailleurs précisé dans un article ultérieur, où l'on examinera plus spécialement les comportements adoptés sur le territoire d'un Etat par des organes d'un autre sujet de droit international.

5) La condition que l'organe dont il est question ait été « mis à la disposition » d'un Etat ne veut pas dire seulement que ledit organe doit se trouver chargé de fonctions propres à l'Etat à la disposition duquel il est mis. Cette condition demande aussi que, dans l'accomplissement des fonctions de l'Etat bénéficiaire qui lui ont été confiées, l'organe agisse en liaison avec l'appareil de cet Etat, sous la direction et le contrôle exclusifs de celui-ci, et non pas sur la base d'instructions lui parvenant de l'Etat d'envoi.

6) La deuxième condition énoncée exclut donc du champ d'application de la règle de l'article 9 les situations où l'exercice de certaines fonctions de l'Etat prétendument « bénéficiaire » se fait en dehors d'un consentement librement donné, comme c'est le cas quand un Etat, placé dans une situation de dépendance, de protectorat, d'union inégale, d'occupation territoriale, ou autre, est forcé de

tolérer que l'action de son propre appareil soit mise à l'écart et remplacée, dans des proportions plus ou moins larges, par celle de l'appareil d'un autre Etat. Dans ces cas, quel que soit le langage employé parfois pour sauver certaines apparences, l'Etat dominant, protecteur, etc., ne met pas du tout ses propres organes « à la disposition » de l'Etat dépendant, protégé, etc. : il ne fait que remplacer, dans des secteurs déterminés, l'activité des organes de cet Etat par celle de ses propres organes, qui continuent évidemment à agir sous sa direction et son contrôle. Aucune véritable « mise à la disposition » d'un Etat d'organes appartenant à un autre Etat n'a donc lieu dans de telles situations. Il s'agit plutôt d'un « transfert » de fonctions que d'un transfert d'« organes » – et cela en sens inverse, car c'est l'exercice de certaines fonctions que les organes de l'Etat territorial sont normalement chargés de remplir qui est transféré à des organes d'un autre Etat, qui y pourvoient sous l'autorité et le contrôle de ce dernier. Point de doute alors que les actions et omissions des organes en question soient, du point de vue du droit international, des faits de l'Etat dont ils sont les organes, et que de tels cas entrent uniquement dans le cadre de l'article 5 du projet d'articles.

7) Enfin, la deuxième des conditions exclut de la sphère d'application de la règle de l'article 9 les situations dans lesquelles des organes d'un autre Etat ou d'une organisation internationale exercent sur le territoire d'un Etat donné et avec son consentement des fonctions propres de ce dernier Etat, mais agissent néanmoins sous l'autorité, la direction et le contrôle de l'Etat ou de l'organisation d'envoi. Une telle situation peut se produire par exemple lorsqu'un Etat envoie sur le sol d'un autre Etat, qui se trouve confronté à une situation d'urgence déterminée, un contingent de ses propres services, mais sans le mettre à sa disposition, c'est-à-dire en gardant la direction et le contrôle des opérations des services détachés sur territoire étranger. Il est vrai que l'organe agit alors dans l'intérêt d'un Etat autre que son Etat d'appartenance et qu'il remplit des tâches qui incombent normalement aux organes de l'Etat bénéficiaire; mais ce qui importe est que, ce faisant, l'organe en question continue à agir en tant que membre de l'appareil de l'Etat d'envoi et sous son égide, et qu'aucun lien fonctionnel réel ne s'établit avec l'appareil de l'Etat bénéficiaire. Il n'y a donc pas lieu de prévoir pour de tels cas une exception à la règle générale énoncée à l'article 5 : les comportements des organes en question sont toujours, sur le plan du droit international, des faits de l'Etat d'appartenance de ces organes.

8) En conclusion, pour que l'on puisse affirmer qu'un organe d'un Etat ou d'une organisation internationale a été « mis à la disposition » d'un autre Etat et en conclure à l'applicabilité de l'article 9, il faut que l'organe en question agisse dans l'exercice de fonctions propres de l'Etat à la disposition duquel il se trouve, sous l'autorité, la direction et le contrôle de ce dernier, et qu'il soit tenu de se conformer, le cas échéant, à des instructions de ce même Etat, et non pas à d'éventuelles instructions émanant de son Etat d'appartenance.

9) La troisième condition qui doit être remplie pour qu'une situation déterminée entre dans les prévisions de l'article 9 est que l'organe mis à la disposition d'un Etat

par un autre Etat ou par une organisation internationale agisse dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat bénéficiaire. En d'autres termes, on ne saurait prétendre à l'application de la règle de l'article 9 là où un organe d'un Etat ou d'une organisation internationale mis comme tel à la disposition d'un Etat donné se trouve agir dans le cadre de l'ordre juridique interne de l'Etat bénéficiaire, mais en tant que simple particulier. Il est fréquent, en effet, qu'un Etat mette à la disposition d'un autre Etat un de ses organes et que l'Etat bénéficiaire se borne à employer cet organe en tant que simple expert, conseiller, etc., sans pour autant lui confier l'exercice de tâches officielles normalement remplies par ses propres organes. Si cette dernière condition essentielle n'est pas réunie, on ne saurait évidemment considérer en droit international comme un fait de l'Etat bénéficiaire un comportement adopté par l'organe mis à sa disposition. Il n'y aura fait de l'Etat que lorsque l'organe prêté par un Etat étranger sera effectivement chargé d'agir comme s'il était un organe de l'Etat bénéficiaire, c'est-à-dire lorsque le comportement envisagé aura été adopté dans un domaine où ledit organe se sera vu confier l'exercice de fonctions constituant des vraies prérogatives du pouvoir public, et non pas uniquement des tâches à exécuter à titre exclusivement personnel, aussi importantes qu'elles puissent être.

10) Comme exemples des situations dans lesquelles une application de la règle prévue à l'article 9 pourrait entrer en ligne de compte, on a mentionné à la CDI le cas où certains comportements seraient adoptés par un détachement de police mis à la disposition d'un Etat pour faire face à des troubles internes, ou par une section de services sanitaires ou autres placée sous les ordres d'un pays pour aider à maîtriser une épidémie ou à faire face aux conséquences d'un fléau naturel, ou par des fonctionnaires d'un Etat ou d'une organisation internationale chargés par un autre Etat d'administrer sur son territoire un service public que ses fonctionnaires, dans des circonstances données, ne sont pas à même de gérer, ou encore par des organes judiciaires chargés dans des cas particuliers d'œuvrer comme organes judiciaires d'un autre Etat, etc. Des situations concrètes ont été mentionnées : par exemple, celle du Privy Council britannique fonctionnant comme instance suprême d'appel pour la Nouvelle-Zélande; celle d'organes judiciaires du Nigéria chargés de fonctionner aussi comme président de la Cour suprême du Botswana et de celle de l'Ouganda et comme président de la « Court of Appeal » de la Gambie. On a rappelé que le Nigéria a aussi mis à la disposition d'autres Etats africains certains de ses propres fonctionnaires administratifs, temporairement chargés de l'organisation de services de l'administration de l'Etat bénéficiaire.

11) A propos des cas possibles d'application de la règle de l'article 9, la Commission s'est aussi demandé si l'envoi par un Etat sur le territoire d'un autre Etat de contingents armés, pour y être stationnés ou employés à des opérations militaires, était ou non susceptible de rentrer dans le cadre desdits cas. Toutefois, il a été mis en évidence que des situations de ce genre ne rentraient généralement pas dans le cadre de la règle énoncée au présent article. Les forces armées qu'un Etat envoie sur territoire étranger à des fins militaires défensives ou offensives ne sont pas des forces

« mises à la disposition » de l'Etat sur le territoire duquel on les envoie — du moins dans le sens dans lequel l'expression « mis à la disposition » doit être entendue à l'article 9. Il ne faut pas se laisser troubler par l'emploi éventuel dans un sens différent de cette expression ou d'autres expressions analogues. Envoyer des troupes sur le territoire d'un autre Etat pour engager de concert, à partir de ce territoire, des opérations contre un Etat tiers ou pour aider à contenir une attaque provenant de cet Etat, y faire stationner des contingents de ses propres forces en temps de paix pour assurer dans un commun intérêt la défense du pays contre des dangers extérieurs, aider l'Etat territorial avec ses propres forces militaires dans une guerre civile sévissant dans le pays : ce sont toutes des situations qu'on peut appeler une « aide » militaire — licite ou illicite, suivant le cas — fournie à un autre Etat, mais non pas une « mise à la disposition » de cet Etat des forces envoyées sur son sol. Les forces en question restent d'habitude à la disposition de leur Etat d'appartenance, agissent sous ses ordres, sous son contrôle, selon ses directives et, ce qui est plus important, exercent par leurs actes une prérogative caractéristique de la puissance publique de cet Etat, non pas de l'Etat territorial. Les agissements de ces forces ou de leurs membres sont en tout état de cause des faits de l'Etat auquel elles appartiennent. Il pourrait entrer en ligne de compte une responsabilité éventuelle et conjointe de l'Etat territorial, mais à un tout autre titre : du fait, par exemple, de tolérer des actions déterminées de ces troupes étrangères, ou même seulement, dans certains cas, d'admettre leur présence sur son propre territoire — mais cette responsabilité serait alors le résultat de l'application des prévisions d'autres règles et non pas de celle qui est énoncée au présent article.

12) Cela ne veut évidemment pas dire qu'il faille exclure complètement la possibilité, exceptionnelle, qu'un Etat mette véritablement à la disposition d'un autre Etat un contingent de ses propres forces armées, et cela afin que cet autre Etat l'emploie sous son autorité et sous son contrôle et le charge de tâches pouvant comporter l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat bénéficiaire. Mais dans ce cas le contingent en question sera vraisemblablement affecté à des tâches spéciales, différentes de celles auxquelles des forces armées sont normalement destinées. On a rappelé à ce propos que, lors du tremblement de terre qui ravagea le Pérou en 1970, des contingents de l'armée soviétique et de la marine des Etats-Unis d'Amérique ainsi qu'un régiment du génie suédois furent mis, par l'intermédiaire de l'ONU, à la disposition du Gouvernement péruvien pour procéder à des opérations de secours, qui se déroulèrent sous le contrôle et les directives de ce gouvernement et qui comportèrent certainement l'exercice de prérogatives de la puissance publique. D'autres exemples analogues ont aussi été évoqués. Partant, la Commission a été unanime pour reconnaître que, dans des cas de ce genre, il n'est nullement exclu que se créent des situations auxquelles les dispositions de l'article 9 devraient s'appliquer.

13) Le problème de la détermination de l'Etat auquel il faut attribuer, comme source éventuelle de responsabilité internationale, le comportement de l'organe d'un Etat mis

à la disposition d'un autre Etat (et qui agit donc sous l'autorité et dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de ce dernier) a été examiné dans la sentence arbitrale rendue le 9 juin 1931 dans l'*Affaire Chevreau* par l'arbitre Beichmann, nommé en vertu du compromis du 4 mars 1930 entre la France et le Royaume-Uni<sup>600</sup>. L'arbitre était saisi d'une réclamation française relative à des préjudices subis par un ressortissant français résidant en Perse, Julien Chevreau, arrêté à un moment donné par les forces britanniques opérant près des rives de la Caspienne, détenu ensuite et déporté parce que suspecté d'intelligence avec l'ennemi. Il s'agissait de trancher si le Royaume-Uni était ou non tenu d'indemniser Chevreau pour la perte de certains biens, livres et documents qui, selon ses dires, se trouvaient dans son logement lors de son arrestation et avaient été volés ou s'étaient perdus ensuite, par manque de vigilance de la part des autorités consulaires britanniques. En fait, sur la demande du consul de France à Reicht, à ce moment-là absent de Perse, les livres et documents de Chevreau avaient été envoyés au consul de Grande-Bretagne, qui gérait le consulat de France en l'absence de l'autorité consulaire française. Dans sa décision, l'arbitre rejeta la réclamation française, en observant

que le Gouvernement britannique ne saurait être tenu responsable d'une négligence dont son consul, en sa qualité de gérant du consulat d'une autre puissance\*, aurait pu se rendre coupable<sup>601</sup>.

La situation relevée dans le cas d'espèce rentrait donc précisément dans l'une des hypothèses formulées *supra* : celle où l'organe d'un Etat est chargé de gérer un service public d'un autre Etat, sous l'autorité de ce dernier, et cela en lieu et place d'un organe de cet autre Etat qui se trouve dans l'impossibilité d'exercer lui-même ses fonctions. Et la conclusion de l'arbitre, qui excluait la possibilité d'attribuer au Royaume-Uni une négligence commise par un organe de l'Etat britannique à un moment où il exerçait une fonction publique typique de l'Etat français, était manifestement basée sur la reconnaissance du principe qui, de l'avis de la Commission, doit régir la matière : une action ou omission commise par un organe d'un Etat agissant exceptionnellement sous l'autorité d'un autre Etat et dans l'exercice d'une prérogative de la puissance publique de cet autre Etat doit être considérée, d'après le droit international, comme le fait de cet autre Etat, et non pas de l'Etat d'appartenance de l'organe.

14) Les auteurs d'ouvrages scientifiques de droit international qui ont examiné le problème de la responsabilité internationale de l'Etat pour les comportements d'organes mis à sa disposition par un autre Etat ou par une organisation internationale s'expriment eux aussi en faveur de l'attribution de ces comportements à l'Etat bénéficiaire du « prêt » en question, pour autant que lesdits organes aient *vraiment* été mis à la disposition de l'Etat bénéficiaire, c'est-à-dire qu'ils soient soumis dans leur action

<sup>600</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.1), p. 1117 et suiv.

<sup>601</sup> *Ibid.*, p. 1141.

à l'autorité et au contrôle de cet Etat, et non pas à ceux de l'Etat ou de l'organisation internationale d'envoi<sup>602</sup>.

15) De l'avis de la Commission, le bien-fondé de la règle énoncée à l'article 9 ne saurait faire de doute. Le principe de l'attribution à un Etat déterminé du comportement d'un organe d'un autre Etat ou d'une organisation internationale effectivement mis à la disposition du premier Etat découle logiquement des critères qui sont ceux des règles formulées dans les articles qui précèdent. L'organe qui est « prêté » par un Etat à un autre Etat et qui, par conséquent, exerce son activité sous l'autorité et le contrôle de ce dernier n'agit pas en tant qu'organe de son Etat d'appartenance. Ses agissements ne sont pas plus attribuables à ce dernier Etat que ne le seraient ceux que l'organe en question commettrait en qualité de simple particulier. Par contre, le comportement que ledit organe adopte dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat à la disposition duquel il est mis est nécessairement un fait de cet Etat, même quand ce dernier ne lui a pas conféré de statut d'organe dans son propre système juridique : même dans ce cas, le comportement de l'organe « prêté » est un fait de l'Etat bénéficiaire du « prêt », tout autant que le serait le comportement d'un particulier exerçant en fait des prérogatives de la puissance publique du même Etat. C'est ce dernier qui doit en porter la responsabilité si ce fait devait être qualifié d'internationalement illicite.

16) La CDI s'est demandé si, en formulant la règle de l'article 9, il y avait ou non lieu de prévoir expressément dans son texte l'hypothèse suivante : à savoir que le fait de mettre à la disposition d'un autre Etat certains de ses propres organes constituerait déjà en lui-même la violation d'une obligation internationale existant à la charge de l'un ou de l'autre des Etats en présence ou des deux à la fois. Un Etat peut, en effet, être internationalement obligé de ne pas fournir d'aide quelle qu'elle soit — et donc de ne « prêter » aucun de ses organes — à un autre Etat, contre lequel le Conseil de sécurité aurait décrété l'adoption de sanctions, par exemple. D'autre part, la mise à la disposition d'un autre Etat d'organes déterminés en vue de leur utilisation dans l'accomplissement d'un fait internationalement illicite est certainement susceptible de représenter à son tour la violation d'une obligation internationale. A l'inverse, il se peut que, pour un Etat, le fait d'accueillir sur son territoire des organes mis à sa disposition par un autre Etat constitue, dans des cas déterminés, la violation d'une obligation internationale existant à sa charge. La

Commission n'a cependant pas estimé que de telles constatations nécessitent la formulation d'une exception en ce qui concerne la règle de l'article 9. Le prêt par un Etat à un autre Etat d'un de ses organes est un fait; le comportement ultérieurement adopté par l'organe prêté agissant sous l'autorité et le contrôle de l'Etat bénéficiaire du prêt en est un autre. Et même au cas où le premier fait serait en lui-même un fait internationalement illicite de l'Etat auteur du prêt, engageant comme telle sa responsabilité internationale, le comportement qu'adopterait l'organe illicitement prêté, agissant désormais sous l'autorité de l'Etat bénéficiaire du prêt et dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de celui-ci, n'en devrait pas moins être considéré comme un fait de ce dernier Etat.

17) La CDI n'a pas non plus estimé qu'une réserve spéciale s'imposait pour le cas où des critères d'attribution différents de ceux que prévoit l'article 9 seraient énoncés dans l'accord par lequel un sujet de droit international accepte de mettre certains de ses organes à la disposition d'un autre sujet. De l'avis de la Commission, une telle réserve serait inutile pour ce qui est des relations entre l'Etat bénéficiaire du prêt d'organes et l'Etat d'envoi, puisque ces relations seront de toute manière régies par l'accord international intervenu entre eux. Quant aux relations avec des Etats tiers — et c'est là l'aspect le plus important —, une réserve de ce genre risquerait d'être une source de malentendu et de fournir à l'Etat auquel la responsabilité incomberait en vertu de la règle du présent article un prétexte inadmissible pour se soustraire à cette responsabilité. L'accord intervenu entre les deux sujets du « prêt » d'organes ne saurait en aucun cas préjuger de la situation des Etats tiers et entraîner des conséquences en ce qui concerne les réclamations par lesquelles ces Etats tiers pourraient faire valoir, en vertu du droit international général, la responsabilité internationale de l'un ou de l'autre des deux sujets indiqués.

18) En ce qui concerne la formulation de la règle, on a déjà noté que, en utilisant à l'article 9 l'expression « organe [...] mis à sa disposition par un autre Etat », on a voulu inclure dans l'acception de cette locution aussi un organe d'une des entités distinctes de l'Etat proprement dit qui sont prises en considération à l'article 7. L'expression « mis à sa disposition » a été préférée à d'autres, comme « prêté » ou « transféré », car elle semble mieux mettre en évidence la condition essentielle de l'attribution d'un fait à l'Etat auprès duquel l'organe étranger a été envoyé, condition qui exige que cet organe se trouve soumis, dans son action, à l'autorité, la direction et le contrôle dudit Etat. Enfin, l'expression « pour autant que cet organe ait agi dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat à la disposition duquel il se trouve » a été choisie comme la plus propre à souligner a) que le comportement de l'organe mis à la disposition d'un Etat par un autre Etat ou par une organisation internationale ne saurait être attribué en tant que source éventuelle de responsabilité internationale à l'Etat bénéficiaire du « prêt » dans le cas où ledit comportement aurait été adopté dans le cadre d'une activité exercée par l'organe « prêté » à titre exclusivement personnel; b) que l'attribution en question ne

<sup>602</sup> Voir à ce sujet : J.-P. Ritter, « La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale », *Annuaire français de droit international*, 1962, Paris, vol. VIII, 1963, p. 444; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 376; F. Durante, *Responsabilità internazionale e attività cosmiche*, Padoue, CEDAM, 1969, p. 40 et suiv.; P. Kuris, *op. cit.*, p. 178 et suiv.; P.A. Steiniger, « Die allgemeinen Voraussetzungen... » (*loc. cit.*), p. 448 et 449. Ce dernier auteur (qui se réfère aussi à l'article 4 du projet élaboré par lui-même et par B. Gräflrath en 1973 [pour référence, v. ci-dessus note 576]) souligne que dans certains cas une responsabilité internationale pourrait être mise à la charge de l'Etat d'envoi : les hypothèses qu'il envisage sont cependant celles dont il est question au paragraphe 16 ci-dessous — et qui en réalité restent en dehors des prévisions de l'article 9.

saurait pas non plus avoir lieu dans le cas où le comportement déploré aurait été adopté dans le cadre d'une activité déployée à titre officiel, mais comportant l'exercice de

prérogatives de la puissance publique de l'Etat d'appartenance de l'organe, et non pas de l'Etat à la disposition duquel il est mis.

#### Article 10

Attribution à l'Etat du comportement  
d'organes agissant en dépassement  
de leur compétence ou en  
contradiction avec les  
instructions concernant  
leur activité

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

#### Commentaire \*/

1) Aux articles 5 et 7 du projet d'articles, on a prévu l'attribution à l'Etat, sujet du droit international, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale de sa part, des comportements des organes faisant partie de l'appareil de l'Etat proprement dit ainsi que des organes

---

\* Annuaire . . . 1975,  
vol. II, p. 65 à 75.

des collectivités publiques territoriales ou d'autres entités habilitées elles aussi par le droit interne à l'exercice de prérogatives de la puissance publique — cela, bien entendu, pour autant qu'il s'agisse de comportements que les êtres humains qui composent les organes ont adoptés dans l'exercice de leur fonction de membre de l'organe, et non pas en qualité de simples particuliers. Le présent article entend préciser que lesdits comportements sont attribués à l'Etat, sujet de droit international, même si leurs auteurs ont contrevenu aux prescriptions du droit interne concernant leur activité, comme dans le cas où ils ont dépassé leur compétence selon le droit interne, ou s'ils ont contrevenu aux instructions reçues — et cela sans exception aucune, c'est-à-dire même en cas d'incompétence manifeste de l'organe auteur des agissements mis en cause, et même si d'autres organes de l'Etat ont désavoué le comportement de l'organe coupable.

2) Il s'ensuit que, d'après le système adopté par la Commission, aucun des comportements des organes de l'Etat ou des autres entités mentionnées à l'article 7 n'est exclu de l'attribution à l'Etat sujet de droit international. Seuls les agissements des êtres humains composant les organes en question, en tant qu'agissements de simples particuliers, ne sont pas considérés comme des faits de l'Etat, pouvant comme tels engager sa responsabilité internationale. En revanche, ces agissements ne sont jamais attribuables à l'Etat, quand bien même leurs auteurs se seraient servis en l'occurrence des moyens — y compris les armes — mis à leur disposition par l'Etat pour l'exercice de leurs fonctions. Les actions et omissions commises à titre purement privé par des personnes qui ont par ailleurs le statut d'organe de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale, ou d'une autre entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, sont entièrement assimilables aux actions et omissions des personnes privées, dont traite l'article 11.

3) L'attribution ou la non-attribution à l'Etat du comportement d'organes ayant agi en leur qualité officielle mais en dépassement de leur compétence selon le droit interne ou en contravention des instructions reçues ou, plus généralement, en violation des prescriptions du droit interne qu'ils étaient tenus de respecter dans leur action a été l'une des questions les plus débattues par les internationalistes. Toutefois, la Commission a voulu éviter de se laisser entraîner dans des discussions d'ordre théorique, et surtout de se laisser influencer par certaines prises de position dues à une assimilation erronée de la situation sur le plan du droit international à la situation existant sur le plan du droit interne. Bien sûr, le droit international présuppose en fait l'organisation interne de l'Etat telle que celui-ci l'établit; il présuppose notamment l'existence de normes du droit interne qui déterminent l'appartenance des différents organes à l'appareil de l'Etat proprement dit ou à celui des autres entités qui partagent avec l'Etat l'exercice de prérogatives de la puissance publique. Mais c'est tout. Sur la base de cette présupposition, c'est le droit international et lui seul qui établit dans quelles conditions le comportement adopté par lesdits organes est attribué à l'Etat, sujet de droit international, et peut être générateur d'une responsabilité internationale à sa charge. La qualification de certains

comportements d'organes comme faits de l'Etat aux fins de la détermination de sa responsabilité internationale est tout à fait indépendante de la qualification de ces mêmes comportements comme des faits de l'Etat susceptibles d'engendrer en droit interne une responsabilité administrative. C'est donc, une fois de plus, sur la base des données fournies par la pratique des Etats et par la jurisprudence internationale, et en ayant aussi présentes à l'esprit les exigences de la vie internationale moderne, que la Commission a défini la règle énoncée au présent article.

4) Pour ce qui est des données fournies par la pratique des Etats et la jurisprudence internationale, la Commission estime cependant nécessaire de formuler quelques précisions préliminaires, afin d'éviter les erreurs d'interprétation commises par certains auteurs et qui sont souvent la cause de divergences d'opinion dans l'évaluation des données fournies par cette pratique et cette jurisprudence. A ce propos, la CDI tient à souligner que, pour pouvoir affirmer que, dans un cas donné, on a attribué à l'Etat le comportement d'un organe ayant contrevenu aux prescriptions du droit interne concernant son activité, il ne suffit pas d'invoquer comme argument que l'Etat a finalement dû réparer sur le plan international un préjudice dont cet organe aurait été l'auteur matériel. Il faut encore être sûr, en l'espèce, que c'est bien au comportement de l'organe en question que l'on a fait remonter la responsabilité internationale de l'Etat, et que le fait attribué à l'Etat comme source de cette responsabilité n'a pas été plutôt le comportement d'autres organes — accusés par exemple de n'avoir pas prévenu le fait préjudiciable ou de ne pas avoir puni son auteur. En outre, il faut que le comportement de l'organe ayant agi en dehors de sa compétence ou en violation des instructions reçues n'ait pas été approuvé ou ratifié ensuite par d'autres organes ayant le pouvoir de purger le vice initial. Sinon, que l'on tienne en pareil cas l'Etat pour responsable, cela est certain, mais il est douteux que l'on puisse alors parler de responsabilité pour actions et omissions « non-autorisées » ou contraires au droit interne. Les comportements en question, bien que *ex post facto*, ont été légitimés. Ils sont donc à assimiler aux comportements qui étaient *ab initio* conformes au droit interne. A l'inverse, pour nier qu'il y ait eu attribution à l'Etat, il ne suffit pas de remarquer que l'Etat n'a finalement pas été tenu pour responsable du comportement de l'organe sur le plan du droit international. Pour que la responsabilité internationale d'un Etat soit engagée, il ne suffit pas qu'un comportement donné lui soit attribuable; encore faut-il que ce comportement représente la violation accomplie d'une obligation internationale. Or, certaines obligations internationales de l'Etat, notamment en matière de traitement des étrangers, ne peuvent pas être considérées comme ayant été définitivement violées tant qu'il existe encore sur le plan de l'ordre interne la possibilité d'obtenir le rétablissement de la situation conforme auxdites obligations. Le fait, donc, qu'un Etat ou une instance internationale rejette une demande d'indemnisation avancée par un Etat en faveur d'un ressortissant victime d'un préjudice du fait d'un organe incompétent en faisant valoir que cette personne ne s'est pas prévalu d'une telle possibilité n'implique pas du tout qu'on ait

entendu exclure par principe que l'Etat doit endosser internationalement les actions ou omissions d'un organe incompetent. Tout ce que l'Etat ou l'instance en question a voulu mettre en évidence, c'est que, à cause du défaut d'action de la part du particulier lésé, l'existence d'une violation par l'Etat d'une obligation internationale n'était pas définitivement établie<sup>38</sup>.

5) Cela dit, il faut reconnaître qu'avec le temps la pratique des Etats a marqué une évolution dans la matière qui nous occupe. La pratique antérieure à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle ne permettait pas d'aboutir à des conclusions définitives sur le point qui nous intéresse. Non seulement des thèses différentes avaient été soutenues par différents Etats, mais parfois aussi par le même Etat en des occasions différentes<sup>39</sup>. Il est aussi arrivé qu'un Etat se soit servi d'argumentations en partie contradictoires au cours d'une même affaire, ou qu'après avoir énoncé un critère il ne l'ait pas utilisé à fond<sup>40</sup>. On a parfois l'impression que les services juridiques des Etats tâtonnaient dans leur recherche d'une définition des principes, sans avoir toujours eu présents à l'esprit des critères clairs et nets. En outre, le langage employé crée parfois des apparences dont il serait hasardeux de tirer trop vite des conséquences<sup>41</sup>.

6) Il est toutefois des prises de position auxquelles il faut accorder une importance toute particulière. C'est le cas, pour ce qui est de la pratique des Etats-Unis d'Amérique, de la position assumée par le secrétaire d'Etat Bayard

dans une note adressée à M. Clark le 17 août 1885 à propos de l'Affaire de l'American Bible Society. On y lit ce qui suit :

[...] C'est une règle de droit international que les souverains ne peuvent être tenus pour responsables, par voie de procédure diplomatique, des dommages causés à des étrangers par la conduite illégale de fonctionnaires agissant en dehors du cadre de leur compétence non seulement réelle, mais apparente<sup>42</sup>.

Peu de temps après, le 14 août 1900, le secrétaire d'Etat Adee reprenait la même formule dans sa lettre à l'Ambassadeur d'Italie à Washington, mais en la liant à l'hypothèse d'agissements d'organes subordonnés<sup>43</sup>. Par la suite, on se référera fréquemment à ces deux prises de position.

7) Dans la pratique européenne de la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, le cas qui paraît être le plus significatif, puisque plusieurs gouvernements eurent à s'exprimer à son propos, est celui du différend italo-péruvien concernant la réparation des dommages subis par des ressortissants italiens au Pérou du fait des autorités civiles et militaires péruviennes, pendant la guerre civile de 1894-1895. Dans une note adressée le 26 octobre 1897 aux représentants de plusieurs gouvernements étrangers, dont le Gouvernement italien, le Ministre des affaires étrangères du Pérou, M. de la Riva-Agüero, avait nié l'existence d'une responsabilité internationale de l'Etat

[...] pour les dommages causés par les agents de l'autorité par des actes étrangers à leurs attributions légales, dans le cas où le gouvernement désapprouve et condamne leur conduite et soumet le fonctionnaire coupable aux poursuites appropriées pour rendre effective, conformément à la loi, la responsabilité civile et criminelle qu'il aurait encourue [...]. De tous les principes que je tiens pour établis on déduit que la responsabilité de l'Etat n'est engagée et une réclamation diplomatique n'est justifiée que pour les dommages et les préjudices causés aux étrangers par des actes contraires aux prescriptions des traités et, à défaut de ceux-ci, au droit des gens, actes commis par le gouvernement ou par ses agents civils et militaires dans l'exercice de leurs fonctions, sur ordre du gouvernement ou avec son approbation, et, comme je l'ai dit par ailleurs, par un absolu déni de justice<sup>44</sup>.

Le Gouvernement italien exprima ses réserves sur les principes énoncés par M. de la Riva-Agüero et s'adressa aux Gouvernements britannique et espagnol pour avoir leur opinion. Le Gouvernement britannique se déclara d'accord avec le Gouvernement italien

pour considérer comme inadmissible la théorie de la non-responsabilité des fonctionnaires de l'Etat pour des actes qui ne seraient pas la conséquence d'ordres directement donnés à eux par leur gouvernement [...] partant, tout gouvernement doit toujours être tenu pour responsable pour tous les actes commis par ses agents en vertu de leur qualité officielle<sup>45</sup>.

<sup>38</sup> Il faut aussi considérer qu'il existe des systèmes juridiques étatiques qui prévoient des recours contre l'administration elle-même, tandis qu'il y en a d'autres qui admettent la possibilité d'un recours personnel contre l'individu-organe qu'on accuse d'avoir agi en dehors de sa compétence ou en violation du droit interne. Mais, là aussi, l'affirmation que le particulier lésé aurait dû s'adresser aux tribunaux et exiger réparation de la part de l'organe coupable ne signifie pas du tout que l'on veuille par là assimiler le comportement de l'organe ayant agi en dépassement de sa compétence à celui d'un particulier.

<sup>39</sup> Par exemple, l'attitude, à l'époque, du Gouvernement italien telle qu'elle ressort de l'Affaire Bartolozzi et de l'Affaire des dommages subis par certains ressortissants italiens au Chili révèle un certain flottement. Sur ces affaires, v. S.I.O.I. [Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale] — C.N.R. [Consiglio Nazionale delle Ricerche], *La prassi italiana di diritto internazionale*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana, 1970, 1<sup>re</sup> série (1861-1887), vol. II, p. 862 à 864.

<sup>40</sup> Le cas de l'Affaire du *Star and Herald* (United States v. Colombia) peut être cité à l'appui de ces considérations. Sur cette affaire, v. J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1906, vol. VI, p. 775 et suiv.

<sup>41</sup> On croirait par exemple, à première vue, trouver une prise de position nette contre l'attribution à l'Etat comme source de responsabilité du fait d'organes agissant en violation du droit interne dans la lettre adressée le 11 octobre 1893 par le Ministre des Etats-Unis d'Amérique en Autriche, M. Tripp, à un M. Mix, ressortissant américain, qui, à ce qu'il paraît, se plaignait d'avoir subi une atteinte à sa personne de la part des autorités autrichiennes (Etats-Unis d'Amérique, Department of State, *Foreign Relations of the United States*, Washington [D.C.], U.S. Government Printing Office, 1894, p. 25). Toutefois, à y bien réfléchir, on se rend compte que ce cas se révèle être un précédent en faveur de l'affirmation de l'impossibilité d'alléguer l'existence d'une responsabilité internationale de l'Etat tant que l'on n'a pas constaté l'impossibilité d'obtenir, par les moyens internes disponibles, le respect de l'obligation internationale. Mais, cela étant, il est beaucoup moins sûr qu'on soit en présence d'un cas qui prouve que l'Etat n'endosserait pas du tout des actions ou omissions commises par des fonctionnaires en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité.

<sup>42</sup> J. B. Moore, *A Digest... (op. cit.)*, p. 743 [tr. de l'original anglais]. Voir aussi la position assumée par le même secrétaire d'Etat en 1885 à propos de l'Affaire Tunstall (*ibid.*, p. 664). Il s'agissait d'un cas où la responsabilité des Etats-Unis d'Amérique était rejetée, le fait préjudiciable ayant été pratiquement commis par un organe à titre purement privé.

<sup>43</sup> *Ibid.*, par. 743.

<sup>44</sup> Italie, *Archivio del Ministero degli Affari esteri italiano*, série politique P, n° 43 (tr. de l'original espagnol).

<sup>45</sup> M. Ferrero, ambassadeur d'Italie à Londres, à M. Visconti Venosta, ministre des affaires étrangères italien, 1<sup>er</sup> mars 1898 (*ibid.*) [tr. de l'original italien].

### Le Gouvernement espagnol exprima le même avis :

Le Gouvernement de Sa Majesté est d'avis que les agents du gouvernement, lorsqu'ils agissent dans l'exercice de leurs fonctions, engagent le gouvernement tout entier, étant donné qu'il n'y a pas moyen de se soustraire à l'action de ces fonctionnaires, fondée sur l'autorité qu'ils exercent. Voilà pourquoi le Gouvernement de Sa Majesté pense que l'on doit indemniser les dommages non justifiés causés par des agents du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions, qu'ils aient agi ou non sur ordres de ce gouvernement. Sinon, on finirait par autoriser l'abus, car dans la plupart des cas il n'y aurait pas de moyen pratique de prouver si l'agent a ou n'a pas procédé d'après ordres reçus<sup>46</sup>.

Le Ministre des affaires étrangères d'Italie se rallia aux opinions des gouvernements consultés<sup>47</sup>, et envoya donc au représentant italien à Lima l'instruction d'appuyer les réclamations des ressortissants italiens lésés<sup>48</sup>.

8) Au fur et à mesure que l'on avance dans le xx<sup>e</sup> siècle, la reconnaissance du principe de base que l'Etat doit reconnaître comme siens, sur le plan international, les agissements d'organes ayant dépassé leur compétence ou contrevenu aux instructions concernant leur activité se fait plus évidente. Sont significatives, à ce propos, l'attitude du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, d'une part, et, respectivement, celles du Gouvernement guatémaltèque lors de l'*Affaire Shine and Milligen*, en 1907<sup>49</sup>, et du Gouvernement cubain à l'occasion de l'*Affaire Miller*, en 1910<sup>50</sup>, de l'autre.

9) C'est surtout lors de la Conférence de codification de La Haye (1930) que les gouvernements ont eu l'occasion d'exprimer leur façon de voir le problème qui nous occupe. M. Guerrero, président du Comité d'experts pour la codification progressive du droit international nommé par la SDN, soutenait encore, dans le rapport du Sous-Comité de la responsabilité des Etats, rédigé par lui en 1926, la thèse de la non-responsabilité de l'Etat pour les « actes contraires au droit international » d'organes agissant en dehors de leur compétence selon le droit interne. Ces actes n'étaient pas susceptibles, à ses yeux, d'être attribués à l'Etat. Toutefois, ces conclusions devaient être rejetées par la grande majorité des gouvernements. Cela ressort, en premier lieu, des réponses des gouvernements à la demande d'informations que le Comité préparatoire de la Conférence leur avait soumise en 1928. Au point V, n° 2, b, on demandait si la responsabilité de l'Etat se trouve engagée dans le cas d'« actes accomplis par des fonctionnaires sur le territoire national en s'autorisant de leur qualité officielle (actes de fonction) mais en dehors de leur compétence ». Sur dix-neuf Etats qui répondirent par écrit sur ce point, trois seulement le firent par la négative, cinq ne prirent pas clairement position, mais les onze autres se prononcèrent nettement pour la respon-

sabilité de l'Etat<sup>51</sup>. On donna des réponses analogues au point V, n° 2, c, qui concernait les « actes accomplis en pays étranger par des fonctionnaires tels que les agents diplomatiques ou des consuls agissant dans les limites apparentes de leurs fonctions, mais les dépassant réellement »<sup>52</sup>. Les bases de discussion préparées par le Comité reflétèrent ces vues. A la base de discussion n° 13, on affirmait que :

La responsabilité de l'Etat se trouve engagée si le dommage subi par un étranger résulte d'actes accomplis par ses fonctionnaires, même en dehors de leur compétence, mais en s'autorisant de leur qualité officielle [...],

et à la base de discussion n° 14 que

Les actes accomplis par les fonctionnaires d'un Etat en pays étranger [...] agissant dans les limites apparentes de leurs fonctions sont imputables à cet Etat et peuvent, à ce titre, engager la responsabilité de celui-ci.

Lors du débat qui eut lieu à la Troisième Commission de la Conférence, certains délégués proposèrent la suppression de la base de discussion n° 13<sup>53</sup>. D'autres prirent la parole pour la défendre. A l'issue du débat, une proposition tendant à supprimer la base n° 13 fut rejetée par 19 voix contre 13; M. Guerrero retira sa proposition tendant à revenir à l'idée de la non-responsabilité; et la proposition tendant à adopter la base n° 13 avec quelques amendements présentés par la délégation suisse fut approuvée par 20 voix contre 6, avec quelques abstentions<sup>54</sup>. La base n° 13 ainsi retenue fut renvoyée au Comité de rédaction, qui élaborait le texte suivant, lequel devint le premier alinéa du paragraphe 2 de l'article VIII du projet d'articles adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence :

La responsabilité internationale de l'Etat se trouve également engagée si le dommage subi par un étranger résulte d'actes contraires aux obligations internationales de l'Etat accomplis par ses fonctionnaires en dehors de leur compétence, mais sous le couvert de leur qualité officielle<sup>55</sup>.

10) Les critères qui se sont imposés à la Conférence de 1930 n'ont pas subi de changements par la suite. Une des prises de position en ce sens, qui est des plus nettes et des plus souvent citées, se trouve dans la décision rendue en 1931 par la Court of Claims des Etats-Unis d'Amérique en l'*Affaire Royal Holland Lloyd v. the*

<sup>46</sup> Note verbale du duc Almodóvar del Rio, 4 juillet 1898 (*ibid.*) [tr. de l'italien]

<sup>47</sup> Voir l'avis du Conseil du contentieux diplomatique du Ministère des affaires étrangères italien, 19 février 1899 (*ibid.*).

<sup>48</sup> M. Canevaro à M. Pirrone, 11 avril 1899 (*ibid.*).

<sup>49</sup> G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1943, vol. V, p. 575.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 570 et 571.

<sup>51</sup> Voir SDN, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75.M.69.1929.V), p. 75 et suiv.; et *Supplément au tome III* [C.75(a).M.69(a).1929.V], p. 3, 16 et 17.

<sup>52</sup> SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 78 et suiv.; et *Supplément au tome III* (*op. cit.*), p. 3 et 17.

<sup>53</sup> La Conférence n'eut pas la possibilité d'examiner, faute de temps, la base de discussion n° 14.

<sup>54</sup> Pour les débats de la Conférence, voir SDN, *Actes de la Conférence pour la codification du droit international* [La Haye, 13 mars-12 avril 1930], vol. IV, *Procès-verbaux de la Troisième Commission* [C.351(c)M.145(c).1930.V], p. 85 et suiv.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 238.

United States<sup>56</sup>. Par ailleurs, le principe de l'attribution à l'Etat des comportements de ses organes ayant agi contrairement aux prescriptions du droit interne a été constamment invoqué par les Etats demandeurs (par exemple par les Etats-Unis d'Amérique en 1933 en l'*Affaire Colom y Piris*<sup>57</sup> et par la Belgique en 1936 dans l'*Affaire Borchgrave*<sup>58</sup>) et a été accepté même par les Etats défendeurs (voir l'attitude de la Bulgarie en l'*Affaire relative à l'incident aérien du 27 juillet 1955*<sup>59</sup> et de l'Italie en 1965 à propos de l'*Affaire Mantovani*<sup>60</sup>).

11) Plus encore que la pratique diplomatique, la jurisprudence internationale, vue dans son ensemble et surtout dans son évolution, soutient décidément, de l'avis de la Commission, le principe de base de l'attribution à l'Etat, en tant que source de responsabilité internationale, des faits de ses organes ayant agi en dépassant leur compétence ou en contrevenant aux instructions reçues. Cette jurisprudence est même assez abondante. Il est vrai que ni la CPJI ni la CIJ n'ont eu l'occasion de se prononcer sur le problème, mais cette occasion s'est offerte maintes fois aux tribunaux et aux commissions d'arbitrage, et les sentences ne font pas défaut. On peut faire, à leur égard, la même remarque qu'on a faite à propos de la pratique des Etats : en passant d'une époque plus reculée à des périodes plus proches de la nôtre, on note un progrès certain dans la clarté des idées et dans la définition des principes.

12) Dans la période qui comprend toute la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, on note que plusieurs sentences arbitrales, bien que rendues dans des cas où vraisemblablement des organes avaient agi en violation des prescriptions du droit interne concernant leur activité, restent muettes à l'égard de la question qui nous intéresse : dans ces décisions, on a attribué à l'Etat une responsabilité internationale pour les comportements des fonctionnaires en question, sans relever si ces fonctionnaires avaient ou non dépassé leur compétence ou avaient ou non agi en contradiction avec les prescriptions qu'ils auraient dû observer, ni sans rechercher non plus quelle avait pu être en l'occurrence l'attitude des autorités supérieures<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> « Les Etats-Unis endossent ce qui a été décrit comme une « responsabilité large, illimitée, non sujette à restrictions et indirecte » pour les actes de leurs fonctionnaires administratifs et de leurs forces militaires et navales [...]. Les gouvernements sont responsables, dans leurs relations internationales, des actes de leurs agents autorisés, et si ces actes sont entachés d'erreur, ou illicites, la responsabilité du gouvernement lui-même se trouve engagée pour les conséquences de l'erreur ou du tort » (*American Journal of International Law*, Washington [D.C.], vol. 26, n° 2 [avril 1932], p. 410) [tr. de l'original anglais].

<sup>57</sup> G. H. Hackworth, *op. cit.*, p. 570.

<sup>58</sup> *C.P.J.I.*, série C, n° 83, p. 23 et suiv. (Affaire Borchgrave, mémoire du Gouvernement belge).

<sup>59</sup> Voir notamment le texte de la note bulgare du 4 août 1955 au Gouvernement israélien dans *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israël c. Bulgarie; Etats-Unis d'Amérique c. Bulgarie; Royaume-Uni c. Bulgarie), p. 14; et le texte de la note, identique et de la même date, au Gouvernement des Etats-Unis, dans M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1967, vol. VIII, p. 892.

<sup>60</sup> *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXXVI, n° 3 (juill.-sept. 1965), p. 835.

<sup>61</sup> Voir p. ex. les décisions rendues dans les affaires du navire *Only Son* (J. B. Moore, *History and Digest of the International*

Dans les affaires où la question a été expressément soulevée et examinée, les critères adoptés varient d'un cas à l'autre<sup>62</sup>, et les motifs des décisions révèlent parfois une certaine confusion, de sorte que leur interprétation n'est pas toujours aisée<sup>63</sup>.

13) Les sentences rendues par les différentes commissions mixtes dans les « arbitrages vénézuéliens » de 1903 représentent en quelque sorte le trait d'union entre la jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle, marquée par beaucoup d'incertitudes, et celle du XX<sup>e</sup> siècle, qui s'orientera uniformément dans le sens de cette attribution à l'Etat des comportements des organes agissant ès qualités mais en contradiction avec les prescriptions du droit interne. Dans aucune de ces sentences n'apparaît plus l'idée que l'action d'un fonctionnaire, fût-il subalterne, qui a agi en qualité d'organe mais en dépassant sa compétence ou en contrevenant aux instructions reçues doit être assimilée à l'action d'un simple particulier. Parfois, il est vrai, l'arbitre, pour établir la responsabilité de l'Etat, se prévaut encore de l'argument que, dans le cas particulier, le gouvernement aurait implicitement approuvé, sinon expressément voulu, le comportement de l'organe dépendant de lui. Il en est ainsi dans la sentence relative à l'*Affaire de la Compagnie générale des asphaltes de France*<sup>64</sup>. Mais, dans d'autres décisions, on prend une position différente. C'est le cas de la décision dans l'*Affaire Maal*. En condamnant le Venezuela au paiement d'une indemnité pour les mauvais traitements infligés par la police au ressortissant hollandais Maal, le surarbitre Plumley précisait qu'il n'avait pas de difficulté à admettre que ces mauvais traitements s'étaient produits à l'insu des hautes autorités du gouvernement, mais, observait-il,

*Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington [D.C.], U.S. Government Printing Office, 1898, vol. IV, p. 3404 et 3405), du *William Lee* (*ibid.*, p. 3405 et suiv.) et Donoughho (*ibid.*, vol. III, p. 3012 et suiv.).

<sup>62</sup> Par exemple, dans la décision relative à l'*Affaire de Matilda A. Lewis*, rendue par la Commission mixte des réclamations anglo-américaine créée par le Traité du 8 mai 1871, on applique le principe que l'Etat doit endosser les décisions des fonctionnaires subordonnés, même si elles ont été prises en violant ou en interprétant de façon erronée les prescriptions du droit interne (*ibid.*, p. 3019 et suiv.). Par contre, dans la décision relative à l'*Affaire Gadino*, rendue le 30 septembre 1901 par l'arbitre institué en vertu de la Convention italo-péruvienne du 25 novembre 1899, on a assimilé totalement l'action illégalement commise par des fonctionnaires subalternes à celle de simples particuliers et affirmé qu'il ne saurait y avoir de responsabilité de l'Etat qu'au cas où celui-ci aurait omis d'employer les moyens en son pouvoir pour empêcher l'action illégale ou n'aurait pas puni ses auteurs (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV [publication des Nations Unies, numéro de vente : 66.V.3], p. 415).

<sup>63</sup> Voir p. ex. la décision rendue le 19 mars 1864 par la commission arbitrale instituée en 1863 par la France et l'Argentine pour statuer en l'*Affaire Lacaze* (A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Pédone, 1923, t. II, p. 297 et 298), et la décision de la Commission mixte Etats-Unis d'Amérique-Venezuela établie en vertu de la Convention du 5 décembre 1885 concernant l'*Affaire de William Yeaton* (Moore, *History and Digest...* [op. cit.], vol. III, p. 2946 et 2947).

<sup>64</sup> Décision rendue par la Commission mixte Grande-Bretagne-Venezuela établie en vertu des protocoles du 13 février et du 7 mai 1903 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX [publication des Nations Unies, numéro de vente : 59.V.5], p. 396).

le gouvernement doit se considérer comme responsable des actes commis par ses subordonnés dans le cadre de leurs fonctions, pour odieux que ces actes puissent être <sup>65</sup>.

Il y a enfin des sentences, comme celle relative à l'*Affaire Metzger* <sup>66</sup>, où l'on a condamné l'Etat au paiement d'une indemnité pécuniaire bien qu'il eût déjà puni l'organe coupable. Quelques années plus tard, la sentence relative à l'*Affaire La Masica*, rendue le 7 décembre 1916 par le roi d'Espagne Alphonse XIII, énonçait expressément le principe que l'Etat devait endosser le fait de ses organes même s'ils avaient agi en violation des prescriptions du droit interne <sup>67</sup>.

14) Mais c'est au cours des années 20 qu'apparaîtront dans la jurisprudence arbitrale les décisions vraiment importantes et significatives, qui représenteront en quelque sorte le point d'arrivée de l'évolution et de l'affinement progressif de la pensée juridique par rapport au problème qui nous occupe. C'est surtout à deux sentences, l'une rendue le 23 novembre 1926 par la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique, créée par la Convention du 8 septembre 1923, relative à l'*Affaire Youmans*, et l'autre le 7 juin 1929 par la Commission des réclamations France/Mexique, instituée en vertu de la Convention du 25 septembre 1924, relative à l'*Affaire Caire*, que l'on est redevable d'une formulation précise, détaillée et pratiquement définitive des principes applicables.

Dans le premier cas, la Commission avait à établir si le Gouvernement mexicain devait endosser, à des fins de responsabilité internationale, l'action d'un détachement de dix soldats et de l'officier qui les commandait, lesquels, envoyés à Anganguero avec instruction d'y protéger certains ressortissants américains menacés par des troubles, avaient, au lieu d'exécuter les ordres reçus, tiré sur l'un de ces étrangers, qu'ils avaient tué, et avaient pris part ensuite, avec la foule déchaînée, au massacre de deux autres. La Commission, présidée par van Vollenhoven, condamna le gouvernement défendeur à réparer le préjudice, et motiva sa décision par le raisonnement suivant :

[...] nous n'estimons pas que la participation des soldats au meurtre d'Anganguero puisse être considérée comme un acte commis par des soldats à titre privé, alors qu'il est clair qu'au moment où cet acte était commis les hommes étaient en service sous le contrôle direct et en la présence d'un officier qui les commandait. Les soldats qui infligent des lésions à des personnes ou qui commettent de cruelles dévastations ou des pillages agissent toujours en désobéissant à certaines règles édictées par l'autorité supérieure. Il ne pourrait jamais y avoir de responsabilité pour de tels méfaits si l'on adoptait le point de vue que tous les actes commis par des soldats en contrevenant à leurs instructions doivent être toujours considérés comme des actes commis à titre personnel <sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Décision rendue par la Commission mixte des réclamations Pays-Bas/Venezuela établie par le protocole du 28 février 1903 (*ibid.*, vol. X [numéro de vente : 60.V.5], p. 732 et 733) [tr. de l'original anglais].

<sup>66</sup> Décision rendue par la Commission mixte des réclamations Allemagne/Venezuela établie par les protocoles du 13 février et du 7 mai 1903 (*ibid.*, p. 417 et 418).

<sup>67</sup> *Ibid.*, vol. XI (numéro de vente : 61.V.4), p. 560.

<sup>68</sup> *Ibid.*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 116. La Commission a eu par la suite maintes fois l'occasion de faire application des principes définis dans l'*Affaire Youmans*. Voir, notamment, les

Dans l'*Affaire Caire*, il s'agissait du meurtre d'un ressortissant français perpétré par deux officiers mexicains. A la suite du refus de la victime de leur remettre la somme d'argent qu'ils lui demandaient, les officiers avaient emmené M. Caire à la caserne locale et l'avaient fusillé. La Commission jugea

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

Cette décision était la conclusion d'un long raisonnement du Président de la Commission, Verzijl, au cours duquel il déclarait :

Je [...] considère [...] comme parfaitement correctes [...] [les théories qui] tendent à grever l'Etat, en matière internationale, de la responsabilité pour tous les actes commis par des fonctionnaires ou organes et qui constituent des actes délictueux au point de vue du droit des gens, n'importe que le fonctionnaire ou l'organe en question ait agi dans les limites de sa compétence ou en les excédant [...].

[...] le fait pour un fonctionnaire d'agir en dehors de sa compétence n'exempte pas l'Etat de sa responsabilité internationale, toutes les fois que ce fonctionnaire s'est autorisé de sa qualité officielle, l'Etat n'étant pas responsable dans le seul cas où l'acte n'a eu aucun rapport avec la fonction officielle et n'a été, en réalité, qu'un acte d'un particulier <sup>69</sup>.

15) L'opinion des auteurs de droit international suit historiquement une évolution parallèle à celle que l'on a notée dans la pratique des Etats et dans la jurisprudence internationale. Les auteurs les plus anciens, surtout à cause des difficultés d'ordre théorique qu'ils éprouvaient à attribuer à l'Etat sur le plan du droit international des comportements ne lui étant pas attribuables d'après le droit interne, assimilaient les comportements des organes ayant agi en leur qualité officielle mais en dépassement de leur compétence à des comportements de personnes privées. D'après ces auteurs, une responsabilité de l'Etat par rapport à de tels comportements ne serait concevable que dans le cas où les organes supérieurs auraient été en quelque sorte « complices » des actes répréhensibles ou, tout au moins, n'auraient pas fait leur possible pour les prévenir, ne les auraient pas désavoués, n'en auraient pas puni les auteurs <sup>70</sup>. A la suite des clarifications intervenues ultérieurement quant à la nécessité de distinguer nettement suivant que l'attribution à l'Etat des actions et omissions des organes a lieu sur le plan interne ou sur le plan international, on verra disparaître l'opposition à l'idée de considérer les agissements en question comme

décisions relatives aux affaires Mallén (*ibid.*, p. 176 et suiv.), Stephens (*ibid.*, p. 267 et 268), et Way (*ibid.*, p. 400 et 401).

<sup>69</sup> *Ibid.*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 529 et suiv.

<sup>70</sup> Voir p. ex. Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Guillaumin, t. 3, p. 135 et 136; F. Despagnet, *Cours de droit international public*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Larose et Tenin, 1905, p. 564. L. Oppenheim (*International Law; A Treatise*, 8<sup>e</sup> éd. [Lauterpacht], Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, p. 337 et 338, 362 et 363) assimilait lui aussi les particuliers et les organes incompétents et parlait dans les deux cas de responsabilité indirecte (« vicarious ») de l'Etat. Mais, dans le cas des organes incompétents, il concevait cette responsabilité comme « large » et « non limitée », c'est-à-dire comme existant toujours, quelle qu'ait été l'attitude des autres organes de l'Etat.

des « faits de l'Etat ». En même temps, pratique et jurisprudence internationales étant devenues plus claires et plus concordantes, les internationalistes modernes en viendront à la quasi-unanimité<sup>71</sup> à considérer comme un point acquis que les actions ou omissions des organes de l'Etat, qu'elles aient été commises en se conformant aux prescriptions de droit régissant leur conduite ou en contrevenant à ces prescriptions, doivent être considérées sur le plan des rapports juridiques interétatiques comme des faits de l'Etat<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Parmi les rares internationalistes modernes qui soutiennent que l'Etat n'est pas responsable pour les faits accomplis par des organes ayant agi en dehors des limites de leur compétence, voir R. Quadri, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1935, p. 199 et suiv., et D. B. Levin, *Otvetsvennost' gosoudarstv v sovremennom mejdounarodnom prave*, Moscou, Mejdounarodnye otnoicheniya, 1966, p. 75 et suiv. Selon E. M. Borchard (*The Diplomatic Protection of Citizens abroad or The Law of International Claims*, New York, Banks Law Publishing, 1928, p. 185 et suiv., 189 et suiv.), l'Etat répond des faits illicites de ses organes « supérieurs » incompetents, mais non des faits de ses organes « subalternes » incompetents.

D'autres auteurs, tout en souscrivant à la thèse d'après laquelle l'Etat répond internationalement des comportements de ses organes en violation du droit interne, ne s'expriment pas clairement ou ont des doutes quant à la possibilité de les attribuer à l'Etat. Voir notamment Ch. de Visscher, « Notes sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique d'après quelques documents récents », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3<sup>e</sup> série, t. VIII, n<sup>o</sup> 3, 1927, p. 253 et 254; L. Strisower, rapport sur « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927-I, t. 33, p. 457, 460 et 461; A. V. Freeman, « Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1955-II, Leyde, Sijthoff, 1956, t. 88, p. 290; I. von Münch, *Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Francfort-sur-le-Main, Kiepenheuer, 1963, p. 181 et 182 (et aussi p. 150 et 151); D. W. Greig, *International Law*, Londres, Butterworth, 1970, p. 434 et suiv.

<sup>72</sup> Parmi les très nombreux auteurs qui souscrivent à ce principe, voir C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, New York University Press, 1928, p. 57; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, 4<sup>e</sup> éd., Padoue, CEDAM, 1955, p. 387 et 388; J. G. Starke, « Imputability of international delinquencies », *The British Year Book of International Law*, 1938, Londres, vol. 19, p. 109 et suiv.; R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours...*, 1939-II, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 469 et suiv.; R. Monaco, « La responsabilità internazionale dello Stato per fatti degli individui », *Rivista di diritto internazionale*, Rome, XXXI<sup>e</sup> année, 3<sup>e</sup> série, vol. XVIII, fasc. I et 2-3, 1939, p. 22 et suiv.; K. Furgler, *Grundprobleme der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten unter besonderer Berücksichtigung der Haager Kodifikationskonferenz, sowie der Praxis der Vereinigten Staaten und der Schweiz*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1948, p. 25 et 26; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 201 et suiv.; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1954, t. II, p. 5 et suiv.; P. Reuter, « La responsabilité internationale », *Droit international public* (cours), Paris, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956, p. 87 et suiv.; G. Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1961, t. III, p. 182; T. Meron, « International responsibility of States for unauthorized acts of their officials », *The British Year Book of International Law*, 1957, Londres, vol. 33, 1958, p. 88, 93 et suiv., 113 et 114; G. Schwarzenberger, *International Law*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1957, vol. I, p. 615 et suiv.; H. Accioly, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *Recueil des cours...* 1959-I, Leyde, Sijthoff, 1960, t. 96, p. 360 et suiv.; J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, p. 119 et 120; C. F. Amerasinghe, « Imputability in the law of State responsibility for

16) Pour ce qui est des projets de codification, seules les « conclusions » du « rapport Guerrero » de 1926, parmi les textes élaborés sous les auspices d'organismes officiels, excluaient la possibilité de rendre l'Etat responsable du fait de ses organes ayant dépassé les limites de leur compétence selon le droit interne. On a vu que les bases de discussion n<sup>os</sup> 13 et 14 élaborées en 1929 par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930 et l'article VIII, par. 2, al. 1, du projet d'articles adopté en 1930 en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence énonçaient nettement le principe contraire. L'article 12, par. 2, de l'avant-projet révisé de 1961 de F. V. García Amador prévoyait que

L'acte ou l'omission est également imputable à l'Etat lorsque l'organe ou le fonctionnaire a agi en dehors de sa compétence, mais sous le couvert de sa qualité officielle<sup>73</sup>.

Quant aux projets préparés par des institutions privées, celui de 1926 de l'Association de droit international du Japon et celui de 1929 de la Harvard Law School contiennent des dispositions qui ne sont pas tout à fait claires<sup>74</sup>. Tous les autres acceptent expressément comme principe de base en la matière la possibilité d'attribuer à l'Etat, en tant que source de responsabilité internationale, le comportement de ses organes ayant agi en leur qualité officielle, même si en l'occurrence ils se trouvaient être incompetents d'après le droit interne, avaient contrevenu aux instructions reçues, etc. (voir règle I, deuxième et troisième alinéas, du projet adopté en 1927 par l'Institut de droit international<sup>75</sup>; art. 2 du projet élaboré par K. Strupp en 1927<sup>76</sup>; art. 1<sup>er</sup>, par. 4, du projet de 1930 de l'Association allemande de droit international<sup>77</sup>;

injuries to aliens », *Revue égyptienne de droit international*, Le Caire, vol. 22, 1966, p. 104 et suiv.; E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », *Manual of Public International Law*, éd. par Sørensen, Londres, MacMillan, 1968, p. 548 et suiv.; G. Ténékidès, « Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1969, vol. II, p. 786 et 787; P. Kuris, *Mejdounarodnye pravonarouchenia i otvetsvennost' gosoudarstva*, Vilnius, Mintis, 1973, p. 190 et suiv.; P. A. Steiniger, « Die allgemeinen Voraussetzungen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten », *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin, Gesellschafts- und Sprachwissenschaftliche Reihe*, Berlin, vol. XXII, n<sup>o</sup> 6, 1973, p. 447 et 448.

<sup>73</sup> *Annuaire...* 1961, vol. II, p. 49, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif.

<sup>74</sup> Le projet japonais prévoit à l'article 1<sup>er</sup> la responsabilité de l'Etat pour les comportements de ses organes agissant « dans l'exercice de leurs fonctions officielles »; il semblerait donc admettre implicitement une telle responsabilité même pour les comportements contrastant avec les dispositions du droit interne. Le deuxième projet prévoit à l'article VII, al. a, une responsabilité de l'Etat pour le comportement de tout haut fonctionnaire « dans l'exercice de ses fonctions » (dans le texte original anglais : « within the scope of the office or function »).

<sup>75</sup> D'après ce texte, la responsabilité de l'Etat « [...] existe, soit que ses organes aient agi conformément, soit qu'ils aient agi contrairement à la loi ou à l'ordre d'une autorité supérieure.

« Elle existe également lorsque ces organes agissent en dehors de leur compétence, en se couvrant de leur qualité d'organes de l'Etat et en se servant des moyens mis, à ce titre, à leur disposition. » (*Annuaire...* 1956, vol. II, p. 228, doc. A/CN.4/96, annexe 8.)

<sup>76</sup> *Annuaire...* 1969, vol. II, p. 158, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe IX.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 155, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VIII.

art. 1<sup>er</sup> du projet établi en 1932 par A. Roth<sup>78</sup>; art. 15 du projet élaboré en 1961 par la Harvard Law School<sup>79</sup>; par. 169 de la *Restatement of the Law* élaborée en 1965 par l'American Law Institute<sup>80</sup>; art. 3 du projet préparé en 1973 par B. Gräfrath et P. A. Steiniger<sup>81</sup>).

17) De l'avis de la Commission, le critère de base qui s'est affirmé dans la pratique diplomatique et dans la jurisprudence internationale de notre siècle — à savoir celui de l'attribution à l'Etat, sujet de droit international, des actions et omissions de ses organes ayant agi ès qualités, même lorsqu'ils ont contrevenu aux prescriptions du droit interne concernant leur activité — ne doit pas être remis en discussion. Il répond à cette exigence de clarté et de sécurité des rapports internationaux qui apparaît comme dominante dans la vie internationale moderne. Sur le plan du droit international, l'Etat doit reconnaître que c'est lui qui agit chaque fois que des personnes qu'il a chargées d'agir en son nom dans un secteur d'activité déterminé apparaissent comme agissant effectivement en son nom. Quand bien même ces personnes dépassent, ce faisant, les limites formelles de leur compétence d'après le droit interne ou contreviennent aux prescriptions émanant de la loi ou d'ordonnances administratives ou instructions internes dictées par leurs supérieurs, elles agissent, bien qu'indûment, dans le cadre de l'exécution de fonctions officielles. L'Etat ne peut pas se retrancher derrière la considération que, d'après les dispositions de son système juridique, ces comportements n'auraient pas dû être commis ou auraient dû l'être différemment. Ils ont quand même été commis, et l'Etat est donc tenu de les endosser et d'en supporter les conséquences prévues par le droit international.

18) De l'avis de la Commission, il y a une autre raison importante pour laquelle le principe en question doit être accepté. Si l'on admettait le principe opposé — à savoir celui de n'attribuer à l'Etat que les comportements adoptés par ses organes en conformité avec les prescriptions du droit interne —, on finirait par fournir à l'Etat une échappatoire trop aisée à sa responsabilité internationale. Il sera en effet souvent très difficile à l'Etat demandeur — voire même presque impossible — de prouver que l'organe de l'Etat défendeur n'a pas violé le droit de ce dernier, et notamment de prouver que l'organe a agi sur la base d'ordres provenant de ses supérieurs, ou encore que, bien qu'officiellement désavoué, le comportement adopté a en réalité été voulu par les autres organes de l'Etat.

19) La Commission a examiné les raisons pour lesquelles des Etats se sont opposés dans le passé à l'application du principe énoncé dans le présent article. Elle a constaté à cet égard que certains Etats, et notamment les Etats latino-américains, se sont opposés au principe en question parce qu'ils croyaient ne pas être traités sur un pied

d'égalité par d'autres Etats et être continuellement sujets à des ingérences dans leurs affaires intérieures de la part de puissances étrangères. Il avait alors paru à ces Etats qu'un moyen d'échapper à une telle situation pouvait être de diminuer le nombre des cas où une responsabilité internationale pourrait être mise à leur charge. Mais, d'après la Commission, ces motivations ne sont plus valables aujourd'hui. D'une part, la situation a beaucoup évolué dans les rapports interétatiques; d'autre part, et surtout, les Etats se sont rendu compte que la lutte pour une plus grande égalité réelle entre Etats ne pouvait pas être menée en s'efforçant de diminuer le nombre des cas où l'on peut faire valoir une responsabilité des Etats, car par là on diminuait le nombre des cas où l'on peut invoquer la responsabilité des Etats forts en même temps que celui des cas où l'on peut mettre une responsabilité à la charge des Etats faibles. L'action devait plutôt être conduite sur le plan de la modification des règles « primaires » qui établissent les obligations des Etats dont la violation entraîne une responsabilité internationale.

20) Une autre raison pour laquelle dans le passé certains Etats se sont opposés au principe énoncé a été la crainte d'être tenus pour responsables sur le plan du droit international dès qu'un organe (et notamment un organe inférieur) causait un dommage à un étranger en violation du seul droit interne de l'Etat. D'après la Commission, cette crainte non plus n'est pas fondée. Il ne découle nullement du principe énoncé par la CDI qu'un comportement de ce genre constitue un fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale. Pour qu'il y ait responsabilité internationale, il est nécessaire que le comportement attribuable à l'Etat constitue la violation d'une obligation internationale de ce dernier. Si ce n'est que le droit interne qui a été affecté, le comportement en question représentera un fait de l'Etat, mais non pas un fait « internationalement illicite » de cet Etat. La situation pourra se présenter sous un autre aspect le jour où l'étranger lésé aura essayé d'obtenir la réparation du préjudice subi en se prévalant des moyens mis à sa disposition par l'ordre juridique interne de l'Etat et se sera heurté, par exemple, à un « déni de justice ». Mais le fait internationalement illicite de l'Etat sera alors constitué par la violation de la part des organes judiciaires de l'obligation internationale d'ouvrir aux étrangers les voies de la justice, et non pas par le comportement préjudiciable adopté à l'origine par un autre organe en violation de la seule loi interne.

21) Ayant ainsi établi qu'aucune raison valable ne s'oppose aujourd'hui à l'adoption du principe de base en la matière, la Commission s'est demandé s'il y avait ou non lieu d'établir des limitations à ce principe. Elle a remarqué à ce propos que nombre d'auteurs ainsi que nombre de projets de codification, tout en adhérant au principe indiqué, ont prôné des formules diverses visant à restreindre la portée du principe dans des cas limites. On relève aussi ce genre de prises de position — bien que plus rarement — dans la correspondance diplomatique et dans les sentences internationales.

22) Certains auteurs d'ouvrages scientifiques ou de projets de codification ont proposé d'utiliser à cet effet

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 158, annexe X.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 151, annexe VII.

<sup>80</sup> *Annuaire...* 1971, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 204, doc. A/CN.4/217/Add.2.

<sup>81</sup> *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin (op. cit.)*, p. 467.

la notion de *compétence générale*<sup>83</sup> : le comportement d'un organe ne serait internationalement attribuable à l'Etat que si cet organe était demeuré, en agissant, dans le « cadre général de sa compétence » ou dans le « cadre général de ses fonctions ». De l'avis de la Commission, une telle notion est non seulement vague, mais encore inexacte. Ou bien l'organe est compétent d'après le système juridique auquel il appartient, ou bien il ne l'est pas : il n'existe pas de compétence « générale » ou « générale », par opposition à une compétence « spécifique ». Et il serait encore plus faux d'imaginer une « compétence générale » qui serait attribuée par le droit international là où le droit interne la nierait. Il n'y a donc pas lieu d'accepter une limitation ainsi formulée.

23) D'autres internationalistes et d'autres projets de codification ont eu recours au critère de l'*emploi des moyens de la fonction*<sup>83</sup>. Ce critère a même été parfois mentionné dans des prises de position gouvernementales<sup>84</sup> et dans des sentences internationales<sup>85</sup>. Si on

l'appliquait, le comportement de l'organe ayant agi ès qualités, mais contrairement aux prescriptions du droit interne concernant son activité, ne serait internationalement attribuable à l'Etat que si l'organe s'était servi des moyens mis à sa disposition par l'Etat pour l'accomplissement de ses fonctions. Il semble, toutefois, que l'application de ce critère risquerait de mener à des conclusions inacceptables. Ainsi l'Etat qui aurait à endosser la responsabilité du fait d'un policier qui, violant les instructions reçues, tuerait un étranger confié à sa garde en se servant de l'arme dont l'Etat l'a doté échapperait à la responsabilité si le même fait était commis en utilisant à cette fin l'arme d'un particulier, ou si le même policier laissait exécuter le meurtre par ce particulier<sup>86</sup>.

24) Toujours afin de limiter la portée du principe, plusieurs internationalistes et des projets de codification ont eu recours à la notion d'*incompétence manifeste*<sup>87</sup> ou, à l'inverse, à celle de *compétence apparente*<sup>88</sup>. On a vu que

<sup>83</sup> L'article 2 du projet élaboré en 1927 par K. Strupp indiquait que la responsabilité de l'Etat n'était ni diminuée ni dérogée par le fait que l'organe avait « excédé son autorité », pour autant que ledit organe avait eu « le pouvoir général d'entreprendre l'acte ou l'action en question ». D'après l'article 1<sup>er</sup> du projet établi par A. Roth en 1932, l'Etat était considéré comme responsable des actes « commis par toutes les personnes physiques ou morales auxquelles il a confié l'exercice de fonctions publiques, pour autant que lesdits actes entrent dans le cadre général de leur compétence ». Suivant le commentaire de l'article VII, al. a, du projet de 1929 de la Harvard Law School, la formule utilisée dans cette clause devait être entendue dans le sens d'attribuer à l'Etat la responsabilité du préjudice causé à un étranger par l'un de ses hauts fonctionnaires pour autant que celui-ci ait agi « dans le cadre général de son emploi ou de ses fonctions » (v. Harvard Law School, *Research in International Law*, Cambridge [Mass.], 1929, p. 162 et 163). Quant aux auteurs d'ouvrages scientifiques, on peut rappeler que Starke (*loc. cit.*, p. 110) parle de « compétence générale » et Ch. Fenwick (*International Law*, 3<sup>e</sup> éd. rev. et augm., New York, Appleton-Century-Crofts, 1948, p. 291) de « cadre général de la compétence ». Dahm (*op. cit.*, p. 182) mentionne les actes d'organes étatiques qui sont contraires au droit interne, mais qui « rentrent quand même dans la sphère générale de la compétence attribuée à l'organe » ou qui sont objectivement en rapport avec l'activité de service de l'organe.

<sup>83</sup> La formule « en se couvrant de leur qualité d'organes de l'Etat et en se servant des moyens mis, à ce titre, à leur disposition » était celle qui avait été retenue pour le troisième alinéa de la règle I du projet adopté en 1927 par l'Institut de droit international. Le paragraphe 4 de l'article 1<sup>er</sup> du projet établi en 1930 par l'Association allemande de droit international utilisait les termes « pour autant que cette autorité agit ès qualités et qu'elle utilise l'appareil administratif officiel ». Quelque peu différente est la formule proposée par de Visscher (*loc. cit.*, p. 253). Pour l'internationaliste belge, la responsabilité de l'Etat « est généralement admise, tout au moins [...] lorsque l'acte dommageable a été commis à la faveur soit de l'autorité soit de la force matérielle que l'agent coupable tient de ses fonctions ». D'autres internationalistes, comme Reuter (*loc. cit.*, p. 88) adhèrent à cette formule.

<sup>84</sup> Les réponses de la Belgique et de la Finlande à la question posée au point V, n° 2, b, de la demande d'informations du Comité préparatoire de la Conférence de 1930 s'inspiraient clairement de ce modèle. La première était libellée ainsi :

« La responsabilité de l'Etat existe si le fonctionnaire s'est servi des moyens mis à sa disposition en sa qualité d'organe de l'Etat » (SDN, *Bases de discussion...* [*op. cit.*], p. 75 et 76.)

<sup>85</sup> Dans la décision relative à l'Affaire Caire, mentionnée *supra* au paragraphe 14, on indiquait que l'action des deux officiers incompetents d'après le droit interne avait engagé la responsabilité de l'Etat parce qu'ils s'étaient « couverts de leur qualité d'officiers et servis des moyens mis, à ce titre, à leur disposition ». On ajoutait que « pour pouvoir admettre cette responsabilité [...] de l'Etat pour

les actes commis par ses fonctionnaires ou organes en dehors des limites de leur compétence, il faut qu'ils aient agi au moins apparemment comme des fonctionnaires ou organes compétents ou que, en agissant, ils aient usé de pouvoirs ou de moyens propres à leur qualité officielle ».

<sup>86</sup> Il est à remarquer qu'il n'est pas clair si, dans certaines des prises de position mentionnées aux notes ci-dessus, la référence à la notion d'emploi des moyens de la fonction doit servir à établir une distinction dans le cadre des comportements que les organes de l'Etat ont adoptés en qualité d'organes, ou bien à distinguer les comportements que les organes ont adoptés dans l'exercice de leurs fonctions d'organes par rapport aux comportements qu'ils ont adoptés à titre purement privé et sans rapport avec leur appartenance à l'appareil de l'Etat. De l'avis de la Commission, en tout cas, on ne saurait se servir de la notion d'emploi des moyens de la fonction pas même à cette deuxième fin. D'une part, l'emploi des moyens de la fonction est certes un indice, mais un indice insuffisant du fait que l'organe a agi en qualité officielle. Que l'on pense au cas d'un policier qui, en dehors du service, à la suite d'un litige personnel qu'il a eu avec un étranger, tue cet étranger en se servant de l'arme dont il est doté ; le fait reste quand même une action privée du policier. D'autre part, le fait que l'organe n'ait pas employé les moyens de la fonction ne constitue pas une preuve suffisante pour affirmer que l'organe a agi en qualité de simple particulier. Dans le cas où un organe omet d'accomplir une action à laquelle il était tenu (par exemple, omet de protéger la vie d'un chef d'Etat étranger en visite officielle dans le pays), il n'emploie évidemment pas les moyens de la fonction mais son comportement passif a quand même trait à son activité officielle.

<sup>87</sup> Comme on l'a indiqué, l'article VIII adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence de La Haye consacrait, au premier alinéa de son paragraphe 2, le principe de la responsabilité de l'Etat pour les actes accomplis par des fonctionnaires en dehors de leur compétence, mais « sous le couvert de leur qualité officielle ». Le second alinéa ajoutait :

« Toutefois, la responsabilité internationale de l'Etat ne sera pas engagée si l'incompétence du fonctionnaire était si manifeste que l'étranger devait s'en rendre compte et pouvait, de ce fait, éviter le dommage. »

(*Annuaire...* 1956, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3.)

Un texte s'inspirant de critères analogues a été inséré par García Amador dans l'article 12, par. 4, de son avant-projet révisé de 1961, et par Gräfrath et Steiniger dans l'article 3 de leur projet. Des formules en partie similaires figurent dans les ouvrages de plusieurs auteurs. Voir, entre autres, Guggenheim (*op. cit.*, p. 6), Jiménez de Aréchaga (*loc. cit.*, p. 550), Ténékidès (*loc. cit.* p. 787).

<sup>88</sup> Strisower (*loc. cit.*, p. 461) veut que l'organe ait agi « dans un rapport du moins apparent avec ses fonctions ». Freeman affirme que l'Etat est responsable lorsque l'organe a agi « sous l'autorité apparente de sa position » (*loc. cit.*, p. 290). Pour Greig (*op. cit.*, p. 435), l'Etat n'est pas responsable si les comportements des or-

(Suite de la note page suivante.)

ces notions ont été employées aussi bien dans la pratique des Etats que dans la jurisprudence internationale<sup>89</sup>. La conclusion logique de l'application de ces notions est que le comportement d'un organe agissant ès qualités mais en violation des prescriptions du droit interne ne serait pas attribuable à l'Etat lorsque la violation des prescriptions en question serait « manifeste », ou, à l'inverse, que le comportement serait attribuable à l'Etat pour autant qu'il n'apparaisse pas manifestement que l'organe ait violé de telles prescriptions.

25) Pour justifier une semblable conclusion, on a fait valoir que si l'incompétence de l'organe était manifeste au moment où l'organe agissait la partie lésée aurait pu et dû s'en apercevoir et, de ce fait, empêcher que le fait illicite se produise. La situation se rapprocherait de celle qui est prévue à l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>90</sup>, d'après lequel la manifestation de volonté d'un organe de l'Etat exprimant le consentement de l'Etat à être lié par un traité ne peut pas être attribuée à l'Etat s'il est manifeste que ce consentement est exprimé en violation des dispositions du droit interne concernant la compétence de l'organe. Toutefois, d'après la Commission, l'exception ne saurait être transposée telle quelle du domaine de l'attribution à l'Etat d'une déclaration de volonté à celui de l'attribution d'un agissement susceptible d'être la source d'une responsabilité internationale. Lors de la conclusion d'un traité, la partie qui se rend compte que l'organe de l'autre partie n'est pas compétent pour exprimer le consentement de l'Etat peut toujours se protéger en refusant d'accepter que le traité soit conclu dans de telles conditions. Par contre, dans la plupart des cas du moins, le fait de savoir que l'organe qui adopte un comportement illicite soit dépasse sa compétence soit viole les instructions reçues ne permettra pas à la victime de ce comportement d'échapper

(Suite de la note 88.)

ganes ne sont pas « dans le domaine apparent de leurs fonctions », Furgler (*op. cit.*, p. 26) affirme la responsabilité de l'Etat pour les actes de ses organes incompetents « pour autant qu'ils apparaissent comme des actes d'organes ». Selon Meron (*loc. cit.*, p. 113) et Quéneudec (*op. cit.*, p. 120), l'Etat répond de la conduite *ultra vires* de son organe si cette conduite a été tenue a) dans le cadre apparent de sa compétence ou b) en dehors du cadre apparent de sa compétence mais en se prévalant des moyens de la fonction, sauf si le sujet lésé, en conséquence du manque apparent de compétence de l'organe, pouvait éviter le dommage. Amerasinghe se rallie à cette formule (*loc. cit.*, p. 106 et suiv.).

<sup>89</sup> Les notes des secrétaires d'Etat Bayard et Adee, respectivement du 17 août 1885 et du 14 août 1900 (v. ci-dessus par. 6), avaient fait appel à la notion d'apparence. Sur cette même base a été rédigée la question posée au point V, n° 2, c, de la demande d'informations adressée aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence de La Haye, ainsi que les réponses de certains gouvernements (SDN, *Bases de discussion...* [*op. cit.*], p. 78 et suiv.). Pour ce qui est de la jurisprudence internationale, on peut rappeler que dans la sentence rendue en l'Affaire Caire (v. ci-dessus par. 14) on affirme que pour pouvoir admettre la responsabilité de l'Etat pour les actes de ses organes en dehors des limites de leur compétence « il faut qu'ils aient agi au moins apparemment comme des [...] organes compétents ».

<sup>90</sup> Pour le texte de la convention, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), p. 309.

à ses conséquences préjudiciables<sup>91</sup>. On se trouve alors devant un dilemme. Ou bien on introduit simplement la limitation excluant de l'attribution à l'Etat les comportements adoptés par des organes en situation d'incompétence « manifeste », et alors on risque de fournir à l'Etat une échappatoire inadmissible dans des cas particulièrement graves, où sa responsabilité internationale devrait au contraire être affirmée<sup>92</sup>. Ou bien on formule la limitation en question comme l'ont proposé certains auteurs, d'après lesquels le comportement de l'organe incompetent serait exclu de l'attribution à l'Etat si l'incompétence de l'organe était tellement manifeste que la partie lésée devait s'en rendre compte et *pouvait, de ce fait, éviter le préjudice*<sup>93</sup>. Mais alors on finit par réduire l'applicabilité de la limitation à un si petit nombre de cas qu'en fin de compte elle ne ferait qu'affaiblir inutilement la valeur de la règle de base, qu'il est nécessaire de confirmer de la façon la plus formelle. En conclusion, la Commission est d'avis que, quel que soit son énoncé, la limitation consistant à exclure de la qualification de faits de l'Etat les agissements d'organes commis en situation d'incompétence « manifeste » n'a pas sa place dans la règle définie au présent article.

26) Par contre, pour ce qui est des actions ou omissions que les êtres humains ayant le statut d'organes de l'Etat peuvent avoir commis en qualité de simples particuliers, la Commission a estimé qu'elles n'ont rien à voir avec l'appartenance des personnes en question à l'appareil de l'Etat, et ne sauraient donc être attribuées à l'Etat d'après le droit international. La Commission a déjà examiné cette question lors de l'élaboration de l'article 5 du projet. Ainsi qu'elle l'a indiqué aux paragraphes 8 et 9 du commentaire de cet article, la pratique des Etats, la jurisprudence internationale et la doctrine sont unanimes à cet égard. Les cas que l'on vient d'examiner confirment cette règle. Sans doute est-il vrai qu'il n'est pas toujours aisé d'établir dans un cas concret si la personne a agi en qualité d'organe ou en tant que particulier. Mais les difficultés que l'on peut parfois rencontrer dans l'application de la règle n'ôtent rien à son bien-fondé<sup>94</sup>. Cela n'empêche naturellement pas les Etats d'assumer parfois, par voie conventionnelle, une responsabilité pour de tels agissements : ils l'ont fait, par exemple, dans la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 1907), qui, dans son article 3, attribue à l'Etat la responsabilité de « tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force

<sup>91</sup> Pour ne donner qu'un exemple, il n'aurait été d'aucun secours à M. Youmans et aux autres ressortissants américains tués à Anguagueo par des soldats mexicains (v. ci-dessus par. 14) de savoir que ceux-ci agissaient en violation des instructions qu'on leur avait données.

<sup>92</sup> Au cas où, par exemple, un chef d'Etat déclencherait une guerre d'agression — « manifestement » en violation des dispositions du droit interne concernant son activité —, il serait absurde de ne pas considérer une telle action comme un fait de l'Etat, source, comme tel, de responsabilité internationale.

<sup>93</sup> Voir, notamment, l'article VIII, par. 2, du projet adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence de La Haye de 1930; l'art. 12, par. 4, du projet révisé de F. V. García Amador; les études de T. Meron (*loc. cit.*, p. 113) et de J.-P. Quéneudec (*op. cit.*, p. 120).

<sup>94</sup> Voir à ce propos le paragraphe 10 du commentaire de l'article 5.

armée» en violation du règlement annexé à la Convention, qu'elles aient agi en tant qu'organes ou en tant que particuliers<sup>95</sup>. Mais, faute de dispositions conventionnelles de ce genre, les Etats ne sauraient être tenus pour responsables de tels comportements. Certains membres de la Commission se sont demandé s'il n'y aurait pas lieu de prévoir néanmoins l'attribution à l'Etat des comportements que les individus ayant le statut d'organes adoptent à titre privé, dans les cas où ils se servent des moyens que l'Etat a mis à leur disposition pour l'accomplissement de leurs fonctions officielles, notamment de certains moyens de contrainte. La Commission a toutefois estimé que même dans ces cas les comportements en question ne sont pas attribuables à l'Etat. Le fait qu'un agent de police qui n'est pas en service se soit servi, pour tuer un étranger dont il était jaloux, de l'arme dont l'Etat l'avait doté n'a pas paru suffisant à la Commission pour que cette action soit attribuée à l'Etat sur le plan du droit international. Cela ne veut pas dire, bien entendu, que l'Etat ne puisse, le cas échéant, encourir une responsabilité internationale à l'occasion de situations de ce genre — mais il ne peut alors s'agir que d'une responsabilité du fait d'organes autres que celui qui a commis le fait préjudiciable. Autrement dit, les comportements que des organes adoptent à titre purement personnel sont entièrement assimilables aux comportements des personnes privées, dont on traite à l'article 11 du projet.

27) Pour ce qui est de la rédaction de la règle, la Commission a estimé qu'il fallait traiter en même temps des comportements des organes de l'Etat (visés à l'article 5 du projet) et des comportements des organes des collectivités publiques territoriales ou d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique (visés à l'article 7). Ces derniers organes peuvent eux aussi agir en contradiction avec les instructions concernant leur activité ou déployer des activités qui ne rentrent pas dans les limites de leur compétence. Dans plusieurs Etats fédéraux, par exemple, les agents de police sont des organes des Etats membres; si, contrairement aux instructions reçues, ils ne protègent pas efficacement le siège d'un consulat étranger, on ne peut qu'appliquer la même règle qu'on appliquerait si l'organe coupable était organe de l'Etat fédéral. Et l'on ne pourrait qu'appliquer la même règle si les agents de police étaient les organes non pas d'une collectivité publique territoriale, mais d'une autre entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique — par exemple d'une compagnie de chemins de fer à laquelle certains pouvoirs de police auraient été confiés. Si un de ces agents de la compagnie, dans l'exercice de ses fonctions, fouillait la valise d'un diplomate étranger, ce fait serait attribuable à l'Etat quand bien même l'agent aurait, ce faisant, agi contrairement aux instructions reçues.

28) L'expression « même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité » a été préférée à d'autres plus générales (par exemple

« même si [...] l'organe a agi en contradiction avec les prescriptions du droit interne concernant son « activité »), parce qu'elle couvre les hypothèses les plus fréquentes et les plus typiques de violation des dispositions du droit interne concernant l'activité de l'organe. En parlant d'organe qui a dépassé sa compétence, on entend se référer surtout au cas d'un organe qui agit dans le cadre de fonctions autres que celles qui lui ont été conférées. En parlant d'organe qui a contrevenu aux instructions concernant son activité, on entend se référer au cas d'un organe qui, tout en agissant dans le cadre des fonctions qui lui ont été conférées, agit de façon non conforme aux instructions, générales ou spécifiques, qu'on lui avait données. Il est vrai qu'il peut y avoir d'autres hypothèses moins fréquentes de violation des prescriptions du droit interne concernant l'activité de l'organe : lorsque par exemple l'organe contrevient à des règles générales relatives à l'administration publique, qui ne peuvent pas se définir, à proprement parler, comme des instructions. Mais l'on ne saurait tirer de ce fait aucune conséquence. L'article 10 ne fait en réalité que confirmer, même pour les hypothèses qui ont été les plus discutées, le principe de l'attribution à l'Etat de tous les comportements des organes agissant *ès qualités*. Aucune exception à ce principe ne saurait donc être admise.

29) Enfin, l'expression « ledit organe ayant agi en cette qualité » a été introduite pour indiquer que les comportements visés sont uniquement les actions et omissions accomplies par des organes dans l'exercice de leurs fonctions officielles, et non pas les actions et omissions accomplies par les individus ayant le statut d'organes dans le cadre de leur vie privée. Certains membres de la Commission se sont demandé s'il n'était pas opportun de préciser expressément que ces derniers comportements ne sont pas attribuables à l'Etat d'après le droit international. La majorité des membres a été toutefois d'avis qu'une mention en ce sens serait superflue. La non-attribution de ces comportements à l'Etat résulte clairement du fait que les articles 5, 7 et 10 n'attribuent à l'Etat que les comportements adoptés par les organes agissant en cette qualité. La précision proposée ne serait donc qu'une répétition superflue.

<sup>95</sup> G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Dieterich, 1910, 3<sup>e</sup> série, t. III, p. 479.

Article 11

Comportement de personnes n'agissant  
pas pour le compte de l'Etat

1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à l'Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou groupes de personnes visés audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10.

**Commentaire \*/**

1) Aux articles précédents du présent chapitre (art. 5 à 10), on a indiqué, de façon positive, quels sont les comportements qui doivent être considérés comme des

---

\* Annuaire ... 1975, vol. II, p. 75 à 89.

faits de l'Etat d'après le droit international. Le présent article vient confirmer les règles définies aux articles précédents indiquant, de façon négative, que certains comportements qui n'ont pas été mentionnés dans les articles en question ne doivent pas être considérés comme des faits de l'Etat d'après le droit international.

2) Les comportements visés au présent article, qui exclut leur attribution à l'Etat, comprennent avant tout les agissements des personnes physiques ou morales privées, pour autant — et c'est le cas le plus courant — que ces personnes n'agissent ni en droit ni en fait pour le compte de l'Etat. On a indiqué au paragraphe 2 de l'article 7 que l'Etat pouvait confier en droit à des personnes morales, même privées, l'exercice de prérogatives de la puissance publique. Au cas où une personne morale privée s'est vu conférer de telles prérogatives, et qu'elle agit dans l'exercice de ces prérogatives, ses comportements seront donc attribuables à l'Etat. On a en outre indiqué à l'article 8 que les organes de l'Etat (ou de l'une des entités visées à l'article 7) pouvaient, exceptionnellement, charger des personnes physiques ou morales privées d'exercer certaines activités pour le compte de l'Etat, sans pourtant que cela se traduise par une attribution formelle de la qualité d'organe de l'Etat ou d'une autre des entités mentionnées à l'article 7. Des personnes physiques ou morales privées peuvent aussi se trouver, dans des circonstances exceptionnelles, dans la condition de devoir assumer spontanément l'exercice de certaines prérogatives de la puissance publique. Dans ces cas aussi, des comportements de personnes privées seront donc attribuables à l'Etat. Mais dans tous les autres cas — c'est-à-dire, en un mot, dans tous les cas qui ne sont pas expressément prévus aux articles 7 et 8 —, les agissements des personnes physiques et morales privées relèvent des dispositions du présent article, qui prévoit qu'ils ne peuvent pas être considérés comme des faits de l'Etat. Les agissements des personnes morales qui ne peuvent pas être qualifiées de personnes morales privées d'après le droit interne de l'Etat (par exemple des personnes morales « parastatales » et aussi d'autres entités publiques qui n'ont cependant pas été habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique ou qui l'ont été, mais par rapport à un secteur d'activité différent de celui dans le cadre duquel elles ont agi) rentrent aussi dans le cadre des agissements visés au présent article. Enfin, il faut aussi considérer comme des agissements visés par l'article ceux des personnes physiques qui revêtent le statut d'organes de l'Etat ou d'une des entités mentionnées à l'article 7 (ou bien d'un Etat étranger, d'une organisation internationale, d'un mouvement insurrectionnel) mais qui, en l'occurrence, agissent en leur qualité de simples particuliers, c'est-à-dire qu'elles accomplissent des actions qui ont trait à leur vie privée et n'ont pas de rapport avec l'appareil de l'Etat.

3) Les agissements des personnes privées ou agissant en l'occurrence à titre privé ne sont en aucun cas attribuables à l'Etat. Il est sans importance à cet égard qu'il existe entre la personne qui agit et l'Etat un lien autre que ceux qui sont indiqués aux articles 7 et 8 — par exemple que la personne ait la nationalité de l'Etat en question ou qu'elle ait agi sur le territoire de cet Etat. Il est de même sans importance que la personne agisse seule ou en

groupe, dans une situation normale ou à l'occasion d'agitations populaires, manifestations, émeutes ou troubles en général, en temps de paix ou de guerre, etc. Il est en outre sans importance que ses agissements causent un préjudice à un Etat étranger ou bien à ses organes ou à ses ressortissants.

4) La conclusion rigoureusement négative quant à l'attribution à l'Etat de agissements des personnes physiques et morales privées et des autres personnes mentionnées au paragraphe 2 du présent commentaire n'implique toutefois pas que l'Etat ne peut pas encourir sur d'autres bases une responsabilité internationale à l'occasion de ces agissements. Le paragraphe 2 de l'article 11 a donc pour but de préciser expressément que sont à considérer comme faits de l'Etat d'après le droit international tous les comportements qui sont visés par les dispositions des articles 5 à 10 et qui ont été adoptés en rapport avec des agissements de personnes privées. Cela vaut, bien entendu, si le fait même que ces agissements ont pu avoir lieu fait ressortir qu'il y a eu en l'occurrence violation d'une obligation internationale de la part des organes de l'Etat ou d'une autre entité exerçant des prérogatives de la puissance publique. Il ne rentre bien sûr pas dans le cadre du présent projet de déterminer le contenu et l'étendue des obligations internationales des Etats qui peuvent se trouver violées par des actions ou, plus fréquemment, par des omissions d'organes de l'Etat en rapport avec des agissements de particuliers. Il suffit de rappeler que de telles obligations existent. Il ne fait pas de doute, par exemple, que l'Etat doit assurer, dans une mesure qui varie selon les cas, la protection des Etats étrangers et de leurs représentants en titre ainsi que de leurs simples ressortissants contre toute atteinte de la part de particuliers. Or, si, dans une situation concrète, l'Etat ou les entités mentionnées à l'article 7 n'adoptaient pas des mesures de protection adéquates et qu'une atteinte de la part de particuliers se produise, on serait en présence d'un fait de l'Etat en rapport avec les agissements de particuliers : un fait de l'Etat qui constitue la violation d'une obligation internationale de cet Etat. Il en serait de même si, une fois qu'il y a eu atteinte de la part d'un particulier, les organes de l'Etat manquaient, par exemple, à une obligation internationale de punir ou d'extrader le particulier auteur de cette atteinte. Il n'est pas à exclure non plus que, dans une situation donnée, on puisse attribuer à des organes de l'Etat une attitude complaisante devant l'action du particulier, une sorte de complicité avec cette action : le fait même de cette complaisance ou de cette complicité peut alors représenter la violation d'une obligation internationale de l'Etat. En conclusion, le but du paragraphe 2 de l'article 11 est de faire ressortir que l'Etat peut parfois encourir une responsabilité internationale à l'occasion d'agissements d'une personne privée ou de personnes visées au paragraphe 1 de l'article, en précisant cependant que cette responsabilité ne découle pas d'une sorte d'endossement par l'Etat des agissements des particuliers, mais d'un comportement distinct et attribuable à l'Etat en vertu des articles 5 à 10 du projet — un comportement qui n'est qu'en rapport avec lesdits agissements. Les actions de personnes privées ou agissant à titre privé constituent alors — et il est important de le souligner — un évé-

ment extérieur qui fonctionne comme élément catalyseur de l'illicéité de la conduite de l'Etat.

5) La règle dont on vient d'exposer le contenu a été établie par la Commission sur la base des données fournies par la pratique des Etats et par la jurisprudence internationale. Le point de départ de son analyse a été la constatation que l'on a souvent mis une responsabilité internationale à la charge d'un Etat à l'occasion d'actions ou omissions dont l'auteur matériel était une personne physique ou morale privée qui, en l'occurrence, n'avait pas agi pour le compte de l'Etat. La Commission a donc recherché si l'explication de cette responsabilité se trouvait dans le fait que sur le plan du droit international on attribuerait aussi à l'Etat, en tant qu'élément constitutif d'un fait internationalement illicite de sa part, des agissements de personnes privées qui n'ont pas agi pour le compte de l'Etat (par exemple de toute personne se trouvant sur son territoire ou de toute personne ayant sa nationalité), ou bien si cette responsabilité avait une autre base.

6) De l'avis de la Commission, il ne serait pas vraiment impossible, d'un point de vue purement théorique, de considérer que même les comportements de personnes privées n'agissant pas pour le compte de l'Etat sont des « faits de l'Etat » d'après le droit international. Une conclusion de ce genre toutefois ne saurait être admise qu'à une condition bien précise. L'étude de ce qui se produit dans la pratique des rapports internationaux devrait incontestablement faire ressortir : a) que dans les cas en question l'on a fait endosser par l'Etat, sujet de droit international, le fait de la personne privée en tant que telle — et, par conséquent, b) que la responsabilité internationale de l'Etat se produit, si tel en est le cas, comme conséquence d'un manquement à une obligation internationale réalisé par ce même fait<sup>96</sup>. Si cela était, il n'y aurait qu'à prendre acte d'une telle constatation et à en tirer les conséquences, aussi étonnantes qu'elles paraissent<sup>97</sup>.

7) L'examen de la pratique des rapports internationaux pourrait cependant faire ressortir que les agissements de personnes privées, agissant en tant que telles, n'entrent jamais en ligne de compte pour la détermination d'une responsabilité internationale de l'Etat s'ils ne s'accompagnent pas de certaines actions ou omissions émanant

d'organes de l'Etat. Cela ne devrait pas automatiquement exclure l'idée que l'action de la personne puisse être attribuée à l'Etat. On pourrait penser, en effet, qu'elle peut l'être, mais uniquement dans des cas où elle serait spécifiquement entachée d'une certaine participation ou d'une certaine complicité de la part d'organes de l'Etat<sup>98</sup>. Mais il importe de mettre en relief que cette conclusion comporterait toujours l'idée que l'Etat endosse le fait de la personne privée comme telle, dans les cas où certains organes étatiques auraient eu quelque connivence avec ce fait. C'est l'action de la personne privée qui se trouverait quand même au centre du comportement internationalement illicite de l'Etat, et c'est par l'action de cette personne, dont certains organes ne seraient que des complices, que l'Etat violerait une obligation internationale. La condition, indiquée au paragraphe précédent, d'une attribution à l'Etat de l'action du particulier demeurerait donc inchangée : dans l'examen des cas concrets, on devrait toujours être amené à faire la même constatation, à savoir que le fait internationalement illicite reproché à l'Etat consisterait en la violation d'une obligation internationale perpétrée par l'action de la personne privée en question et non pas, par exemple, en une infraction différente, émanant de quelqu'un d'autre.

8) Au cas où, par contre, il ressortirait des situations examinées qu'en fait l'Etat a été accusé d'avoir manqué à des obligations internationales autres que celle qui aurait pu être enfreinte par l'action de la personne privée, la conclusion devrait forcément être différente. La condition requise pour pouvoir reconnaître l'attribution à l'Etat du fait de la personne privée ferait manifestement défaut. Il ne serait plus question de soutenir que c'est par l'action de cette personne, endossée par l'Etat, que celui-ci aurait commis la violation d'une obligation internationale qu'on lui reproche. Il ne pourrait pas non plus être question de décrire les organes qui, en l'occurrence, auraient commis des actions ou des omissions comme des « complices » d'une violation d'une obligation internationale réalisée par l'action de cette personne, même s'il y avait eu de la bienveillance à l'égard du particulier et de sa conduite. Il faudrait conclure, au contraire, que s'il y a eu manquement au respect d'une obligation internationale, ce manquement a été directement et uniquement commis par ces mêmes organes de l'Etat, et que le « fait de l'Etat » susceptible d'engendrer une responsabilité internationale ne peut avoir été que l'action

<sup>96</sup> Imaginons, par exemple, qu'un particulier ait réussi à se faufiler à l'intérieur du siège d'une ambassade étrangère, qu'il y ait détruit des objets ou qu'il y ait soustrait des documents. Pour pouvoir conclure à l'attribution à l'Etat, comme source de responsabilité, du fait du particulier lui-même, il faudrait que l'on ait constaté que, dans le cas en question, l'Etat a été accusé précisément d'avoir violé, par sa propre action, l'obligation de respecter l'inviolabilité du siège de l'ambassade et de ses archives.

<sup>97</sup> Il serait vain d'objecter, comme des auteurs l'ont souvent fait, que seuls les Etats sont des sujets du droit international et donc qu'eux seuls peuvent violer les obligations imposées par ce droit. Sans compter la pétition de principe que cette objection comporte, les cas auxquels on se réfère ici ne sont pas des cas de prétendue responsabilité internationale d'individus, mais des cas de responsabilité internationale de l'Etat. Puisque ce serait à l'Etat que l'on attribuerait l'action du simple particulier, ce serait l'Etat qui agirait par son intermédiaire et qui, par là, manquerait à une obligation internationale.

<sup>98</sup> Il devrait s'agir naturellement d'une vraie participation ou complicité. Il en serait autrement si le terme « complicité » était employé tout à fait improprement, comme il arrive qu'on le fasse, et n'était qu'une fiction voulant désigner autre chose. Il est évident, par exemple, que l'on ne saurait définir correctement comme « complice » du forfait d'un individu le tribunal qui ne lui infligerait pas une peine appropriée.

Il va sans dire que, dans les hypothèses envisagées ici, l'action du particulier n'est sous aucun aspect à considérer comme l'action d'un organe. La « participation » (ou la « complicité ») éventuelle d'organes de l'Etat à l'action individuelle n'a pas pour effet de transformer son auteur en un membre, même occasionnel ou *de facto*, de l'appareil de l'Etat. On se trouve donc dans un domaine tout à fait distinct de celui des actions commises par certains individus à l'instigation et pour le compte de l'Etat, dont traite l'article 8, al. a, du projet.

ou l'omission de ceux-ci<sup>99</sup>. Le fait de la personne privée ne serait qu'un événement extérieur, étranger au fait de l'Etat, fait qui aurait simplement été commis en rapport avec cet événement<sup>100</sup>.

9) Le critère déterminant pour établir si le comportement attribué à l'Etat comme source de responsabilité internationale est le comportement de la personne privée ou celui d'un organe est donc la nature de l'infraction dont l'Etat est tenu pour coupable sur le plan du droit international. Par contre, le montant de la réparation qui, dans une situation donnée, est exigé par l'Etat réclamant ou est fixé par un tribunal international n'est pas, de l'avis de la Commission, un élément susceptible de nous éclairer sur le problème qui nous occupe. C'est à tort, d'après la Commission, que les auteurs se sont laissés impressionner par le fait que, dans certains cas, le montant de la réparation que l'Etat a dû verser a été calculé en fonction du dommage causé en fait par l'action de la personne privée, et qu'ils ont cru devoir en conclure que l'Etat, dans les situations envisagées, ne répondrait pas du fait de ses organes mais du fait de la personne privée. Une telle induction n'est nullement amenée par la constatation faite par ces auteurs. Si, dans l'examen d'un cas d'espèce donné, on devait conclure, sur la base des éléments indiqués aux paragraphes précédents, que le fait attribué à l'Etat comme source de responsabilité internationale n'a pas été l'action commise par la personne privée, mais le comportement de l'organe, il n'y aurait aucune raison de remettre ensuite en question cette conclusion. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que l'on exige de l'Etat qui, du fait de ses organes, a manqué par exemple à son obligation d'assurer une protection efficace au représentant d'un Etat étranger qu'il verse pour s'acquitter de sa responsabilité une indemnité correspondant au dommage causé par le particulier à ce

<sup>99</sup> Ainsi, pour en revenir à l'exemple de l'individu réussissant à pénétrer dans le siège d'une ambassade étrangère et à y commettre des dégâts ou des effractions, nul doute que si l'auteur de ces agissements avait été, par exemple, un fonctionnaire de police agissant en qualité, l'Etat aurait été spécifiquement accusé d'avoir manqué à ses obligations de respecter l'inviolabilité du siège de l'ambassade et de ses archives. Si l'on devait constater que, là où l'auteur de ces mêmes agissements était un simple particulier, l'Etat n'était pas accusé d'avoir porté atteinte à l'inviolabilité de l'ambassade, mais d'avoir manqué à l'obligation toute différente de veiller, avec la diligence nécessaire, à ce que de tels faits ne se produisent pas, il faudrait alors être cohérent en tirant les conséquences de cette constatation. Ce que l'on ferait endosser par l'Etat ne serait pas l'action du particulier, mais l'omission commise à l'occasion de cette action par les organes chargés de la surveillance.

<sup>100</sup> Cela ne veut pas dire qu'un tel événement serait sans effet pour la détermination de la responsabilité de l'Etat. Au contraire, comme on l'a noté *supra*, il pourrait en conditionner l'existence, en agissant du dehors comme élément catalyseur de l'illicéité de la conduite des organes étatiques dans le cas d'espèce. Par exemple, si l'obligation internationale de l'Etat consiste à veiller à ce que des Etats étrangers ou leurs ressortissants ne fassent pas l'objet d'atteintes de la part de personnes privées, un manquement à une obligation de ce genre ne se réalise que si l'atteinte est commise dans les faits. Mais il ne s'agirait en tout cas pas d'une condition de l'attribution à l'Etat du comportement de ses organes — attribution qui, même sans cela, serait incontestablement acquise. Ce qui dépendrait de l'événement extérieur en question serait la possibilité de considérer le fait de l'Etat comme constituant, dans le cas d'espèce, la violation consommée d'une obligation internationale, et, partant, comme étant la source d'une responsabilité internationale.

représentant. On a déjà mis en évidence que l'action de la personne privée, même si l'on ne devait y voir qu'un simple événement extérieur par rapport au fait endossé par l'Etat, pourrait tout de même constituer une condition nécessaire pour que, dans le cas concret, l'illicéité de la conduite des organes de l'Etat apparaisse et pour que la responsabilité de ce dernier soit engagée. Il n'y aurait donc rien de tellement étrange à ce que les conséquences préjudiciables provoquées par la même action fournissent, dans certains cas tout au moins, un critère pour déterminer le montant de la réparation due par l'Etat à la suite de l'infraction commise en l'occurrence par ses organes.

10) L'idée selon laquelle la réponse à la question de l'attribution ou de la non-attribution à l'Etat de comportements de personnes privées dépendrait des critères que l'on utiliserait pour déterminer le montant de la réparation due par l'Etat est liée à l'idée, que la Commission a rejetée lors de l'examen de l'article 3 du projet, selon laquelle l'une des conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite de l'Etat serait l'existence d'un « dommage » causé par la violation de l'obligation. On comprend que ceux qui sont d'avis que le dommage serait l'un des éléments constitutifs du fait internationalement illicite puissent penser que la responsabilité découlant d'un tel fait s'identifie avec l'obligation de réparer ce même dommage. Et l'on comprend aussi qu'ils admettent difficilement que le montant de la réparation exigée d'un Etat (qui ne serait tenu pour responsable que d'avoir omis de prévenir ou, surtout, de punir l'action du particulier) puisse être calculé en fonction non pas du « dommage » que cette omission même aurait causé, mais de celui qu'a provoqué l'action de la personne privée. Cependant, d'après la Commission, le dommage — et surtout le dommage économique — doit être vu non pas comme un élément du fait internationalement illicite de l'Etat, mais comme un effet matériel de ce fait, non automatique d'ailleurs, surtout en tant qu'effet susceptible d'être traduit en termes de perte économique. Lorsque la responsabilité qui est la conséquence d'un fait internationalement illicite se traduit en une obligation de réparer, ce que l'Etat dont la responsabilité est engagée doit réparer, c'est le manquement à ses propres obligations internationales, la perturbation qu'il a provoquée dans les rapports juridiques internationaux. Mais le montant de la réparation n'est pas uniquement déterminé par les conséquences économiques du manquement lui-même. Il est fort compréhensible que, dans certains cas, lorsque le manquement a effectivement causé un préjudice, on puisse tenir compte de l'étendue de ce préjudice pour fixer le montant de la réparation. Mais il n'est pas dit que le montant de la réparation doive nécessairement être lié à l'évaluation du dommage économique découlant de l'infraction. Dans certains cas, il peut même être sans objet de chercher quel a été le « dommage » économique qu'un Etat aurait provoqué par la violation commise par ses organes, par exemple dans le cas où un Etat n'aurait pas puni, ou pas puni d'une façon adéquate, la personne qui aurait causé un dommage à un ressortissant étranger. Ce n'est pas ainsi que, dans beaucoup de cas, on trouvera une base sûre pour déterminer le montant de la réparation due pour

une infraction commise par l'Etat. Même si l'on veut prendre comme élément de référence le préjudice économique effectivement causé et en tenir compte pour déterminer le montant de la réparation du manquement en question, ce préjudice ne sera pas nécessairement celui qu'aurait produit le comportement adopté en l'occurrence par les organes de l'Etat. Comme on l'a indiqué, il n'y a rien de surprenant à ce que l'Etat qui a manqué envers un autre Etat à son devoir de protection de ses ressortissants contre les actes de personnes privées soit requis de réparer son manquement en payant une indemnité calculée sur la base du préjudice économique effectivement causé à ces personnes par l'action commise sur son territoire par un particulier. Ce serait, dans bien des cas, une solution plus logique que celle de prendre comme élément de référence le dommage, si difficile à évaluer, que les organes de l'Etat auraient causé eux-mêmes. Mais répétons-le pour terminer : cette solution ne nous oblige nullement, lorsqu'elle est adoptée, à tirer la conclusion que l'Etat aurait fait sienne, en l'occurrence, l'action du particulier.

11) Encore deux précisions. La première est que la responsabilité de l'Etat à l'occasion de faits accomplis par des personnes privées ne saurait en aucun cas être décrite comme une responsabilité « indirecte » ou « pour fait d'autrui » (« vicarious »). On définit comme responsabilité « indirecte » ou « pour fait d'autrui », dans n'importe quel système de droit, la responsabilité qu'un sujet de cet ordre juridique encourt pour le fait illicite d'un autre sujet du même ordre juridique. Cette forme anormale de responsabilité entraîne une scission entre le sujet qui commet un fait internationalement illicite et celui qui porte la responsabilité de ce fait. Or, dans les cas de responsabilité internationale de l'Etat à l'occasion d'actions de personnes privées, ces personnes ne peuvent pas être considérées comme des sujets distincts du droit international. Les conditions pour qu'il y ait responsabilité indirecte font donc entièrement défaut.

12) La deuxième précision est que s'il devait apparaître que dans certaines situations (notamment en cas de troubles) l'Etat répond dans tous les cas des agissements préjudiciables à des Etats étrangers ou à leurs ressortissants sans s'occuper de savoir si de tels agissements, soit de personnes privées soit d'organes, lui sont attribuables, on se trouverait devant quelque chose d'entièrement étranger au domaine de la responsabilité pour faits internationalement illicites — quelque chose qui n'aurait plus de rapport avec la détermination des conditions d'existence d'un fait de l'Etat sur le plan international. On serait en présence d'une garantie que l'Etat accorderait, sur le plan international, contre les risques d'agissements commis sur son territoire, dans certaines conditions, par des personnes privées.

13) C'est en ayant présentes à l'esprit les considérations de principe qui précèdent que la CDI a procédé à l'étude des cas concrets qui se sont présentés dans la réalité des rapports internationaux en commençant par une analyse de la jurisprudence. A cet égard, la Commission a constaté qu'au siècle dernier déjà on faisait état du principe d'après lequel le comportement d'une personne privée ne saurait jamais, à lui seul, justifier que l'on tienne l'Etat pour responsable sur le plan du droit international.

Pour qu'une telle responsabilité subsiste, il faut en tout cas que ce comportement soit accompagné d'un comportement coupable émanant d'organes de l'Etat<sup>101</sup>. Cela dit, il faut reconnaître que certaines de ces décisions semblent corroborer la thèse de l'attribution à l'Etat, en tant que source de responsabilité, du fait du particulier lui-même, caractérisé par l'approbation ou la ratification de l'Etat<sup>102</sup>.

14) Le principe de l'impossibilité d'attribuer le fait du particulier à l'Etat, en tant que source de responsabilité de celui-ci, ressort par contre nettement des sentences rendues au début du xx<sup>e</sup> siècle — le 30 septembre 1901 — par l'arbitre Ramiro Gil de Uribarri, chargé en vertu de la Convention italo-péruvienne du 25 novembre 1899 de statuer sur les réclamations des ressortissants italiens résidant au Pérou<sup>103</sup>. Dans la complexe *Affaire Poggioli*, jugée par le surarbitre Ralston, de la Commission italo-vénézuélienne instituée en vertu des Protocoles du 13 février et du 7 mai 1903, l'une des réclamations examinées concernait les agissements de quatre particuliers qui avaient essayé, entre autres, d'assassiner l'un des frères Poggioli. Dans la décision, on parle encore d'actes de particuliers qui seraient devenus des actes du gouvernement lui-même du fait que les autorités du pays n'avaient pas puni ces particuliers, mais en même temps on affirme que « certains organes n'ont pas exercé correctement leurs fonctions, et pour ce manquement le Gouvernement du Venezuela doit être tenu pour responsable<sup>104</sup> ». Le langage employé dans la décision n'était donc pas très précis. Toutefois, de l'ensemble de la sentence, il résulte assez clairement que le surarbitre n'entendait nullement admettre que des agissements de particuliers puissent en tant que tels être attribués à l'Etat<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> Voir p. ex. la décision rendue sur l'Affaire Ruden par la Commission des réclamations Etats-Unis d'Amérique-Pérou, établie par la Convention du 4 décembre 1868 (Moore, *History and Digest...* [op. cit.], vol. II, p. 1654 et 1655); celle relative à l'Affaire Glenn, rendue par un surarbitre nommé sur la base de la Convention américano-mexicaine du 4 juillet 1868 (*ibid.*, vol. III, p. 3138); celle relative à l'Affaire Cotesworth and Powell, rendue le 5 novembre 1875 par la Commission mixte Grande-Bretagne/Colombie, créée en vertu de la Convention du 14 décembre 1872 (*ibid.*, vol. II, p. 2082); celle relative à l'Affaire De Brissot and others, rendue en 1890 par la Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/Venezuela, créée par la Convention du 5 décembre 1885 (*ibid.*, vol. III, p. 2968).

<sup>102</sup> Ainsi, dans la décision relative à l'Affaire Cotesworth and Powell, citée à la note précédente, la Commission indiquait qu'elle fondait uniquement la responsabilité de la Colombie sur les conséquences de l'amnistie accordée aux particuliers auteurs des faits préjudiciables, et ajoutait qu'elle adhérait par là « au principe bien connu du droit international que par le pardon d'un criminel un pays assume la responsabilité de ses actes passés ». On peut voir dans cette prise de position l'indice de l'influence de conceptions encore largement partagées à l'époque de la sentence.

<sup>103</sup> Voir p. ex. les décisions relatives à l'Affaire Capelleti (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV [publication des Nations Unies, numéro de vente : 66.V.3], p. 439) et à l'Affaire Serra (*ibid.*, p. 410).

<sup>104</sup> *Ibid.*, vol. X (numéro de vente : 60.V.4), p. 689 [tr. de l'original anglais].

<sup>105</sup> Certaines incertitudes apparentes provenaient vraisemblablement tout autant de la complexité de la situation de fait examinée que de l'influence persistante de certaines théories encore diffusées à l'époque. Le surarbitre entendait probablement mettre en évidence

15) C'est dans la seconde moitié des années 20 que les idées se précisent et se clarifient davantage. Le 1<sup>er</sup> mai 1925, l'arbitre Max Huber, institué comme tel par l'Accord anglo-espagnol du 29 mai 1923, rendait la sentence bien connue sur l'ensemble des réclamations comprises dans l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*. Il ressort des considérations de l'arbitre<sup>106</sup> : a) que là où des agissements de particuliers, préjudiciables pour des étrangers étaient à déplorer, il ne voyait comme fait de l'Etat, source possible d'une responsabilité internationale, qu'un défaut éventuel de prévention ou de répression des agissements en question de la part des organes de l'Etat; b) qu'il excluait nettement que le fait du particulier puisse être d'aucune manière la source d'une responsabilité de l'Etat; c) qu'il considérait le fait du particulier comme un événement dommageable étranger au comportement susceptible d'être attribué à l'Etat en la circonstance; d) que, même en vue de la détermination du montant de la réparation, il tenait à souligner que la responsabilité de l'Etat se fondait uniquement sur le manquement à une obligation internationale commis en l'occurrence par ledit Etat, et non pas sur les circonstances et les effets de l'action des particuliers.

16) Ce furent ensuite surtout les décisions des commissions des réclamations constituées entre certains pays et le Mexique qui devaient donner l'occasion d'une nouvelle analyse plus approfondie des problèmes de la responsabilité des Etats à l'occasion d'agissements de particuliers. La Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique, créée par la Convention du 8 septembre 1923, devait apporter dans plusieurs cas une contribution importante à l'affirmation définitive du principe que la responsabilité de l'Etat à l'occasion d'agissements de particuliers, là où elle est établie, n'est fondée que sur un comportement de l'Etat, constitué par un défaut de prévention ou de répression à propos desdits agissements. La sentence qui mérite le plus d'attention à cet égard est celle qui a été rendue dans l'*Affaire Janes* le 16 novembre 1925 par la commission en question, présidée par van Vollenhoven. La Commission devait juger d'une réclamation présentée au Mexique par les Etats-Unis d'Amérique à la suite du meurtre d'un res-

sortissant américain, assassiné par un employé renvoyé de nationalité mexicaine. La réclamation était motivée par le fait que les autorités mexicaines n'avaient pas pris de mesures adéquates pour arrêter le coupable, resté impuni. L'agent des Etats-Unis avait fait valoir la « complicité » de l'Etat mexicain en l'affaire. Ayant négligé d'arrêter et de punir le coupable, l'Etat aurait pardonné et ratifié le crime de ce dernier et, par là, l'aurait fait sien. Mais le tribunal, après s'être assuré de la réalité de la négligence des autorités mexicaines, n'a pas hésité à indiquer<sup>107</sup> : a) que le fait du particulier n'est attribué qu'à ce dernier, et que le fait susceptible d'être attribué à l'Etat n'est que celui de ses organes; b) que l'un et l'autre entrent en considération sur deux plans entièrement distincts, le premier sur celui du droit interne, le deuxième — et lui seul — sur celui du droit international; c) que l'idée d'une complicité inhérente au défaut de répression est une pure fiction, et qu'en tout cas l'on ne saurait s'appuyer sur elle pour renverser les conclusions et pour attribuer à l'Etat l'action du particulier. Pour la détermination de l'indemnité due par le Mexique à la suite des omissions qu'on lui attribuait, le tribunal a estimé nécessaire de tenir compte, à cet effet aussi, de la distinction qu'il avait marquée entre l'infraction commise par le particulier et celle qui était reprochée à l'Etat. Il a souligné que les deux infractions étaient différentes « dans leur origine, leur caractère et leurs effets<sup>108</sup> ». Il a donc estimé que l'Etat était tenu, à titre de réparation de son omission internationalement illicite, de dédommager les ressortissants étrangers lésés par cette omission. L'évaluation du dommage causé par l'omission ne pouvait pas, de l'avis du tribunal, être faite sur la base du dommage provoqué par l'assassin, dommage différent et infligé à une personne physique différente. Le tribunal entendait donc souligner, même pour ce qui était du montant de la réparation, qu'il ne faisait entrer en ligne de compte que l'omission des organes de l'Etat et non pas l'action du particulier<sup>109</sup>. Dans d'autres affaires, et notamment dans l'*Affaire Kennedy*, jugée le 6 mai 1927<sup>110</sup>, l'*Affaire Venable*, jugée le 8 juillet 1927<sup>111</sup>, et l'*Affaire Canahl*, jugée le 15 octobre 1928<sup>112</sup>, la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique appliqua à nouveau les principes exposés à propos de l'*Affaire Janes*.

17) Après le début des années 30, on ne trouve plus, dans la jurisprudence arbitrale internationale, de décisions d'un intérêt comparable à celle de l'*Affaire Janes*. Mais le principe de la non-attribution à l'Etat d'agissements de particuliers apparaît désormais comme définitivement acquis, et cela sans que la conclusion négative

(Suite de la note 105.)

deux aspects différents de l'action du gouvernement local. Tout d'abord, il dénonçait la complicité de ce gouvernement dans les agissements des particuliers auteurs des crimes. Mais, dans le cas d'espèce, ce n'était pas une fiction que de parler de « complicité ». Il ne s'agissait pas de se servir de cette expression pour n'indiquer qu'une attitude adoptée *ex post facto* en omettant de soumettre les coupables d'un crime au châtement mérité. On était même en droit de se demander si, dans les circonstances qui entouraient le cas d'espèce, les autorités locales n'étaient pas allées au-delà d'une « complicité », d'une simple participation à des agissements de particuliers, et si ceux-ci n'étaient pas bel et bien des agents du gouvernement, des personnes qui agissaient à son instigation, de sorte que leurs actions apparaissaient en fin de compte comme étant le fait du gouvernement. L'arbitre relevait qu'un fait était certain en tout cas : les autorités du gouvernement local s'étaient rendues coupables de ne jamais avoir puni ou cherché à punir les auteurs des crimes perpétrés. Dans cette omission il voyait un déni de justice, une infraction commise assurément par le gouvernement, la source indiscutable de la responsabilité internationale de l'Etat.

<sup>106</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.1), p.636, 709 et 710.

<sup>107</sup> *Ibid.*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 86 et suiv.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>109</sup> Le membre américain de la Commission, Nielsen, se sépara de l'opinion de la majorité au sujet des critères à suivre dans la détermination de l'indemnisation à payer. Il soutint que l'Etat dont les autorités auraient négligé de prendre des mesures promptes et efficaces pour arrêter et punir les particuliers coupables était précisément tenu de réparer le dommage causé par l'action de ces derniers (*ibid.*, p. 90 et suiv.).

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 194 et suiv.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 219 et suiv.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 389 et suiv.

énoncée par ledit principe puisse être modifiée par l'attitude des autorités officielles en relation avec de tels agissements. Les commissions arbitrales se bornent donc à rechercher si, dans une situation concrète, on peut reprocher à l'Etat un manquement à ses obligations internationales de prévention et de répression, et à juger d'après les résultats de cette recherche si un fait internationalement illicite représenté exclusivement par un tel manquement a été commis par l'Etat. Ainsi, dans la décision relative à l'*Affaire des Finnish Shipowners against Great Britain in respect of the Use of certain Finnish Vessels during the War*, rendue le 9 mai 1934 sur la base de l'Accord Grande-Bretagne/Finlande du 30 septembre 1932, l'arbitre, en se référant au jeu de la règle de l'épuisement préalable des recours internes, indiquait que les deux parties étaient d'accord pour reconnaître qu'il pouvait y avoir des cas dans lesquels il était possible de dire qu'une violation du droit international résultait des actes commis en eux-mêmes — donc avant que l'on ait eu recours au tribunal national. Après quoi, il ajoutait que ces actes devaient avoir été commis par le gouvernement défendeur ou par ses fonctionnaires, car il n'y avait pas de responsabilité directe en droit international pour les actes de particuliers <sup>113</sup>.

18) Dans le cadre des sentences arbitrales ayant trait à la question ici envisagée, on a souvent considéré comme une catégorie à part les décisions qui se réfèrent à des préjudices infligés par des particuliers à des étrangers à l'occasion d'émeutes, de révoltes et, en général, de troubles que les autorités officielles n'étaient pas en mesure d'éviter ou de contrôler. Le principe excluant la possibilité d'attribuer à l'Etat, en tant que source de responsabilité, l'action des individus auteurs des préjudices en question ressort une fois de plus nettement de ces décisions. La Commission mixte Grande-Bretagne/ Etats-Unis d'Amérique, créée par l'Accord du 18 août 1910, observait par exemple dans sa décision du 18 décembre 1920 relative à l'*Affaire Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ* qu'un gouvernement ne pouvait pas être tenu pour responsable à la suite de l'action commise au mépris de son autorité par des rebelles « s'il n'était pas lui-même coupable de violation de la bonne foi ou de négligence dans la répression de l'insurrection <sup>114</sup> ». Le

principe fondamental de la non-responsabilité de l'Etat pour les dommages provoqués sur son territoire lors d'événements tels qu'émeute, révolte, guerre civile, guerre internationale a été également réaffirmé par l'arbitre Max Huber dans sa décision (déjà mentionnée) du 1<sup>er</sup> mai 1925 à propos de l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*. On y lit que

La responsabilité pour l'action ou l'inaction de la puissance publique est tout autre chose que la responsabilité pour des actes imputables à des personnes échappant à l'influence des autorités ou leur étant ouvertement hostiles <sup>115</sup>.

19) Pour ce qui est de la pratique des Etats, les prises de position des gouvernements lors des travaux préparatoires de la Conférence de codification de 1930 ainsi qu'au cours de la Conférence elle-même sont particulièrement significatives. Tous les Etats ayant participé à ces travaux ont reconnu que des agissements de simples particuliers ne sauraient jamais être attribués à l'Etat comme source de responsabilité internationale. Ils ont admis que l'Etat n'endosse, le cas échéant, que des comportements adoptés par ses propres organes en relation avec lesdits agissements de particuliers et représentant en tant que tels une violation de ses obligations internationales, et cela même dans le cas où les agissements de particuliers auraient eu lieu dans des circonstances spéciales (émeutes, troubles intérieurs, etc.) ou auraient causé des dommages à des étrangers jouissant d'une protection spéciale (par exemple des agents diplomatiques accrédités auprès de l'Etat). C'est ce qui ressort en premier lieu des réponses fournies par les gouvernements à divers points de la demande d'informations qui leur avait été soumise par le Comité préparatoire de la Conférence <sup>116</sup>. En se prévalant des réponses reçues, le Comité préparatoire élaborait les bases de discussion n<sup>os</sup> 10, 17, 18, 19 et 22, *d*, qui malheureusement se caractérisent toutes par le fait qu'elles traitent de la définition des obligations concernant le traitement des étrangers plutôt que de la détermination des faits attribuables à l'Etat en tant que source d'une responsabilité internationale. La Conférence n'a pas eu la possibilité d'examiner la base n<sup>o</sup> 22, *d*. D'autre part, la base n<sup>o</sup> 19 fut supprimée comme étant un complément inutile de la

<sup>113</sup> *Ibid.*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1051. Voir dans le même sens l'*Affaire Kidd*, jugée le 23 avril 1931 par la Commission mixte Grande-Bretagne/Mexique instituée par l'Accord spécial du 19 novembre 1926 (*ibid.*, vol. V [numéro de vente : 1952.V.3], p. 142 et suiv.); l'*Affaire Noyes*, jugée le 22 mai 1933 par la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Panama, créée en application de la Convention du 28 juillet 1926 (*ibid.*, vol. VI [numéro de vente : 1955.V.3], p. 311); et les affaires Denham et Adams, jugées par la même commission respectivement le 22 mai 1933 (*ibid.*, p. 312 et 313) et le 21 juin 1933 (*ibid.*, p. 322 et 323). On trouve une confirmation autorisée du principe que l'Etat ne répond pas automatiquement de tous les agissements illicites qui ont lieu sur son territoire dans la sentence de la CIJ dans l'*Affaire du détroit de Corfou* [fond] (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 18).

<sup>114</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1955.V.3), p. 44 [tr. de l'original anglais]. Voir aussi la sentence sur l'*Affaire Lovett*, rendue par la Commission des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Chili, créée par la Convention du 7 août 1892 (Moore, *History and Digest...* [op. cit.], vol. III, p. 2990 et suiv.), et la décision

relative à l'*Affaire Underhill*, rendue par la Commission mixte des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Venezuela, créée par le Protocole du 17 février 1903 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX [publication des Nations Unies, numéro de vente : 59.V.5], p. 159).

<sup>115</sup> *Ibid.*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 642 et suiv. L'arbitre Huber fera une application spéciale de ces principes dans l'*Affaire Ziat, Ben Kiran* (*ibid.*, p. 730).

<sup>116</sup> Il s'agit des réponses fournies aux points VII, *a* (violation par un Etat du devoir de protéger les étrangers contre les dommages causés par des particuliers); VII, *b* (violation par un Etat du devoir de punir les particuliers ayant causé des dommages aux étrangers); VII, *c* (actes de particuliers dirigés contre les étrangers comme tels); IX, *d* (dommages causés par des personnes participant à une insurrection ou à une émeute ou par la foule, le mouvement étant dirigé contre les étrangers comme tels ou contre des personnes d'une nationalité déterminée); et V, n<sup>o</sup> 1, *c* (dommages causés par des particuliers à des étrangers revêtus « d'un caractère public reconnu par l'Etat ») [SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 62 et suiv., 93 et suiv., 119 et suiv., et *Supplément au tome III* (op. cit.), p. 2, 3, 13, 14, 18, 19 et 21].

base n° 18, et les autres trois bases furent réunies dans un seul texte ainsi libellé :

La responsabilité de l'Etat se trouve engagée à l'occasion d'un dommage causé par un particulier à la personne ou aux biens d'un étranger si l'Etat n'a pas pris les mesures de prévention ou de répression que l'on était en droit, eu égard aux circonstances, d'attendre raisonnablement de lui <sup>117</sup>.

20) Ce texte provoqua un long débat, au cours duquel se dessina une scission nette entre deux groupes d'Etats : les uns, favorables en principe au texte proposé, étaient convaincus que les Etats étaient tenus d'assurer aux étrangers, dans certaines circonstances, une protection plus grande que celle qu'ils accordent à leurs propres ressortissants; les autres, opposés au texte en discussion, n'étaient pas disposés à admettre que l'on aille au-delà de la possibilité d'exiger pour les étrangers le traitement fait aux ressortissants. La querelle traditionnelle entre ceux qui, en matière de traitement des étrangers, soutiennent la thèse du « standard minimal » et ceux qui soutiennent le principe de l'égalité de traitement avec les ressortissants s'était ainsi glissée dans la discussion. Il en résulta l'impossibilité d'arriver à une solution susceptible de recueillir une large majorité. Certaines propositions ayant été écartées, la discussion fut reprise autour d'un nouveau texte rédigé par les délégations grecque, italienne, britannique et française et celle des Etats-Unis d'Amérique et libellé comme suit :

En ce qui concerne les faits dommageables commis à l'égard d'étrangers ou de leurs biens par des particuliers, l'Etat n'est responsable que lorsque le dommage que les étrangers ont souffert résulte du fait que l'Etat aurait omis de prendre les mesures qu'il convenait de prendre normalement, selon les circonstances, pour prévenir, réparer ou réprimer de tels faits dommageables <sup>118</sup>.

Toutefois, ce texte même, emprunté à celui qu'avait adopté l'Institut de droit international à sa session de Lausanne, ne pouvait satisfaire les tenants de la thèse plus restrictive en matière de droit des étrangers. Soumis au vote après avoir été endossé par la Sous-Commission, il obtint 21 voix contre 17, avec 2 abstentions <sup>119</sup>. Il devint par là l'article X du projet adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence, mais le résultat du vote ne permettait guère d'espérer une adoption définitive.

21) Compte tenu des considérations qui précèdent, les travaux de la Conférence de codification de 1930 permettent de faire la constatation suivante : s'il n'y avait pas eu une difficulté, étrangère en somme à la matière de la responsabilité proprement dite, si l'on avait pu discuter, par exemple, autour d'un texte qui serait resté neutre quant à la définition de la portée des obligations de l'Etat en matière de protection des étrangers, on aurait pu facilement atteindre un résultat très positif sur la question de responsabilité que l'on examinait. Preuve en est le fait que tous les Etats qui se déclarèrent finalement contre la proposition de la Sous-Commission avaient préalablement voté en faveur d'une proposition présentée par la Chine et qui ne différait de celle de la majorité

qu'en ce qu'elle acceptait le principe de l'égalité de traitement entre étrangers et ressortissants <sup>120</sup>.

22) Un dernier point qui mérite d'être brièvement relevé dans l'examen des prises de position des Etats à l'occasion de la Conférence de 1930 et de ses travaux préparatoires est celui qui concerne les critères à utiliser dans la détermination du montant de la réparation due par l'Etat pour un manquement à ses obligations internationales de protection des étrangers à l'occasion d'agissements de particuliers. La conviction que ces critères ne sauraient influencer la solution à donner au problème de la détermination du fait qui, dans ces situations, est attribué à l'Etat comme source de responsabilité internationale trouve une confirmation dans la position adoptée par la plupart des Etats à l'égard de la question posée par le Comité préparatoire de la Conférence au point XIV, d, de sa demande d'informations <sup>121</sup>. Il est intéressant de remarquer, d'ailleurs, que les gouvernements ont finalement été d'accord, à la Conférence, pour adopter à propos de la réparation une formule qui, sans être aussi précise que celle que le Comité préparatoire avait proposée dans la base de discussion n° 29 <sup>122</sup>, n'en paraît pas moins peu susceptible d'une interprétation permettant de tenir compte, dans la détermination du montant de la réparation de dommages autres que ceux qu'a provoqués, dans les hypothèses ici envisagées, l'omission internationalement illicite des organes de l'Etat <sup>123</sup>.

23) Les positions prises par les gouvernements à l'occasion de situations concrètes sont également significatives. Il y a lieu de tenir compte, d'abord, de quelques situations dans lesquelles des préjudices ont été causés par des particuliers à de simples particuliers étrangers. Ensuite, il faut prendre en considération des situations spéciales, comme celles d'agissements préjudiciables commis, toujours contre des particuliers étrangers, à l'occasion d'agitations populaires, démonstrations, émeutes et troubles en général. Il reste enfin à passer en revue la situation en cas d'atteintes dont les victimes n'ont plus été de simples particuliers, mais des personnes ayant droit à une protection spéciale, notamment des représentants d'Etats étrangers, ou encore les Etats étrangers eux-mêmes, en cas d'atteinte par des particuliers à leur sécurité.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 185.

<sup>121</sup> SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 146 et suiv., et *Supplément au tome III* (*op. cit.*), p. 26.

<sup>122</sup> Le paragraphe 3 de la base n° 29 était ainsi conçu :

« Lorsque la responsabilité de l'Etat résulte uniquement du fait qu'il n'a pas pris les mesures requises après l'accomplissement de l'acte dommageable, il n'est tenu qu'à la réparation du dommage résultant de l'omission totale ou partielle de ces mesures. » (SDN, *Bases de discussion...* [*op. cit.*], p. 152.)

<sup>123</sup> Le texte que la sous-commission chargée de l'examen de la base n° 29 présenta à la Troisième Commission et qui, approuvé par celle-ci avec 32 voix favorables, devint ensuite, avec des retouches de forme, l'article III du projet adopté en première lecture par la Conférence, ne mentionnait la réparation des dommages subis qu'« en tant qu'ils se présentent comme la conséquence de l'inobservation de l'obligation internationale » (SDN, *Actes de la Conférence...* [*op. cit.*], p. 130).

<sup>117</sup> SDN, *Actes de la Conférence...* (*op. cit.*), p. 143.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 190.

24) En ce qui concerne la première catégorie de situations, la pratique des Etats-Unis d'Amérique est l'une des plus largement connues. A plusieurs occasions, le Gouvernement américain a exprimé la conviction qu'une responsabilité internationale de l'Etat en relation avec des agissements de particuliers ne saurait se produire que si, à l'occasion de ces agissements, il y a eu manquement par l'Etat à ses obligations internationales de protection. On peut citer à titre d'exemple les prises de position de l'American Mexican Claims Commission<sup>124</sup>, instituée par la *Mexican Claims Act* de 1942, à propos des *Texas Cattle Claims*<sup>125</sup> et de la réclamation *Dexter*<sup>126</sup>, ainsi que des avis donnés par des conseillers juridiques adjoints du Département d'Etat, respectivement le 28 mai 1952<sup>127</sup> et le 17 juillet 1957<sup>128</sup>. Dans des instructions envoyées en 1959 par le Département d'Etat à l'Ambassade des Etats-Unis d'Amérique à San Salvador et refusant d'appuyer une réclamation avancée par un ressortissant américain à l'égard d'El Salvador, on peut lire que, depuis longtemps, la politique du Gouvernement des Etats-Unis « est basée sur le principe généralement accepté du droit international qu'un Etat ne peut être tenu responsable envers un autre Etat si un préjudice n'a pas été causé par l'Etat défendeur à l'Etat demandeur »<sup>129</sup>. Les mêmes principes ont été défendus par d'autres gouvernements. Voir, par exemple, une note du Gouvernement allemand communiquée au Secrétaire général de la SDN à propos de l'action de ressortissants allemands qui avaient enlevé trois ressortissants sarrois en territoire sarrois et les avaient amenés en Allemagne pour les y faire arrêter<sup>130</sup>, et la réponse donnée le 11 juillet 1962 par le Ministre d'Etat britannique à une interpellation parlementaire à propos de l'*Affaire Diboku*, concernant un ressortissant du Protectorat britannique du Bechuanaland soumis à des sévices par son employeur en Afrique du Sud<sup>131</sup>.

25) Pour ce qui est des agissements causant préjudice à des étrangers et commis au cours d'émeutes, de manifestations populaires ou d'autres troubles, la pratique internationale connaît de nombreux exemples de prises de position des gouvernements. Sans remonter trop loin dans l'histoire, on peut mentionner en premier lieu les prises de position des gouvernements des Etats-Unis d'Amérique et de l'Italie dans l'*Affaire Cutler*. Lors d'une manifestation populaire à Florence, en octobre 1925, une foule avait attaqué le bâtiment où se trouvait le bureau d'un ressortissant américain, Cutler, et avait détruit le mobilier du bureau. Il ressort des prises de position respectives que les deux gouvernements étaient

d'accord en substance pour reconnaître que seules des actions ou omissions émanant d'autorités officielles de l'Etat étaient susceptibles d'être attribuées à celui-ci en tant que faits internationalement illicites engageant sa responsabilité internationale. Aucun des deux n'invoquait l'attribution à l'Etat du fait du particulier. La divergence entre les deux gouvernements concernait plutôt les critères à utiliser éventuellement pour déterminer le montant de la réparation dans les cas où l'on constaterait une omission internationalement illicite de la part des autorités<sup>132</sup>.

26) Au cours des années 30 et des années 50, une double reconnaissance de l'impossibilité d'attribuer à l'Etat les agissements de particuliers au cours de troubles populaires ou de manifestations de foule ressort des instructions données par le Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique à ses ambassades au sujet des préjudices causés à des ressortissants américains à Cuba en 1933<sup>133</sup> et en Libye en 1956<sup>134</sup>. Dans les deux cas, le Département d'Etat refusa d'appuyer les réclamations de ses ressortissants, en vertu du principe que la responsabilité de l'Etat ne pouvait naître, dans de tels cas, que d'une négligence des autorités gouvernementales dans la prévention ou dans la répression des agissements préjudiciables. C'est ensuite dans la réponse du Secrétaire d'Etat français aux affaires étrangères à une interrogation parlementaire qui concernait le meurtre au Maroc de certains ressortissants français qu'apparaît l'une des expressions les plus catégoriques de l'opinion d'un gouvernement à propos des questions dont il est question ici. On y lit :

A chaque occasion nous avons insisté sur la responsabilité du gouvernement, non pas tant en raison d'une complicité directe de sa part qu'en raison du devoir élémentaire qui incombe à tout gouvernement indépendant de maintenir l'ordre sur son territoire<sup>135</sup>.

Enfin, au cours d'un débat au Parlement britannique à propos des dommages causés à des ressortissants britanniques à la suite de désordres en Indonésie, on a demandé au Foreign Secretary si le gouvernement tenait présent à l'esprit dans ses négociations avec l'Indonésie le fait que les autorités indonésiennes avaient gardé une attitude passive et tolérante à l'égard des agissements de la foule. En répondant affirmativement, le Secrétaire aux affaires étrangères précisa que c'était précisément en considération de ce fait que le Gouvernement britannique négociait afin d'obtenir du Gouvernement indonésien la reconnaissance de sa responsabilité<sup>136</sup>.

<sup>124</sup> Hackworth, *op. cit.*, p. 658 et suiv.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 658.

<sup>126</sup> Whiteman, *op. cit.*, p. 831 et 832. Le fait que trois ans plus tard le Département d'Etat présenta au Gouvernement irakien une demande d'indemnité en faveur des familles de trois ressortissants américains ayant perdu la vie à Bagdad en 1958, à l'occasion d'une attaque de la foule, ne doit pas être interprété comme un retour en arrière par rapport aux principes énoncés ci-dessus. On est enclin à penser que la demande américaine était avancée sur une base d'équité et d'humanité plutôt que de droit. C'est ainsi, en tout cas, que l'interpréta le Gouvernement irakien (*ibid.*, p. 832 et 833).

<sup>127</sup> A.-Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, C.N.R.S., 1965, vol. III, p. 636.

<sup>128</sup> E. Lauterpacht, *British Practice in International Law*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1963, p. 120.

<sup>124</sup> Organisme interne américain chargé d'examiner les réclamations de ressortissants américains pour lesquelles le Mexique avait versé une somme forfaitaire globale.

<sup>125</sup> Whiteman, *op. cit.*, p. 752 et 753.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 755 et 756.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 757.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 738.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 816 [tr. de l'original anglais].

<sup>130</sup> SDN, *Journal officiel*, 14<sup>e</sup> année, n° 8 (août 1933), p. 1050.

<sup>131</sup> E. Lauterpacht, *The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1962, p. 195 et 196.

27) Les cas où les agissements de particuliers ont été dirigés contre des personnes étrangères investies par leur Etat d'une qualité représentative (et pour lesquelles ce dernier Etat était donc en droit d'exiger une protection spéciale) sont des cas qui exigent une attention particulière<sup>137</sup>. On pourrait se demander en effet si, en pareil cas, la règle générale qui ressort clairement de la pratique des Etats tout autant que de la jurisprudence arbitrale ne devrait pas souffrir une exception afin que l'Etat sur le territoire duquel les faits préjudiciables de particuliers ont été commis soit considéré comme responsable de ces faits, et cela indépendamment du comportement de ses organes en ce qui concerne l'exécution de l'obligation de protection accrue qui incombe aux organes de l'Etat à l'égard des représentants officiels de puissances étrangères.

28) A ce sujet, il y a lieu d'examiner tout d'abord un incident international dont l'intérêt est lié aux prises de position et aux discussions qu'il provoqua au sein du Conseil de la SDN et d'autres organismes internationaux : il s'agit de l'incident de Janina ou du meurtre des membres italiens de la mission Tellini. Le 27 août 1923, le général Tellini, président de la commission internationale chargée par la Conférence des ambassadeurs de délimiter la frontière gréco-albanaise, et les membres de la délégation italienne à la commission furent assassinés par des inconnus à proximité de Janina, en territoire grec. Le 29 août, le Gouvernement italien adressa au Gouvernement grec une note qui présentait une série de requêtes, allant du châtement des coupables à différentes formes de réparation du préjudice moral et matériel causé à l'Italie<sup>138</sup>. Le Gouvernement grec répondit le lendemain, niant sa responsabilité dans ce qui était arrivé et ne se déclarant disposé qu'à recevoir certaines des demandes du Gouvernement de Rome, dont celle qui concernait le paiement d'une indemnité en faveur des familles des victimes<sup>139</sup>. L'Italie procéda alors à l'occupation de Corfou à titre de prise de gage pour s'assurer de l'exécution par la Grèce de ses obligations. Sur quoi la Grèce saisit le 1<sup>er</sup> septembre, le Conseil de la SDN du différend<sup>140</sup>. A cette phase de l'affaire, l'attitude du Gouvernement italien semblait indiquer que, vu le caractère du crime et la personnalité de ses victimes, il estimait que la responsabilité de l'Etat grec découlait simplement du fait que le crime avait été perpétré en territoire grec, et non pas d'une attitude éventuelle d'organes de l'Etat territorial en relation avec ce qui était arrivé. Le Gouvernement italien ne faisait aucune référence à des manquements éventuels des autorités grecques à leurs devoirs de vigilance et de protection. Par contre, le Gouvernement grec, tout en se déclarant conscient que des réparations étaient dues au Gouvernement italien pour le crime odieux, s'éleva contre l'allégation d'une responsabilité

morale et matérielle du Gouvernement hellénique concernant ce crime, aucune preuve n'ayant été fournie d'un manquement de sa part à ses propres devoirs<sup>141</sup>. La Conférence des ambassadeurs, qui était intervenue de son côté, adopta, le 5 septembre, une résolution qu'elle communiqua au Conseil de la SDN<sup>142</sup>. Cette résolution présentait quelques aspects contradictoires, et ne manqua pas de soulever des réserves au cours de la discussion qui s'engagea au Conseil de la SDN sur la réponse à donner à la communication reçue de la part de la Conférence des ambassadeurs<sup>143</sup>. D'une part, elle acceptait la proposition grecque de créer une commission d'enquête chargée de faire la lumière sur les circonstances de l'événement et, partant, sur l'existence d'une éventuelle responsabilité de la Grèce. Mais, d'autre part, elle affirmait comme un principe de droit international la responsabilité automatique des Etats pour les crimes et attentats politiques commis sur leur territoire, rejoignant ainsi la position prise alors par le Gouvernement italien. L'incident fut réglé par la Conférence des ambassadeurs, qui, le 13 septembre, adopta une résolution qui prenait acte de l'engagement du Gouvernement grec de présenter des excuses et d'offrir d'autres formes solennelles de satisfaction, ainsi que du versement par ce gouvernement à la Banque nationale suisse d'une somme en garantie de la réparation qui pourrait être fixée au cas où les coupables ne seraient pas retrouvés. La résolution prenait également acte de l'engagement du Gouvernement italien d'évacuer l'île de Corfou<sup>144</sup>.

29) Le Conseil de la SDN prit acte du règlement de l'affaire à sa séance du 17 septembre<sup>145</sup>. Toutefois, le 28 septembre, il décida de soumettre à un comité spécial de juristes cinq questions à propos des problèmes de droit international soulevés par l'incident italo-grec<sup>146</sup>. En réponse à la question V posée par le Conseil, le Comité de juristes déclara que

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

Le caractère public reconnu que revêt un étranger, les circonstances dans lesquelles il se trouve sur le territoire de l'Etat entraînent, pour celui-ci, un devoir de vigilance spéciale à son égard<sup>147</sup>.

L'opinion du Comité de juristes différait donc nettement de celle qu'exprimait la Conférence des ambassadeurs en 1923. La responsabilité de l'Etat ne se produit, d'après le Comité, qu'en cas de manquement par les organes de l'Etat à leur devoir de protéger tout spécialement les personnes lésées par un attentat de la part de particuliers. Le Conseil de la SDN examina la réponse du Comité de juristes et l'approuva à l'unanimité, l'Italie

<sup>137</sup> De ce point de vue, on peut assimiler aux agissements contre des personnalités officielles étrangères ceux qui sont perpétrés par des particuliers contre des biens d'un Etat étranger, comme l'édifice d'une ambassade, le siège d'un consulat, etc.

<sup>138</sup> SDN, *Journal officiel*, 4<sup>e</sup> année, n° 11 (novembre 1923), p. 1413.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 1413 et 1414.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 1412 et 1413.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 1288 et 1289.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 1294.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 1294 et suiv.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 1305 et 1306.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 1306 et suiv.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 1349 et suiv.

<sup>147</sup> *Ibid.*, 5<sup>e</sup> année, n° 4 (avril 1924), p. 524.

comprise, le 13 mars 1924<sup>148</sup>. En manifestant son accord avec les conclusions des juristes, la voix de l'Etat lésé s'unit donc, passée l'émotion suscitée par l'événement, à celle des autres pays dans la reconnaissance générale du principe qui veut que, même dans les cas spéciaux envisagés, l'Etat ne soit finalement responsable que des actions ou omissions de ses organes.

30) L'incident en question avait donné lieu à des débats au sein de la plus importante organisation internationale de l'époque. De nombreux incidents, même récents, ont également provoqué des discussions intéressantes à cet égard sur le plan diplomatique bilatéral. D'une façon générale, ces discussions confirment que les cas d'agissements de particuliers contre des personnes étrangères ou des biens étrangers auxquels les Etats sont tenus d'assurer une protection spéciale ne donnent lieu à aucune exception à la règle générale qui concerne la détermination possible d'une responsabilité internationale de l'Etat en relation avec des agissements de particuliers. Dans ces cas-là également, le principe que l'Etat ne répond que du comportement adopté par ses organes à l'occasion d'actes d'individus privés semble bien établi dans la réalité des rapports internationaux. Si dans des cas semblables, la responsabilité internationale de l'Etat territorial est plus fréquemment alléguée par les gouvernements demandeurs (et est même aussi plus fréquemment reconnue par les gouvernements défendeurs), cela ne provient que du caractère beaucoup plus sévère de l'obligation de protection qui incombe à l'Etat à l'égard des personnes ou des biens dont il s'agit.

31) Ainsi, dans le cas *Worowski*, envoyé du Gouvernement soviétique à la Conférence de la paix de Lausanne, abattu le 10 mai 1923 par un dénommé Conradi, et qui entraîna, par la suite, la rupture de toutes relations, commerciales ou autres, entre l'Union soviétique et la Suisse, l'opposition entre les deux pays, ramenée à l'essentiel, ne porta pas sur les principes, mais sur les faits<sup>149</sup>. La question controversée était en réalité le fait de savoir s'il y avait eu ou non, dans le cas d'espèce, un manquement par les organes de l'Etat suisse à ses obligations de protection, car les deux parties étaient manifestement de l'avis qu'en cas d'actions préjudiciables émanant de particuliers on ne peut alléguer, en droit, comme fondement d'une responsabilité de l'Etat autre chose que la conduite des organes de l'Etat en relation avec ces actions. Ce principe apparaît également confirmé dans des prises de position autorisées exprimées à l'occasion d'autres cas, comme par exemple ceux du meurtre

du diplomate belge le *baron de Borchgrave*<sup>150</sup> et de l'agression du *Consul d'Italie à Chambéry*<sup>151</sup>, ainsi que dans les réclamations adressées par le Secrétaire général de l'ONU à Israël dans le contexte de l'*Affaire Bernadotte*<sup>152</sup>, à la Jordanie dans le cas du fonctionnaire *Bakke*<sup>153</sup> et à l'Egypte dans le cas du lieutenant-colonel *Quéru* et du capitaine *Jeannel*<sup>154</sup>. Dans la vie internationale récente, on relève de nombreux cas d'attaques contre des missions diplomatiques ou consulaires ou des installations officielles étrangères. Il est à noter que, là où les problèmes ici envisagés se sont posés expressément, les parties se fondèrent sur le comportement des organes de l'Etat de réception pour affirmer ou pour exclure la responsabilité internationale de cet Etat<sup>155</sup>.

32) On pourrait encore se demander si les actes exécutés sur le territoire d'un Etat par des personnes — et surtout par des groupes ou des bandes — ayant mis au point leurs plans d'action sur le sol d'un Etat voisin ne devraient pas être considérés comme une catégorie spéciale d'actes de particuliers, susceptibles de poser des questions de responsabilité internationale. L'histoire n'offre que trop d'exemples d'incidents provoqués par de telles actions. Il est inutile de s'arrêter à citer ici des cas particuliers<sup>156</sup>. Sans doute y a-t-il des situations où l'on se trouve en présence d'actions émanant de groupes qui sont et qui restent des entités privées, ou du moins tout à fait étrangères à l'appareil de l'Etat sur le territoire duquel ils résident. Si tel est le cas, les actions que de pareils groupes peuvent exécuter sur le territoire d'un autre Etat ne forment pas une catégorie à part, distincte des autres agissements de particuliers. Une responsabilité internationale de l'Etat peut apparaître en relation avec ces actions, mais toujours pour l'une des différentes raisons,

<sup>150</sup> Voir le mémoire du Gouvernement belge du 15 mai 1937 dans *C.P.J.I.*, série C, n° 83, p. 23 et suiv., et notamment p. 28 à 32; le mémoire introductif d'exceptions préliminaires déposé par le Gouvernement espagnol le 29 juin 1937 (*ibid.*, p. 55 et suiv.). Voir aussi les notes annexées aux deux mémoires.

<sup>151</sup> Kiss, *op. cit.*, p. 615.

<sup>152</sup> Whiteman, *op. cit.* p. 742 et suiv.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 744 et suiv.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 746 et 747.

<sup>155</sup> Par exemple à propos de l'agression contre la légation de Roumanie à Berne (1954) [G. Perrin, « L'agression contre la légation de Roumanie à Berne et le fondement de la responsabilité internationale dans les délits d'omission », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXVII, n° 3 (juill.-sept. 1957), p. 414 et 415; *Annuaire suisse de droit international*, 1959, Zurich, 1960, p. 225]; de l'agression contre la légation de Hongrie à Berne (1958) [*Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXX, n° 1 (janv.-mars 1969), p. 115 et suiv.]; de la destruction du pavillon soviétique à la foire d'Izmir (1964) [*Pravda* du 31 août 1964; Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *op. cit.*, p. 438]; des manifestations contre l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique à Moscou (1964/1965) [*The New York Times* du 11 février et des 5, 6, 7 et 8 mars 1965; *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXXVI, n° 1 (janv.-mars 1965), p. 159 et suiv.]; et des manifestations contre l'ambassade de l'URSS à Pékin (1966) [*Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXXVIII, n° 1 (janv.-mars 1967), p. 182 et suiv.].

<sup>156</sup> Une analyse détaillée de la pratique des Etats à propos des différends provoqués par l'action de bandes armées organisées en pays étrangers est donnée par I. Brownlie : « International law and the activities of armed bands », *The International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 7, n° 4, octobre 1958, p. 724 et suiv.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 523 et suiv. L'année suivante, le Conseil transmet cette réponse aux Etats membres de la SDN en sollicitant leurs observations. Entre novembre 1925 et février 1926, il reçut vingt et une réponses : tous les gouvernements qui donnèrent leur avis sur ce point étaient unanimes pour exprimer leur conviction que l'Etat n'encourt de responsabilité que lorsque l'autorité constituée a fait preuve de négligence dans l'exercice de ses devoirs (*ibid.*, 7<sup>e</sup> année, n° 4 [avril 1926], p. 597 et suiv.).

<sup>149</sup> Pour le texte des déclarations, télégrammes et notes des parties relatives à ce cas, voir K. Furgler, *op. cit.*, p. 58 et suiv.; SDN, *Journal officiel*, 7<sup>e</sup> année, n° 5 (mai 1926), p. 661; Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *Kours mejdounarodnogo prava*, rédaction générale par F. I. Kojevnikov et al., Moscou, Nauka, 1969, t. V, p. 430, notes 62 et 63, et p. 438, note 81.

déjà exposées, qui emportent une responsabilité dans des circonstances semblables. On accusera le gouvernement du pays d'avoir manqué, quant à lui, à des obligations internationales de vigilance, de protection et de contrôle, ou d'avoir failli au devoir spécifique de ne pas tolérer sur son territoire la préparation d'actions dirigées contre un gouvernement étranger ou susceptibles de mettre en danger la sécurité de ce gouvernement, etc. Il s'agira, en d'autres termes, toujours des mêmes faits illicites internationaux d'omission qui sont habituellement mis à la charge des Etats en relation avec les agissements de particuliers et dont on a cité des exemples nombreux<sup>157</sup>. Pour que l'Etat puisse encourir une responsabilité due à d'autres causes — une responsabilité naissant directement des actions commises par les bandes ou les groupes considérés —, il faut que la situation soit autre. Il faut que les relations de ces groupes avec le gouvernement du pays où ils ont leur base soient d'une nature différente et plus étroite. Là où l'on constate que ce gouvernement encourage et s'applique même à promouvoir l'organisation de ces groupes, qu'il les aide financièrement, les entraîne, les arme, coordonne leur action avec celle de ses propres forces en vue d'opérations éventuelles, etc., les groupes en question cessent d'être, du point de vue du droit international, des particuliers. Ils deviennent des formations qui agissent de concert avec l'Etat et à son instigation, qui remplissent des missions autorisées, ou même confiées à eux, par l'Etat. Ils rentrent alors dans la catégorie de ces personnes ou groupes liés, en fait sinon formellement, avec l'organisation de l'Etat qu'on appelle souvent « organes de fait » et dont nous nous sommes occupés à l'article 8, al. a, du présent projet<sup>158</sup>. Lorsqu'ils exécutent les activités prévues, celles-ci sont attribuées à l'Etat et sont des faits internationalement illicites de ce dernier — des faits illicites d'action et non pas d'omission, qui engagent à ce titre la responsabilité internationale dudit Etat. On est donc manifestement loin des simples hypothèses d'une responsabilité de l'Etat en relation avec des agissements de particuliers.

<sup>157</sup> C'étaient précisément des accusations de violation par omission de l'obligation d'exercer le contrôle et la vigilance dus qui apparaissaient, par exemple, dans les remontrances faites au début de 1958 par le Gouvernement français au Gouvernement tunisien pour mettre en évidence la responsabilité de ce dernier en relation avec le trafic d'hommes et de matériel qui s'exerçait à la frontière algéro-tunisienne (Kiss, *op. cit.*, p. 558). Les remontrances faites par l'Espagne aux Etats-Unis d'Amérique lors de l'attaque de vedettes anticastristes contre le cargo espagnol *Sierra Aránzazu*, qui a eu lieu dans la mer des Antilles le 14 septembre 1964 (*Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXXVI, n° 1 [Janv.-mars 1965], p. 126 et suiv.), étaient du même ordre.

<sup>158</sup> Il est instructif de lire, à ce sujet, la note du 21 février 1934 du Service juridique du Ministère des affaires étrangères français (Kiss, *op. cit.*, p. 585) concernant la polémique entre le Gouvernement allemand et le Gouvernement autrichien à propos de la création en Allemagne de la Ligue de combat des Autrichiens allemands et des activités de cette ligue. L'histoire des réclamations relatives à des cas de ce genre montre d'ailleurs que c'est surtout sur l'existence de la preuve de liens entre le gouvernement et les organismes prétendant privés poursuivant des activités nuisibles pour des Etats voisins qu'ont porté les discussions entre les pays intéressés. Sur les cas d'« agression indirecte » par l'intermédiaire de groupes armés « privés », voir S. G. Kahn, « Private armed groups and world order », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1970, Leyde, vol. I, 1971, p. 32 et suiv.

33) Les opinions exprimées par les auteurs qui ont traité du sujet peuvent pour l'essentiel être groupées en trois courants fondamentaux, suivant leur adhésion de principe à l'une ou à l'autre des quelques solutions théoriquement possibles des problèmes envisagés. On peut d'abord rappeler les opinions qui, se fondant sur des notions de « solidarité du groupe social » ou de « garantie », conduisent à attribuer à l'Etat, comme source d'une responsabilité internationale, des agissements de particuliers, tout à fait indépendamment de l'attitude éventuellement observée par des organes en relation avec de tels agissements. La première idée a pu tenter quelques écrivains modernes<sup>159</sup>, mais n'a guère de vrais adeptes à l'époque actuelle. Quant à la seconde, elle a rarement été prônée comme un critère d'application générale<sup>160</sup>. Elle a par contre trouvé, surtout dans le passé, des partisans qui l'ont défendue en vue d'une application à des situations spéciales, allant de celle des faits commis au cours d'émeutes, de guerres civiles ou de manifestations xénophobes<sup>161</sup>, à celle de faits perpétrés contre des personnes ou des biens ayant droit à une protection spéciale<sup>162</sup>. Le

<sup>159</sup> C'est en effet à une sorte de reprise de cette idée sous une nouvelle forme que semble penser, à un moment donné, G. Arangio-Ruiz (« Stati e altri enti [Soggettività internazionale] », *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, vol. XVIII, 1971, p. 154, note 9).

<sup>160</sup> On ne connaît que A. Soldati (*La responsabilité des Etats dans le droit international*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1934, p. 83 et 84) qui soutienne que l'Etat, pour garantir l'exécution de ses obligations, doit en général se porter garant de la conduite de n'importe qui.

<sup>161</sup> Voir E. Brusa, « Responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute ou de guerre civile », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1898, Paris, t. 17, 1898, p. 96 et suiv.; Fauchille, *ibid.*, 1900, t. 18, 1900, p. 234 et 235. Un nouveau rapport conjoint de E. Brusa et de L. von Bar (« Nouvelles thèses », *ibid.*, p. 47 et suiv.), qui allait dans le même sens, fut approuvé par la majorité à l'Institut de droit international (*ibid.*, p. 254 et suiv.). Les auteurs ne réservèrent toutefois pas un accueil favorable à de telles conceptions. Seul J. Goebel (« The international responsibility of States for injuries sustained by aliens on account of mob violence, insurrections and civil wars », *American Journal of International Law*, Washington [D.C.], vol. 8, n° 4 [octobre 1914], p. 802 et suiv.) essaya quelques années plus tard de défendre les idées de Brusa. D'autres auteurs ont plus récemment prôné l'adoption d'une solution prévoyant la responsabilité de l'Etat pour tous les dommages causés à des étrangers au cours de mouvements de foules xénophobes, mais sans prétendre que c'était déjà la solution réalisée dans les rapports internationaux. Voir p. ex. J. W. Garner, « Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of mob violence, riots and insurrection », *Proceedings of the American Society of International Law (at its twenty-first annual meeting, Washington [D.C.], April 28-30, 1927)*, Washington (D.C.), 1927, p. 57, 58 et 62.

<sup>162</sup> La responsabilité de l'Etat pour tous les faits de particuliers commis dans ces conditions a été soutenue par A. Decencière-Ferrandière (*La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris, Rousseau, 1925, p. 128), par C. Eagleton (*op. cit.*, p. 80, 81 et 93), par J. Dumas (« La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers », *Recueil des cours... 1931-II*, Paris, Sirey, 1932, t. 36, p. 254), par L. Cavaré (*Le droit international public positif*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Pédone, 1962, t. II, p. 496 et 497), par D. W. Greig (*op. cit.*, p. 444). Notons, par la même occasion, que M. R. García-Mora (*International Responsibility for Hostile Acts of Private Persons against Foreign States*, La Haye, Nijhoff, 1962, p. 28, 29 et 35) prône l'adoption d'une règle qui remplacerait celle aujourd'hui en vigueur et rendrait l'Etat automatiquement responsable de tous les faits commis sur son territoire par des particuliers, lorsque ces faits seraient susceptibles de mettre en danger la paix et la sécurité internationales.

deuxième courant d'opinion réunit ceux qui, tout en se différenciant entre eux sous beaucoup d'autres aspects, s'accordent plus ou moins sur un point essentiel. L'action de la personne privée est, d'après eux, susceptible d'être attribuée à l'Etat en tant que source d'une responsabilité internationale, mais à la condition que son exécution ait été caractérisée par la présence d'autres comportements, notamment par une absence de prévention ou de réaction *a posteriori*, ces omissions émanant directement de l'Etat, c'est-à-dire de ses organes. Cette thèse, connue sous le nom de « théorie de la complicité »<sup>163</sup>, fut prépondérante dans les ouvrages des internationalistes du XIX<sup>e</sup> siècle; on a d'ailleurs pu voir son influence sur certaines décisions arbitrales de la même époque. Généralement abandonnée après la première décennie du XX<sup>e</sup> siècle, elle fut quand même encore soutenue ultérieurement par certains auteurs<sup>164</sup>. Sous certains aspects, des théories défendues par certains auteurs plus modernes, qui s'inspirent de conceptions particulières à propos de l'organisation et de la nature de l'Etat en tant que sujet de droit international, s'apparentent également à la thèse qui vient d'être exposée<sup>165</sup>. Leur trait commun est le fait de rendre moins déterminante, sinon d'abolir, la distinction entre faits émanant de personnes privées et faits émanant d'organes en vue de la considération d'un comportement individuel comme un fait de l'Etat. Le troisième courant est celui qui réunit la très grande majorité des auteurs modernes. La constatation scientifique de laquelle ces différents auteurs se réclament d'une manière ou de l'autre est la suivante : les actions et omissions émanant de personnes privées qui sont et qui restent telles ne sont pas attribuées à l'Etat en droit international — ne deviennent pas des « faits de l'Etat » susceptibles d'engager comme tels sa responsabilité vis-à-vis d'autres Etats. Les agissements d'individus ou de sociétés privées préjudiciables à des Etats étrangers, à leurs représentants ou à leurs sujets sont souvent l'occasion d'un fait illicite international de l'Etat, mais d'un fait illicite qui est représenté par des comportements d'organes étatiques. Ils constituent souvent un événement extérieur qui assume la valeur d'élément catalyseur de l'illicéité du comportement de ces organes par rapport à

la situation concrète. Mais l'Etat n'est internationalement responsable que de l'action (et plus fréquemment de l'omission) de ses organes, coupables de n'avoir pas fait tout ce qui était en leur pouvoir pour prévenir l'action préjudiciable de la personne privée ou pour la punir de façon adéquate au cas où, malgré tout, cette action se serait produite. Il est responsable d'avoir enfreint, non pas l'obligation internationale avec laquelle l'action de la personne privée pouvait être en contradiction, mais l'obligation générale ou spéciale mettant à la charge de ses organes un devoir de protection<sup>166</sup>. Finalement, il est à noter que la grande majorité des internationalistes qui ont consacré leur attention aux problèmes spécifiques d'actions commises par des individus dans les situations particulières (telles qu'émeutes, manifestations de foule, agitations xénophobes, etc.) ou d'actions constituant des atteintes à des personnes ou à des biens jouissant d'une protection spéciale ont réaffirmé dans ce contexte également la validité de la règle générale : ces actions ne sont pas susceptibles d'être attribuées à l'Etat comme source d'une responsabilité internationale<sup>167</sup>.

<sup>163</sup> Cette thèse, qui remonte à H. Grotius (*De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, Amsterdam, MDCXLVI, lib. II, p. 366 et suiv.), a été développée par E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*, Lyon, Robert et Gauthier, 1802, t. II, p. 72.

<sup>164</sup> Voir p. ex. E. M. Borchard, *op. cit.*, p. 217; C. C. Hyde, « Concerning damages arising from neglect to prosecute », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 22, n° 1 (janvier 1928), p. 140 et suiv.; J. L. Brierly, « The theory of implied State complicity in international claims », *The British Year Book of International Law*, 1928, Londres, vol. 9, p. 42 et suiv. Ces deux derniers auteurs remplacent le terme de « complicité », considéré comme trop fort, par celui de « pardon » (« condonation »), cela surtout dans l'idée, qui était celle de Nielsen dans l'Affaire Jones, de faciliter le calcul de l'indemnisation dans les hypothèses d'« omissions de punir », en se fondant à cet effet sur le dommage provoqué par l'action du particulier.

<sup>165</sup> G. Biscottini, « Volontà ed attività dello stato nell'ordinamento internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Padoue, XXXIV<sup>e</sup> année, 4<sup>e</sup> série, vol. XXI, fasc. I-II, 1942, p. 19 et suiv., et 31 et suiv.; G. Arangio-Ruiz (*op. cit.*, p. 153 et 154); L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris, Sirey, 1938, p. 206.

<sup>166</sup> Voir p. ex. H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Mohr (Siebeck), 1899, p. 333 et 334; D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. XIII, n° 1 et 3 (1906), réimprimé dans *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padoue, CEDAM, 1956, t. I<sup>er</sup>, p. 195; P. Schoen, « Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau Kern's, Supplément 2 au tome X, 1917, p. 36 et suiv., et 63 et suiv.; A. Jess, *Politische Handlungen Privater gegen das Ausland und das Völkerrecht*, Breslau, Marcus, 1923, p. 22 et suiv.; K. Strupp, « Die völkerrechtliche Haftung des Staates, insbesondere bei Handlungen Privater », *Abhandlungen zur fortschreitenden Kodifikation des internationalen Rechts*, Kiel, Verlag des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, 1927, fasc. I, p. 8 et suiv., 23 et suiv.; Ch. de Visscher, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana*, Leyde, Brill, 1924, t. II, p. 102 et suiv.; A. Decencière-Ferrandière, *op. cit.*, p. 62 et 63, et 118; L. Strisower, *loc. cit.*, p. 472 et suiv., 481 et suiv. et 491; C. Eagleton, *op. cit.*, p. 77 et 79; A. Roth, *Schadenersatz für Verletzungen Privater bei völkerrechtlichen Delikten*, Berlin, Heymann, 1934, p. 28 et suiv.; A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longmans, Green, 1938, p. 20, 27, 367 et suiv.; J. G. Starke, *loc. cit.*, p. 112 et suiv.; R. Ago, *loc. cit.*, p. 473 et suiv.; R. Monaco, *loc. cit.*, p. 225 et suiv.; H. Accioly, *loc. cit.*, p. 395 et suiv. et 404 et suiv.; A. Schüle, « Völkerrechtliches Delikt », *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, de Gruyter, 1960, t. I, p. 333; I. von Münch, *op. cit.*, p. 224 et suiv.; D. B. Levin, *op. cit.*, p. 81 et suiv.; C. F. Amerasinghe, *loc. cit.*, p. 92 et suiv.; E. Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 558 et suiv.; G. Ténékidès, *loc. cit.*, p. 788; P. Kuris, *op. cit.*, p. 196 et suiv. Cette thèse est aussi soutenue dans de nombreux ouvrages de caractère général par des auteurs comme Ross, Redslob, Rousseau, Verdross, Cheng, Guggenheim, Quadri, Morelli, Dahm, Sørensen, Sereni, Delbez et Akehurst, ainsi que par l'Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique.

<sup>167</sup> Voir p. ex. H. Arias, « The non-liability of States for damages suffered by foreigners in the course of a riot, an insurrection or a civil war », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 7, n° 4 (octobre 1913), p. 724 et suiv.; K. Strupp, « Responsabilité internationale de l'Etat en cas de dommages causés aux ressortissants d'un Etat étranger en cas de troubles, d'émeutes ou de guerres civiles », ILA, *Report of the Thirty-first Conference, held at the Palace of Justice, Buenos Aires, 24th August-30th August, 1922*, Londres, Sweet and Maxwell, 1923, vol. I, p. 133 et suiv.; V. M. Maúrtua et J. B. Scott, *Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners*, New York, Oxford University Press, 1930, p. 60 et 61; L. A. Podestá Costa, « La responsabilidad del Estado por daños irrogados a la

34) Les projets de codification, qu'ils émanent d'associations scientifiques ou d'auteurs privés ou qu'ils aient été rédigés sous les auspices et pour le compte d'organismes officiels, sont unanimes à dire que, en cas d'agissements de particuliers préjudiciables à des étrangers, il ne saurait y avoir une responsabilité de l'Etat que si des organes de l'Etat se sont rendus coupables d'omissions internationalement illicites dans la prévention ou dans la répression desdits agissements, ou encore s'ils ont refusé aux personnes lésées les voies appropriées pour faire valoir leurs réclamations. Mais, cela dit, les projets en question manquent souvent de clarté sur des points essentiels, ou s'engagent dans des domaines autres que celui dont il est ici question. Ils cherchent en même temps à définir les obligations internationales de l'Etat en ce qui concerne la protection des étrangers contre des atteintes de personnes privées. C'est pourquoi on ne saurait s'en inspirer dans la formulation du présent article.

35) L'examen de la jurisprudence internationale, de la pratique des Etats et des opinions des auteurs d'ouvrages scientifiques permet à la Commission de parvenir aux conclusions suivantes : a) d'après les critères qui se sont progressivement affirmés dans les rapports juridiques internationaux, le fait d'une personne privée n'agissant pas pour le compte de l'Etat ne saurait être attribué à l'Etat et ne saurait en tant que tel engager la responsabilité de l'Etat; cette conclusion vaut quelles que soient les circonstances dans lesquelles la personne privée agit et quels que soient les intérêts affectés par son comportement; b) si on fait parfois valoir une responsabilité internationale de l'Etat à l'occasion d'agissements de personnes privées, cette responsabilité a uniquement comme base le comportement internationalement illicite adopté par des organes de l'Etat en rapport avec les agissements de la personne privée. La Commission est d'avis que la règle qui ressort de l'application des critères résumés ci-dessus répond parfaitement aux besoins de la vie internationale actuelle et qu'il n'y a pas lieu d'y apporter de changement. La Commission estime notamment qu'il ne serait nullement opportun d'introduire une exception à cette règle pour les agissements affectant certains intérêts déterminés (la sécurité des Etats étrangers, par exemple) ou pour les comportements adoptés dans des circonstances spéciales, telles une émeute ou autres formes de troubles internes. La Commission n'est pas non plus d'avis qu'il soit utile de se rallier à la suggestion de certains auteurs consistant à mettre à la charge de l'Etat une véritable garantie pour les conséquences préjudiciables pour des Etats étrangers, leurs représentants et leurs ressortissants, découlant des agissements de personnes privées; cette garantie serait censée opérer même lorsque aucun manquement à ses obliga-

tions internationales ne pourrait être reproché à l'Etat à l'occasion des agissements en question. Une garantie de ce genre peut avoir sa place dans une convention spéciale destinée à prévenir ou à réprimer les agissements de certaines catégories particulières de personnes. On ne saurait cependant en faire une règle générale sans bouleverser l'équilibre des rapports juridiques internationaux. La Commission estime donc que la règle qu'elle propose de définir ne doit pas s'éloigner, dans son contenu, de celle aujourd'hui en vigueur dans le droit coutumier international.

36) Pour ce qui est de la formule adoptée par la Commission pour exprimer la règle en question, l'expression « personne ou groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat », figurant au *paragraphe 1* de l'article, mérite quelques brefs commentaires. Le terme « personnes » a été préféré à d'autres parce qu'il comprend aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. On a mentionné les « groupes de personnes » à côté des personnes isolées, car les agissements envisagés au présent article émanent le plus fréquemment de groupes collectifs. On n'a pas estimé utile de qualifier ces termes par l'adjectif « privées », bien qu'il soit évident que dans la très grande majorité des cas le présent article s'appliquera à des agissements de personnes privées, ceci pour une double raison. La première est que, en ce qui concerne les personnes morales, la règle doit s'appliquer aussi à celles qui ne se qualifient pas de « privées » d'après le droit interne, aux personnes morales « parastatales » par exemple. La non-attribution à l'Etat des actions et omissions de ces personnes est tout aussi certaine que celle des actions et omissions d'une société privée, pour autant, évidemment, que les personnes en question ne soient pas habilitées par le droit interne de l'Etat à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ou du moins pour autant que les actions et omissions en cause ne rentrent pas dans le cadre de cet exercice. La deuxième raison est que, lorsqu'il s'agit de personnes physiques surtout, la règle doit s'appliquer aussi à celles qui possèdent le statut d'organes de l'Etat ou d'une autre des entités visées à l'article 7 du projet, pour autant que ces personnes agissent en leur qualité de personnes privées, sans aucun rapport avec les fonctions officielles qu'elles exercent en d'autres occasions. Finalement, les mots « n'agissant pas pour le compte de l'Etat » ont été insérés pour exclure du domaine d'application de la règle les agissements commis dans l'une des circonstances qui, aux termes des articles 7 et 8, justifient exceptionnellement l'attribution à l'Etat du comportement de personnes physiques ou morales qui ne font pas partie de l'appareil étatique proprement dit.

37) Le *paragraphe 2* de l'article énonce une clause de sauvegarde. Celle-ci tend à éviter que, en cas d'agissements préjudiciables pour des Etats étrangers ou pour leurs représentants ou ressortissants et non attribuables à l'Etat parce que émanant des personnes envisagées au *paragraphe 1*, l'Etat ne prétende se soustraire aussi à la responsabilité internationale qui peut se trouver engagée par des comportements adoptés, en rapport avec lesdits agissements, par des organes de l'Etat. En ce qui concerne la rédaction de cette clause, la Commission a estimé qu'elle devait tenir compte de deux exigences. D'une

(Suite de la note 167.)

persona o a los bienes de extranjerios en luchas civiles », *Revista de derecho internacional*, La Havane, t. 34, n° 67 (septembre 1938) et n° 68 (décembre 1938), p. 220 et suiv.; L. Delbez, « La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d'un Etat et dirigés contre la sûreté d'un Etat étranger », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. IV (1920), p. 469 et suiv.; Q. Wright, « Responsibility for injuries to United Nations officials », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 43, n° 1 (janvier 1949), p. 98 et 99.

part, elle a voulu éviter de toucher, même de manière indirecte, à la détermination du contenu des obligations qui lient un Etat à des Etats étrangers en matière de protection de ces derniers, de leurs représentants et de leurs ressortissants, contre des agissements préjudiciables émanant de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat. D'autre part, elle a tenu à souligner qu'il fallait un rapport, un lien, entre les faits de l'Etat envisagés au présent paragraphe et les agissements préjudiciables des personnes visées au paragraphe 1. Pour ce qui est de la première exigence, la Commission a estimé qu'il y avait lieu d'être particulièrement rigoureux dans l'application du critère choisi et qu'il ne fallait pas oublier que c'était justement en essayant d'établir à la fois le contenu des règles de responsabilité et le contenu des obligations « primaires » des Etats en matière de droit des étrangers que la première tentative de codification de la matière de la responsabilité des Etats, entreprise en 1930 par la SDN, avait échoué. La Commission a donc préféré ne pas s'arrêter sur une formule disant que la règle énoncée au paragraphe 1 serait sans préjudice de l'attribution à l'Etat du défaut d'utilisation de tous les moyens raisonnables dont celui-ci dispose pour prévenir ou réprimer les comportements préjudiciables des personnes en question. Elle a également écarté une autre formule, qui disait que la règle serait sans préjudice de l'attribution à l'Etat de l'omission éventuelle de ses organes au cas où ceux-ci auraient dû agir pour prévenir ou réprimer de tels faits (de personnes privées) et ne l'ont pas fait. En relation avec la seconde exigence, l'expression « comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou groupes de personnes » visés au paragraphe 1 a paru la plus indiquée pour exprimer le lien qui doit exister dans les cas examinés ici entre les comportements attribuables à l'Etat et les agissements des personnes envisagées au paragraphe 1 de l'article. Le terme « comportement » a été choisi de préférence à celui d'« omission », parce que la violation par un Etat de ses obligations internationales en rapport avec les agissements des personnes en question peut être aussi représentée par une action, bien que le fait soit rare. Finalement, l'expression « tout [...] comportement [...] qui doit être considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10 » a été préférée à l'expression « tout comportement d'un organe de l'Etat », la violation de l'obligation pouvant être réalisée par l'un quelconque des comportements qui doivent être attribués à l'Etat en vertu des articles mentionnés, et non seulement par un comportement d'organes de l'Etat selon les dispositions des articles 5 et 6.

Article 12

Comportement d'organes d'un autre  
Etat

1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement adopté sur son territoire ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction par un organe d'un autre Etat agissant en cette qualité.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à un Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui envisagé audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10.

Commentaire \*/

1) Les exemples d'activités exercées sur le territoire d'un Etat par des organes d'un autre Etat agissant pour le compte de ce dernier, c'est-à-dire dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de leur Etat d'appartenance — et non pas, donc, dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat territorial, comme dans l'hypothèse prévue à l'article 9 — abondent dans la vie internationale. C'est un phénomène qui n'a rien d'anormal. Certains organes de l'Etat ont spécialement pour mission d'exercer des activités en territoire étranger, comme les fonctionnaires diplomatiques ou consulaires. Dans d'autres cas, des organes exerçant normalement leurs activités à l'intérieur de leur Etat d'appartenance sont exceptionnellement amenés à déployer des activités sur le territoire d'un autre Etat, avec le consentement de ce dernier, comme dans le cas de visites officielles de personnalités d'un Etat étranger, du fonc-

tionnement de bases militaires étrangères établies par accord, etc. Parfois, enfin, l'exercice d'activités d'organes d'un Etat sur le territoire d'un Etat étranger se fait sans le consentement, ou même contre la volonté, de l'Etat territorial : tels les cas d'opérations militaires conduites contre cet Etat, d'opérations en territoire étranger de services de renseignements, etc. Dans les différents cas, les comportements de ces organes étatiques étrangers ne sauraient en aucune manière être attribués à l'Etat territorial et engager éventuellement une responsabilité de celui-ci du seul fait qu'ils ont eu lieu sur son territoire. Ces comportements sont et restent des faits de l'Etat d'appartenance de l'organe, et cela en application même des articles 5 et suivants du projet, qui ne comportent aucune limitation de caractère territorial quant à l'attribution à l'Etat des faits de ses propres organes. Il ne faut donc voir dans le présent article aucune exception aux principes énoncés aux articles précédents du chapitre II du projet, qui régissent l'attribution d'un fait à l'Etat.

2) A la lumière de ces considérations, on peut se demander — et certains membres de la Commission l'ont fait — s'il était vraiment indispensable de préciser, dans le présent article, que nul problème d'attribution à l'Etat territorial des comportements d'organes d'Etats étrangers ici envisagés ne saurait se poser. Plusieurs raisons militent cependant, de l'avis de la Commission, en faveur de l'inclusion d'une telle précision. L'idée ancienne d'une prétendue responsabilité de l'Etat pour tout ce qui se passe sur le territoire soumis à sa juridiction est toujours ancrée dans certains esprits, et on la voit réapparaître parfois dans la pratique. De surcroît, certaines des règles « primaires » dont la violation peut entraîner une responsabilité internationale trouvent dans les notions de territoire et de juridiction territoriale la délimitation de leur portée et de leur contenu : en premier lieu, les règles relatives au traitement des étrangers. On parle donc habituellement, à ce sujet, de responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés *sur son territoire* à la personne ou aux biens des étrangers, et les dommages causés à des étrangers par des organes à leur tour étrangers, agissant sur le territoire de l'Etat, sembleraient être compris dans cette locution. Il convient donc d'écarter expressément toute idée d'une responsabilité quel-

conque de l'Etat territorial fondée sur le seul fait que les agissements en question d'organes étatiques étrangers ont eu lieu sur son territoire.

3) Deuxièmement, une telle précision éclaire la règle énoncée à l'article 9 du projet qui prévoit l'attribution à l'Etat, sujet de droit international, comme source éventuelle d'une responsabilité à sa charge des faits émanant d'organes d'un autre Etat que ce dernier aurait « mis à la disposition » du premier Etat. Comme il a été souligné dans le commentaire de l'article 9, la condition essentielle, à savoir que l'organe dont il est question ait été « mis à la disposition » d'un Etat, ne veut pas dire uniquement que l'organe « prêté » doive agir dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'Etat bénéficiaire. Cette condition demande surtout que, dans l'accomplissement des fonctions de l'Etat bénéficiaire qui lui ont été confiées, l'organe « prêté » agisse sous la direction et le contrôle exclusifs de cet Etat. Par contre, dans les cas ici envisagés, l'organe en cause reste aux ordres et sous l'autorité exclusive de son Etat d'appartenance. Il est évident que, dans un cas de ce genre, les actions ou omissions de l'organe ne sont pas des comportements d'un organe « mis à [la] disposition [d'un Etat] par un autre Etat », dans le sens que cette expression a dans l'article 9 du projet. Le présent article complète ainsi utilement cette conclusion en précisant que cela est toujours vrai même si, dans la situation concrète dont il s'agit, l'organe en cause a agi sur le territoire d'un autre Etat.

4) Finalement, il ne faut pas perdre de vue — et cela est important afin d'éviter qu'on invoque des lacunes dans le projet — que si les comportements d'organes d'un Etat agissant sur le territoire d'un autre Etat ne sauraient en aucun cas être attribués *comme tels* à l'Etat territorial, ce dernier pourrait quand même encourir une responsabilité internationale pour des agissements commis à l'occasion et en rapport avec les comportements de ces organes étrangers. Cela, bien entendu, non pas du fait des organes de l'Etat étranger, mais du fait des organes de l'Etat territorial, qui auraient, par exemple, adopté un comportement indument passif lors de l'action préjudiciable pour un Etat tiers commise, à l'intérieur des frontières de l'Etat territorial, par un organe d'un Etat étranger. En d'autres termes, les agissements d'organes étrangers sur le territoire d'un Etat, tout en n'étant pas attribuables à ce dernier, peuvent, dans certains cas, fournir l'occasion matérielle de l'adoption par l'Etat territorial de comportements propres susceptibles d'engager éventuellement sa responsabilité internationale. Par exemple, les organes de l'Etat territorial peuvent eux-mêmes se rendre coupables, en rapport avec des agissements d'organes d'un Etat étranger sur le territoire national, d'un manquement envers un Etat tiers à une obligation internationale de protection de cet Etat tiers, de ses représentants ou de ses ressortissants. Il importe donc de tenir compte des cas où l'Etat territorial pourrait être tenu d'adopter une certaine attitude en rapport avec celle de l'organe étranger en question et où il ne l'aurait pas fait. Sinon, on risquerait d'aboutir à la conclusion — le comportement de l'organe étranger étant attribuable à son Etat d'appartenance — que l'Etat territorial serait libéré de toute responsabilité, même au cas où son propre

comportement à l'occasion de l'action de l'organe étranger aurait eu des aspects internationalement illicites.

5) Il serait dangereux, cependant, d'assimiler trop strictement cette situation à celle qui est envisagée au paragraphe 2 de l'article 11, relatif au comportement de personnes privées n'agissant pas pour le compte de l'Etat. Il est normal, dans le cas de simples particuliers, de concevoir l'existence à la charge de l'Etat d'une série d'obligations concernant la prévention et la répression d'agissements de ces personnes qui se traduisent en un préjudice pour des Etats étrangers ou pour des ressortissants de ces Etats. Il est normal, par conséquent, de prévoir l'attribution à l'Etat, comme source de responsabilité internationale, d'un manquement aux obligations en question. Il est moins normal d'imaginer que l'Etat puisse manquer à une obligation internationale du même genre dans le cas envisagé dans le présent article, car des organes d'un Etat étranger ne sont pas soumis, en territoire étranger, aux pouvoirs auxquels se trouvent soumis de simples particuliers. Au surplus, lorsque ce sont des organes d'un Etat étranger qui commettent en cette qualité, sur le territoire d'un autre Etat, des agissements préjudiciables à un Etat tiers, ce qui semble surtout évident, c'est la responsabilité de l'Etat d'appartenance de l'organe, car, comme il a été souligné ci-dessus, les actions ou omissions d'organes de l'Etat sont attribuées à ce dernier, comme source éventuelle d'une responsabilité à sa charge, indépendamment du fait que ces actions ou omissions ont été perpétrées sur le territoire national ou en territoire étranger. La responsabilité de l'Etat d'appartenance de l'organe a donc tendance à prendre le pas sur celle que l'Etat territorial pourrait exceptionnellement encourir, notamment du fait de ses propres organes qui auraient négligé de veiller à ce que de tels agissements ne se produisent pas. Cela explique peut-être le fait que, dans la pratique des Etats, la responsabilité de l'Etat territorial n'a été invoquée qu'assez rarement par rapport à de telles situations. Il serait néanmoins erroné d'en conclure que l'Etat territorial ne puisse jamais encourir une responsabilité internationale à l'occasion des agissements sur son territoire d'organes d'un Etat étranger. Le fait même que la responsabilité de l'Etat territorial dans les hypothèses exceptionnelles ici envisagées, n'apparaît que sous une lumière atténuée n'est qu'une raison de plus pour prévoir dans le présent article une telle éventualité, surtout lorsque des cas concrets ont prouvé la valeur pratique pour les Etats d'une disposition de ce genre.

6) Le 6 février 1956, le Gouvernement de l'Union soviétique adressa au Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne une note de protestation à propos du fait que les forces armées américaines stationnées en Allemagne avaient lancé du territoire de la République fédérale des ballons-sondes munis d'appareils automatiques de photographie et de radio-transmission : ces ballons avaient été interceptés dans l'espace aérien soviétique. Deux jours plus tôt, le 4 février, une protestation soviétique concernant des faits analogues avait été adressée au Gouvernement de la Turquie. Le Gouvernement fédéral allemand et le Gouvernement turc étaient accusés d'avoir toléré que le territoire de leur pays fût utilisé par des organes des Etats-Unis pour y commettre

des agissements illicites. Par contre, dans une note distincte adressée au Gouvernement des Etats-Unis, ce gouvernement était tenu pour responsable du fait de ses propres organes militaires, auteurs des lancements. Dans sa réponse du 6 mars 1956, le Gouvernement fédéral allemand se référa à une note reçue le 8 février du Gouvernement américain, dans laquelle ce dernier donnait l'assurance qu'il essaierait, pour le moment, d'éviter le lancement d'autres ballons, encore que ceux-ci n'aient été destinés qu'à recueillir des informations météorologiques. Le Gouvernement allemand considérait donc la question comme close. La note allemande ajoutait qu'on avait procédé à une enquête et que celle-ci avait prouvé qu'aucun ballon n'avait été lancé du territoire allemand pour diffuser des tracts de propagande politique. Mais le Gouvernement soviétique répliqua par une nouvelle note, du 24 mars 1956, dans laquelle il qualifiait d'inexactes les assertions contenues dans la réponse à sa première note et reprochait de nouveau au Gouvernement fédéral allemand de tolérer des agissements illicites de la part des forces américaines stationnées en Allemagne<sup>168</sup>. Quel qu'ait été le fond de l'affaire, il ressort sans aucun doute possible de cet échange de notes que les protestations adressées à l'Etat territorial se distinguaient nettement de celles qui étaient élevées à titre principal contre l'Etat d'appartenance des organes auteurs des actions incriminées. Ce que l'on reprochait à l'Etat territorial n'était que le manquement dont il se serait rendu coupable quant à ses propres obligations.

7) Dans ce même contexte, on peut rappeler un incident qui se produisit lors de la visite en Autriche, du 30 juin au 8 juillet 1960, du Président du Conseil des ministres de l'URSS, N. Khrouchtchev. Le Premier Ministre soviétique tint de nombreux discours, dans lesquels il accusa le Gouvernement américain d'avoir voulu torpiller, par les vols de ses « avions pirates » U2, la conférence au sommet prévue. En termes violents il mit aussi en cause le militarisme des pays occidentaux, et notamment le revanchisme ouest-allemand. Lors d'une conférence de presse, il alla jusqu'à comparer le chancelier Adenauer à Hitler. Le Gouvernement de la République fédérale s'estima offensé dans son honneur par de tels propos. Mais, en même temps, l'ambassadeur de la République fédérale à Vienne fit une démarche auprès du Gouvernement autrichien pour souligner le caractère inhabituel de la situation, due au fait que les paroles proférées contre le Gouvernement de la République fédérale l'avaient été en présence du Ministre autrichien des affaires étrangères. Le même jour, l'Ambassadeur des Etats-Unis protesta parce que l'« attaque calomnieuse » contre son pays avait eu lieu sans que le Gouvernement autrichien eût estimé nécessaire de s'en dissocier. Le chancelier autrichien Raab saisit alors l'occasion de son discours d'adieu pour marquer cette dissociation. Une note parut en même temps dans la *Wiener Zeitung*, assurant que le Gouvernement autrichien était tout à fait étranger aux propos qui avaient été tenus, et soulignant qu'un gouvernement ne pouvait répondre de ce qui se disait dans une conférence de presse que si lui-même la tenait. On y rappelait

aussi que le discours du Premier Ministre soviétique avait été prononcé au siège de l'association austro-soviétique, institution privée, et que la présence du Ministre autrichien des affaires étrangères n'avait été qu'une marque de courtoisie envers l'hôte<sup>169</sup>. Sans qu'ici non plus il n'y ait à entrer dans le fond de l'affaire, il est à noter simplement qu'on y trouve une confirmation de plus du fait que ce que l'on allègue dans de tels cas comme source d'une responsabilité de l'Etat territorial, ce ne sont certes pas les actes émanant d'organes étrangers, mais l'attitude passive ou négligente que les organes de cet Etat auraient eue à l'occasion de ces actes.

8) Le principe selon lequel, dans les hypothèses envisagées, la responsabilité internationale de l'Etat territorial ne peut être engagée que par un comportement éventuel de ses propres organes, adopté en rapport avec les agissements de l'organe étranger et représentant comme tel la violation d'une obligation internationale, est également partagé par la doctrine. Il a été incorporé dans certains projets de codification, comme celui qui a été élaboré en 1929 par la Harvard Law School<sup>170</sup>, ainsi que dans l'avant-projet soumis à la CDI en 1961 par F. V. García Amador<sup>171</sup>. Certes, on a parfois prétendu voir dans toute une série d'affaires, remontant pour la plupart au siècle dernier, des cas de responsabilité indirecte de l'Etat territorial<sup>172</sup>, mais, comme certains auteurs<sup>173</sup> l'ont mis en évidence depuis lors, la responsabilité de l'Etat territorial n'avait pas été mise en cause dans les cas en question, si ce n'était pour un manquement par ses propres organes à leurs devoirs de protection des Etats ou des ressortissants étrangers. En effet, dans tous les cas, ce que l'on considérait comme fait générateur de la responsabilité de l'Etat territorial n'était pas l'action commise sur le territoire de cet Etat par l'organe étranger, mais la négligence ou le manque de réaction vis-à-vis d'une telle action par les organes propres dudit Etat. Au surplus, cette responsabilité avait été parfois invoquée dans des situations où l'auteur de l'action préjudiciable commise sur le territoire d'un Etat, tout en étant un organe d'un Etat étranger, n'avait agi qu'à titre privé<sup>174</sup>.

<sup>168</sup> *Ibid.*, vol. 23 (1963), p. 348 et 349.

<sup>170</sup> D'après l'article XIV du projet :

« Quand le fait commis sur son territoire et qui cause un dommage à un étranger est imputable à un autre Etat, l'Etat n'est responsable que s'il n'a pas fait preuve de la diligence requise en vue de prévenir le dommage. »

(*Annuaire...* 1956, vol. II, p. 230, doc. A/CN.4/96, annexe 9.)

<sup>171</sup> L'article 15 de l'avant-projet est conçu comme suit :

« Les actes et omissions d'un Etat tiers ou d'une organisation internationale ne sont imputables à l'Etat sur le territoire duquel ils se sont produits que dans le cas où cet Etat a eu la possibilité d'éviter l'acte dommageable et n'a pas exercé la diligence dont les circonstances lui permettaient de faire preuve. »

(*Annuaire...* 1961, vol. II, p. 50, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif.)

<sup>172</sup> F. Klein, *Die mittelbare Haftung im Völkerrecht*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1941, p. 265 et suiv., et 299 et suiv.

<sup>173</sup> A. Verdross, « Theorie der mittelbaren Staatenhaftung », *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. I, n° 4 [nouv. sér.] (mai 1948), p. 405 et suiv. Voir aussi, à propos de ces cas, R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5<sup>e</sup> éd., Naples, Liguori, 1968, p. 602 et 603. Les deux auteurs contestent la thèse de Klein.

<sup>174</sup> Ce fut le cas lors de la réclamation toscane adressée en 1852 par la Grande-Bretagne au Gouvernement toscan à cause des mauvais traitements infligés à un ressortissant britannique, *Mather*, par un officier autrichien stationné en Toscane et ayant agi à titre privé.

<sup>168</sup> Voir les détails de cette affaire dans *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 18 (1957-1958), p. 723 et 724.

9) La pratique des Etats et la doctrine confirment donc les considérations et conclusions développées dans les premiers paragraphes du présent commentaire. Il paraît bien établi : a) que le comportement d'un organe d'un Etat n'est pas attribuable sur le plan du droit international à un autre Etat, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale, pour le seul fait que ce comportement a été adopté sur le territoire de ce dernier Etat; b) que, comme dans le cas d'agissements de simples particuliers, une responsabilité de l'Etat territorial n'est engendrée, en de telles occasions, que par le comportement éventuellement adopté par ses propres organes en rapport avec les comportements d'organes de l'Etat étranger et réalisant comme tel la violation d'une obligation internationale à la charge de l'Etat territorial.

10) Cela dit, il convient d'y ajouter deux précisions. La première est que, dans les hypothèses envisagées dans le présent article, les comportements d'organes étrangers sur le territoire de l'Etat doivent avoir été adoptés par lesdits organes en cette qualité. Si tel n'est pas le cas, ces comportements ne sauraient être considérés que comme des agissements de simples particuliers, aussi bien pour l'Etat d'appartenance de l'organe que pour l'Etat territorial, et l'un comme l'autre des deux Etats ne pourrait être tenu pour responsable que d'un manquement éventuel au devoir de protection tel qu'il est prévu au paragraphe 2 de l'article 11. En pareil cas, il resterait à établir, suivant les circonstances, lequel des deux Etats avait en fait l'obligation d'agir pour prévenir ou pour réprimer de tels comportements de particuliers, et auquel des deux incomberait donc la responsabilité d'un manquement dans ce domaine.

11) La deuxième précision revient à rappeler ce que l'on a déjà indiqué *supra*<sup>176</sup>, à savoir que, dans l'hypothèse de comportements adoptés sur le territoire d'un Etat par des organes d'un Etat étranger, la situation ne présente que des analogies plus apparentes que réelles avec l'hypothèse de comportements adoptés par de simples particuliers. L'analogie entre les deux hypothèses se réduit en dernier ressort à reconnaître que, dans l'une comme dans l'autre, l'Etat territorial peut se trouver confronté avec une obligation internationale de protection des Etats tiers ou de leurs ressortissants et se rendre coupable d'un manquement à cette obligation. Mais il va sans dire que le contenu et les limites d'une telle obligation peuvent être radicalement différents et que les formes par lesquelles l'Etat territorial doit s'acquitter d'une telle obligation peuvent beaucoup varier d'un cas à l'autre. Il faudra tenir compte, à ce sujet, de l'incidence des privilèges et immunités dont jouissent les organes de l'Etat étranger, de leur éventuel statut spécial, du fait que l'Etat étranger en question se serait réservé l'exercice exclusif de certaines fonctions de surveillance ou de répression, etc. Par exemple, il est évident qu'un Etat ne peut pas punir un ambassadeur étranger qui aurait proféré, sur le territoire de cet Etat, des insultes contre le chef d'un Etat tiers. Cela ne veut pas dire, cependant, que l'Etat territorial n'ait aucun moyen de réagir contre un tel comportement. On pourra tout au moins exiger

de l'Etat territorial qu'il désavoue l'ambassadeur ou qu'il élève des protestations à l'égard de l'Etat d'envoi. En cas d'événements très graves, on pourrait même concevoir que l'Etat territorial soit tenu de demander le retrait de l'ambassadeur en question ou de le déclarer *persona non grata*. Si l'Etat territorial ne prenait aucune mesure, l'Etat lésé pourrait alors l'accuser d'un fait internationalement illicite en relation avec le comportement dudit ambassadeur.

12) D'autres exemples peuvent être également mentionnés. Un chef d'Etat en visite à l'étranger peut être victime d'un enlèvement qui est le fait d'un commando dirigé depuis un Etat tiers. En pareil cas, l'Etat territorial semble devoir encourir une responsabilité internationale s'il n'a pas pris les précautions nécessaires ou si, les ayant prises, il ne s'efforce pas de s'emparer des coupables et si, les ayant saisis, il ne les punit pas. Même quand les organes de l'Etat étranger agissant sur le territoire d'un Etat ou à partir du territoire d'un Etat jouissent de certains privilèges et immunités ou d'un statut spécial, l'Etat territorial n'est pas pour autant dépourvu de tout moyen pour réagir contre les agissements commis sur son territoire par ces organes — et dans certaines circonstances il peut même être tenu de le faire s'il ne veut pas encourir une responsabilité internationale du fait de sa propre passivité devant les événements.

13) Compte tenu des considérations qui précèdent, le *paragraphe 1* de l'article 12 dispose que n'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement adopté sur son territoire ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction par un organe d'un autre Etat agissant en cette qualité. En adoptant la formule très large « sur son territoire ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction », la Commission entend englober des faits se produisant aussi bien dans le « territoire » proprement dit de l'Etat, y compris les eaux territoriales et l'espace aérien adjacents, que dans tout autre territoire, espace, zone, endroit ou chose soumis à la juridiction de l'Etat — par exemple dans un territoire dépendant, dans un territoire étranger occupé, sur le plateau continental, dans une base à l'étranger, sur un navire ou dans un avion battant pavillon de l'Etat, etc.

14) Le principe de base de la non-attribution à l'Etat des comportements adoptés sur son territoire par des organes d'un autre Etat étant ainsi affirmé, le *paragraphe 2* de l'article énonce la règle que ledit principe est sans préjudice de l'attribution à l'Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui qui est envisagé au *paragraphe 1* et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10 du projet. Formulée comme une clause de sauvegarde, la règle contenue dans le *paragraphe 2* se limite à prévoir la possibilité d'attribuer à l'Etat territorial, comme source éventuelle d'une responsabilité à sa charge, tout manquement à ses propres obligations commis en rapport avec les comportements adoptés sur son territoire, ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction, par les organes d'un autre Etat.

15) Aux fins de l'article 12 du projet, les dispositions qui figurent dans ses *paragraphes 1* et *2* semblent suffire. Les hypothèses envisagées dans ledit article changeraient certainement d'aspect si, dans le cas d'espèce, on devait

<sup>176</sup> Voir ci-dessus par. 5.

constater un concours ou une complicité, au sens propre de ces termes, des organes de l'Etat territorial dans l'action illicite des organes de l'Etat étranger. On pourrait alors être en présence de la participation d'un Etat à une situation internationalement illicite créée par un autre Etat ou encore d'un fait internationalement illicite perpétré conjointement par deux Etats<sup>176</sup>. L'action commise par les organes de l'Etat territorial et qui lui serait attribuée comme source de responsabilité — indépendamment de celle que l'on attribuerait parallèlement à l'Etat d'appartenance des organes étrangers — serait alors autre chose qu'un simple manquement aux devoirs de protection envers les Etats tiers. Dans un cas de ce genre, on serait plutôt en présence d'une de ces situations que la Commission se propose d'examiner dans le cadre du chapitre IV de la première partie du projet, consacré aux problèmes particuliers qui se posent à propos de la participation de plusieurs Etats à un même fait internationalement illicite<sup>177</sup>. De même, d'après la Commission, l'article 12 n'est pas censé se prononcer sur la question de savoir si la présence de l'organe étranger sur le territoire de l'Etat constitue en elle-même un fait licite ou illicite. Dans le cas spécifique où une telle présence constituerait comme telle un fait internationalement illicite, soit de l'Etat étranger, soit de l'Etat territorial, soit des deux à la fois, les problèmes d'attribution que poserait un tel fait relèveraient de l'article 5 du projet, et devraient être réglés en conformité avec la disposition énoncée dans ledit article.

---

<sup>176</sup> Par exemple, l'article 3 de la définition de l'agression adoptée par la résolution 3314 (XXIX), du 14 décembre 1974, de l'Assemblée générale énumère parmi les actes qui réunissent les conditions d'un acte d'agression « le fait pour un Etat d'admettre que son territoire, qu'il a mis à la disposition d'un autre Etat, soit utilisé par ce dernier pour perpétrer un acte d'agression contre un Etat tiers », et la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée par la résolution 260 A (III), du 9 décembre 1948, de l'Assemblée générale, punit aussi bien le « génocide » que « l'entente en vue de commettre le génocide » et « la complicité dans le génocide ».

<sup>177</sup> Voir ci-dessus par. 50.

Article 13

Comportement d'organes d'une organisation internationale

N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une organisation internationale agissant en cette qualité du seul fait que ledit comportement a été adopté sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction.

Commentaire \*/

1) Le présent article énonce la règle en vertu de laquelle les comportements d'organes d'une organisation internationale agissant pour le compte de l'organisation sur le territoire d'un Etat ou sur tout autre territoire soumis à la juridiction de cet Etat ne sont pas, de ce fait — ou, mieux, de ce seul fait —, à considérer comme des faits de cet Etat. Cette règle découle de considérations de principe qui, *mutatis mutandis*, se rapprochent de celles

qui ont été développées dans le commentaire de l'article 12 à propos des comportements adoptés sur le territoire d'un Etat par des organes d'un autre Etat agissant en cette qualité. La différence de nature qui sépare une organisation internationale d'un Etat fait, cependant, que le problème se présente sous des aspects différents, en partie tout au moins.

2) Il est avant tout à retenir que le cas où l'action d'un organe d'un Etat s'exerce sur le territoire d'un autre Etat représente l'exception. Par contre, l'action d'un organe d'une organisation internationale s'exerce toujours et nécessairement sur le territoire d'un Etat et, donc, d'un autre sujet de droit international<sup>178</sup>. N'ayant pas un territoire propre, les organisations internationales sont obligées d'agir sur le territoire d'un Etat ou sur un territoire soumis à la juridiction ou au contrôle d'un Etat<sup>179</sup>. En règle générale, une organisation internationale agit sur le territoire d'un Etat déterminé à la suite d'un accord conclu entre ledit Etat et l'organisation internationale en question. Ainsi, les activités d'organes au siège ou dans des bureaux officiels permanents de l'organisation s'exercent dans le cadre d'un accord de siège conclu entre l'organisation et l'Etat hôte. De même, les activités d'organes de l'organisation en dehors du siège ou des bureaux officiels permanents sont normalement soumises à un accord conclu entre l'organisation et l'Etat sur le territoire duquel ces activités sont censées s'exercer. Par exemple, quand un organe de l'organisation ou une conférence convoquée sous les auspices de l'organisation tiennent des réunions en dehors du siège de celle-ci ou de ses bureaux officiels permanents, on a pour habitude de conclure un accord entre l'organisation et l'Etat hôte prévoyant les privilèges, immunités et facilités applicables à la réunion, y compris le droit d'accès à la réunion de toutes les personnes ayant qualité pour assister. Des accords entre l'organisation et l'Etat territorial sont également conclus pour toute une série d'activités que les organisations internationales mènent en dehors de

<sup>178</sup> Cette situation a été décrite par C. Eagleton (« L'organisation internationale et le droit de la responsabilité », *Recueil des cours...*, 1950-I, Paris, Sirey, t. 76, 1951, p. 387) dans les termes suivants :

« Alors qu'un agent de l'Etat agit le plus souvent à l'intérieur de l'Etat, l'Organisation des Nations Unies n'a aucun territoire sous son autorité souveraine à l'intérieur duquel ses agents opéreraient, et, alors qu'il est relativement rare qu'un agent de l'Etat engage la responsabilité de son Etat du fait d'actes accomplis en dehors de cet Etat, les actes dommageables d'agents de l'Organisation des Nations Unies risquent beaucoup plus souvent d'être accomplis à l'intérieur du territoire d'un Etat [...] » [Tr. de l'original anglais.]

<sup>179</sup> Il se peut qu'une organisation internationale soit chargée d'administrer pendant un certain temps un territoire déterminé. Par exemple, dans le cadre des fonctions qui lui avaient été confiées par l'Indonésie et les Pays-Bas et approuvées par l'Assemblée générale, l'ONU a exercé des fonctions exécutives temporaires dans le territoire de la Nouvelle-Guinée occidentale (Irian occidental) du 1<sup>er</sup> octobre 1962 au 1<sup>er</sup> mai 1963, par l'intermédiaire de l'Autorité exécutive temporaire des Nations Unies (AETNU) ayant à sa tête un administrateur nommé par le Secrétaire général. De même, aux termes des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale, le Conseil des Nations Unies pour la Namibie s'est vu confier certains pouvoirs et fonctions « à exercer dans le Territoire ». Mais le fait que l'administration d'un territoire déterminé soit confiée à une organisation internationale ne veut nullement dire que le territoire en question devienne « territoire de l'organisation ».

leur siège ou de leurs bureaux officiels, et cela indépendamment du type d'activité dont il s'agit (maintien de la paix, action dans le domaine politique, diplomatique, économique, assistance technique, secours en cas de catastrophes naturelles, information, enseignement, etc.)<sup>180</sup>. Le cas d'activités exercées par des organes d'une organisation internationale sur le territoire d'un Etat sans l'accord de ce dernier est plutôt exceptionnel mais il n'est pas non plus à exclure. Des situations de ce genre pourraient, par exemple, se produire à la suite de décisions prises par le Conseil de Sécurité de l'ONU dans le cadre du Chapitre VII de la Charte après constatation de l'existence d'une menace pour la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression.

3) En deuxième lieu, une raison de distinguer l'hypothèse prévue au présent article de celle qui est envisagée à l'article précédent tient à ce que l'action d'un organe d'un Etat agissant en cette qualité sur le territoire d'un autre Etat est toujours considérée comme un fait de son Etat d'appartenance. Par contre, il n'est pas toujours certain que l'action d'un organe d'une organisation internationale agissant en cette qualité soit toujours purement et simplement attribuée à l'organisation internationale en tant que telle plutôt que, lorsque les circonstances le veulent, aux Etats membres de l'organisation s'il s'agit d'un organe collectif ou sinon, à l'Etat national de la personne ou des personnes qui constituent l'organe en question. Cela dit, il ne faut pas non plus tirer des conclusions hâtives du fait qu'il n'existe que peu d'exemples mettant en cause sur le plan international des organisations internationales à la suite d'agissements de leurs organes sur le territoire d'un Etat. Les organisations internationales, ayant une personnalité internationale propre, distincte de celle de leurs Etats membres, sont une catégorie de sujets de droit international relativement nouvelle. Il ne faut pas non plus oublier que, de par leur nature, les organisations internationales agissent normalement de manière à ne pas commettre des faits internationalement illicites. Cependant, la pratique internationale connaît déjà des cas concrets d'attribution à l'organisation internationale du fait de l'un de ses organes, et cela en tant que source de responsabilité internationale de l'organisation. Parmi les exemples les plus instructifs, on peut citer les accords conclus en 1965, 1966 et 1967 par l'ONU avec la Belgique<sup>181</sup>, la Grèce<sup>182</sup>, l'Italie<sup>183</sup>, le Luxembourg<sup>184</sup>, et la Suisse<sup>185</sup> en vue de l'indemnisation des dommages aux personnes et aux biens des ressortissants de ces pays consécutifs aux opérations de la Force des Nations Unies au Congo. Dans ces accords, qui constituent autant de règlements globaux des réclamations présentées par des ressortissants de chacun de ces Etats, il est dit que l'Organisation a marqué son accord pour que les réclamations de ressortissants du

pays en question qui ont pu subir des dommages du fait « d'actes préjudiciables commis par des membres du personnel de l'ONUC et ne résultant pas d'une nécessité militaire soient traitées équitablement », et que l'Organisation « ne se soustrairait pas à sa responsabilité s'il était établi que des agents de l'ONU ont effectivement fait subir un préjudice injustifiable à des innocents »<sup>186</sup>. Ce qui doit être en tout cas retenu ici, ce n'est pas tant la détermination positive du sujet de droit international auquel, dans un cas concret, est attribué le comportement adopté par des agents de l'ONU que le fait de l'exclusion de l'attribution de ce comportement à l'Etat sur le territoire duquel les agents de l'Organisation l'avaient adopté.

4) Le principe de l'exclusion de l'attribution à l'Etat des comportements adoptés sur son territoire par des organes d'une organisation internationale est expressément reconnu dans certains accords conclus entre des organisations internationales et des Etats où ces organisations mènent des opérations. Ces accords prévoient l'attribution de ces comportements à l'organisation comme telle, et instituent en même temps des procédures de règlement entre l'organisation en question et les tiers qui avancent des réclamations pour les suites des comportements adoptés par des organes ou des agents de l'organisation<sup>187</sup>. Par exemple, les accords relatifs à des opérations du maintien de la paix conclus par l'ONU contiennent des dispositions sur la base desquelles on peut présenter des réclamations directement à l'Organisation pour certaines actions ou omissions de membres des forces engagées par l'ONU dans de telles opérations. Ainsi, le paragraphe 10, al. b, de l'Accord entre l'ONU et le Congo (Léopoldville) du 27 novembre 1961 concernant le statut juridique et les privilèges et immunités de l'ONU au Congo dispose que

Dans le cas de dommages pouvant donner lieu à une action civile, et réputés avoir été causés à un citoyen ou à un résident du Congo par un acte imputable à un membre de la Force ou à un fonctionnaire de l'ONU dans l'accomplissement de ses fonctions officielles, l'Organisation des Nations Unies réglera le différend par voie de négociation ou par tout autre moyen convenu entre les parties; s'il n'est pas possible d'obtenir un règlement de cette manière, le différend sera soumis à l'arbitrage, à la demande de l'une ou de l'autre partie<sup>188</sup>.

<sup>180</sup> Voir p. ex. l'Echange de lettres du 20 février 1965 constituant un accord entre l'ONU et la Belgique relatif au règlement de réclamations présentées contre l'ONU au Congo par des ressortissants belges (*ibid.*, vol. 535, p. 197). Lorsque l'URSS estima devoir protester contre l'indemnisation des victimes belges, le Secrétaire général de l'ONU affirma que « l'Organisation des Nations Unies, représentée par son secrétaire général, a toujours eu pour politique d'indemniser les victimes de dommages engageant la responsabilité juridique de l'Organisation » (Nations Unies, *Annuaire juridique*, 1965 [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.67.V.3], p. 44).

<sup>187</sup> Dans la plupart des cas, les comportements en question n'impliqueront que la violation d'obligations de droit interne, et n'entraîneront donc qu'une responsabilité de même nature. Mais la formule utilisée dans les accords ici mentionnés est de nature à couvrir également l'hypothèse, moins fréquente, où le comportement adopté par l'organe d'une organisation internationale représenterait un manquement à une obligation internationale et entraînerait, comme tel, une responsabilité de l'organisation sur le plan du droit international.

<sup>188</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 414, p. 234.

<sup>180</sup> Ces accords peuvent revêtir des formes très différentes allant d'un accord en due forme à un accord en forme simplifiée, et même résulter de l'acceptation d'une invitation de se rendre sur son territoire faite par un Etat à un organe ou un agent de l'organisation.

<sup>181</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 535, p. 197.

<sup>182</sup> *Ibid.*, vol. 565, p. 3.

<sup>183</sup> *Ibid.*, vol. 588, p. 197.

<sup>184</sup> *Ibid.*, vol. 585, p. 147.

<sup>185</sup> *Ibid.*, vol. 564, p. 193.

L'échange de lettres entre l'ONU et Chypre du 31 mars 1964 constituant un accord relatif au statut de la Force des Nations Unies chargée du maintien de la paix à Chypre prévoit qu'une commission des réclamations, créée à cet effet, statuera, *inter alia*, sur toute réclamation formulée

Par un ressortissant chypriote à propos de tous dommages dont on prétendra qu'ils ont été causés par un acte ou une omission imputable à un membre de la Force et ayant trait à ses fonctions officielles<sup>189</sup>.

5) C'est justement le fait que des agissements d'organes d'une organisation internationale impliquant un manquement à une obligation internationale assumée par l'organisation sont susceptibles d'être attribués à celle-ci, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale, et non pas à l'Etat sur le territoire duquel l'agissement a eu lieu, qui explique, dans une grande mesure, que les organisations internationales éprouvent parfois des réserves à l'égard d'initiatives visant à les faire adhérer à des conventions multilatérales qui comportent des obligations dont elles considèrent ne pas être en mesure de s'acquitter<sup>190</sup>.

6) La règle de la non-attribution à l'Etat des comportements adoptés sur son territoire par des organes d'une organisation internationale est prônée, du moins quant à son principe, aussi bien par les auteurs qui examinent la question du point de vue de la responsabilité des Etats que par ceux, moins nombreux, qui ont étudié les problèmes que pose la responsabilité des organisations internationales<sup>191</sup>. L'article 15 de l'avant-projet soumis

<sup>189</sup> *Ibid.*, vol. 492, p. 79. Une disposition similaire figure dans l'Echange de lettres entre l'ONU et l'Egypte du 8 février 1957 constituant un accord sur le statut de la Force d'urgence des Nations Unies en Egypte (*ibid.*, vol. 260, p. 61). L'Echange de lettres constituant un accord entre l'ONU et la République arabe unie concernant le règlement, entre la Force d'urgence des Nations Unies (FUNU) et le gouvernement, des demandes d'indemnité relatives à des accidents de la circulation (14 octobre 1959, 15 septembre et 17 octobre 1960) prévoit la suppression réciproque de certaines demandes d'indemnité que la FUNU et le Gouvernement de la RAU peuvent avoir à se présenter mutuellement à l'occasion d'accidents de la circulation (*ibid.*, vol. 388, p. 145).

<sup>190</sup> P. ex. à propos de la question de l'adhésion éventuelle d'organisations intergouvernementales aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre. Voir à cet égard l'avis du 15 juin 1972 du Service juridique du Secrétariat de l'ONU (Nations Unies, *Annuaire juridique*, 1972 [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.74.V.1], p. 159 et 160).

<sup>191</sup> Voir p. ex. parmi ces derniers : Eagleton, « L'organisation internationale et le droit de la responsabilité », *Recueil des cours...*, 1950-I (*loc. cit.*), p. 319; F. V. García Amador, « La responsabilité internationale de l'Etat — La responsabilité des organisations internationales », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, Genève, XXXIV<sup>e</sup> année, n° 2 (avril-juin 1956), p. 149 et suiv.; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1960, t. II-2, p. 844; H. Seidl-Hohenveldern, « Die völkerrechtliche Haftung für Handlungen internationaler Organisationen im Verhältnis zu Nichtmitgliedstaaten », *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. XI, n° 3-4, 1961, p. 497; J.-P. Ritter, « La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale », *Annuaire français de droit international*, 1962, Paris, vol. VIII, 1963, p. 441 et suiv.; J. J. A. Salmon, « Les accords Spaak-U Thant du 20 février 1965 », *ibid.*, 1965, Paris, vol. XI, 1966, p. 477 et suiv.; P. de Visscher, « Observations sur le fondement et la mise en œuvre du principe de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies », *Revue de droit international et de droit comparé*, Bruxelles, t. XL, n° 3-4, 1963, p. 165 et suiv., et « Les conditions

à la CDI en 1961 par F. V. García Amador prévoit expressément que les actes et omissions d'une organisation internationale ne sont pas imputables à l'Etat sur le territoire duquel ils se sont produits<sup>192</sup>.

7) Faudrait-il voir une quelconque exception à la règle énoncée par le présent article dans les accords d'assistance, technique ou autre, qui contiennent souvent des clauses<sup>193</sup> en vertu desquelles l'Etat bénéficiaire de l'assistance assume la responsabilité en cas de réclamations que des tiers pourront avancer contre l'organisation internationale ou ses agents? Par exemple, le paragraphe 6 de l'article 1<sup>er</sup> de l'Accord du 21 mai 1968 entre l'ONU, l'OIT, la FAO, l'UNESCO, l'OACI, l'OMS, l'UIT, l'OMM, l'AIEA, l'UPU, l'OMCI et l'ONUDI, d'une part, et l'Australie, d'autre part, relatif à la fourniture d'une assistance technique au Territoire du Papua et au Territoire sous tutelle de la Nouvelle-Guinée dispose que

Le Gouvernement sera tenu de répondre à toutes réclamations que des tiers pourraient faire valoir contre les organisations, conjointes ou séparées, contre leurs experts, agents ou employés par suite d'opérations effectuées dans les Territoires en vertu du présent Accord; il mettra hors de cause les organisations et leurs experts, agents et employés en cas de réclamation ou d'action en responsabilité découlant d'opérations exécutées dans les Territoires en vertu du présent Accord, sauf si le Gouvernement, le Directeur du Programme des Nations Unies pour le développement et les organisations intéressées conviennent que ladite réclamation ou ladite action en responsabilité résulte d'une négligence grave ou d'une faute intentionnelle desdits experts, agents ou employés<sup>194</sup>.

Indépendamment des questions qui peuvent se poser à propos de la portée de ces clauses<sup>195</sup>, qui semblent bien se rapporter à des hypothèses de responsabilité de droit interne plutôt que de droit international, il est en tout cas évident qu'il s'agit là de dispositions exonérant l'organisation de la responsabilité pour des comportements adoptés par ses agents dans l'exécution des plans d'opérations faisant l'objet de l'accord, et non pas de clauses en vertu desquelles on attribuerait à l'Etat territorial des comportements adoptés par des agents de l'organisation. En d'autres termes, l'Etat territorial ne se voit pas du tout attribuer un comportement d'autrui, mais tout simplement il endosse, en vertu d'une convention spéciale, les conséquences d'un comportement qui n'est pas le sien, mais celui de l'organisation. Qu'il en est bien ainsi ressort du libellé même de ces clauses, qui prévoient

d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies » (Rapport préliminaire), *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1971, Bâle, vol. 54-I, 1972, p. 46 et suiv.; M. Bothe, *Streikkräfte internationaler Organisationen*, Cologne, Heymanns, 1968, p. 166 et suiv.; A. Di Blase, « Sulla responsabilità internazionale per attività dell'ONU », *Rivista di diritto internazionale*, Milan, vol. LVII, n° 2, 1974, p. 250 et suiv.

<sup>192</sup> Voir ci-dessus note 171.

<sup>193</sup> Ces clauses ne font souvent qu'incorporer, à quelques différences de langage près, des dispositions figurant dans un accord type approuvé pour l'activité en question par un organe de l'organisation.

<sup>194</sup> Nations Unies, *Annuaire juridique*, 1968 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.2), p. 47.

<sup>195</sup> Elles peuvent donner lieu à des questions d'interprétation relatives, par exemple, au droit de fond mis en question, à la nature de la responsabilité envisagée, aux tiers visés, etc.

la possibilité que l'organisation assume quand même la responsabilité au cas où les réclamations en question résulteraient d'une négligence grave ou d'une faute intentionnelle des agents de l'organisation. Pour autant qu'elles aient affaire à des cas de responsabilité internationale, ces clauses ne sauraient être qu'une application de ce que l'on appelle la « responsabilité indirecte » ou responsabilité du fait d'autrui, question que la Commission se propose d'étudier dans un autre chapitre du projet<sup>196</sup>. Leur inclusion dans les accords mentionnés ne fait donc que confirmer le bien-fondé du principe de la non-attribution à l'Etat territorial des comportements d'organes d'une organisation internationale qui est énoncé dans l'article 13.

8) En formulant la règle énoncée dans cet article, la Commission n'a pas à donner une définition de la notion d'organisation internationale, à établir comment une organisation internationale peut devenir un sujet de droit international distinct des Etats qui la composent, à indiquer quand la responsabilité de l'organisation internationale ou de ses Etats membres peut être engagée et quels peuvent éventuellement être les cas de responsabilité conjointe, concurrente ou alternative, ni à résoudre toute une série de questions qui peuvent être très pertinentes pour élaborer des règles relatives à la responsabilité internationale des organisations internationales, mais qui dépassent manifestement la portée du présent projet. La personnalité internationale de certaines organisations internationales intergouvernementales, comme l'ONU, et des institutions spécialisées et autres organismes du système des Nations Unies ne paraît pas soulever de difficultés<sup>197</sup>. Il existe, certes, d'autres organisations internationales dont la personnalité de droit international général est moins bien établie, mais il suffit de constater, aux fins qui nous intéressent ici, que certaines organisations internationales, tout au moins, sont dotées d'une personnalité internationale et que, habilitées de ce fait à assumer des obligations internationales, conventionnelles ou autres, elles peuvent se trouver enfreindre ces obligations, et encourir éventuellement une responsabilité internationale, à la suite des comportements internationalement illicites adoptés par leurs organes. Qu'il suffise en tout cas de conclure que c'est dans les cas où les agissements pris en considération émanent d'une organisation internationale dotée d'une personnalité internationale propre que l'article ici examiné s'applique. S'il en était autrement, le comportement incriminé ne pourrait être que soit le comportement d'un organe d'un Etat, soit celui d'un particulier : dans un cas comme dans l'autre, ce serait un autre article du projet qui serait applicable.

9) Cela dit, il convient de préciser qu'en examinant les questions qui se posent dans le cadre de cet article il ne faut pas dépasser la portée du projet à l'étude, qui, comme il a été déjà indiqué<sup>198</sup>, est limitée en matière de

responsabilité internationale aux questions de la responsabilité des Etats, et ne concerne pas les questions relatives à la responsabilité de sujets de droit international autres que les Etats. Ainsi, s'il faut souligner que le comportement d'un organe étatique étranger agissant en cette qualité sur le territoire d'un Etat est attribuable à son Etat d'appartenance en vertu des articles mêmes du projet, il ne faut pas chercher dans ce même projet une solution au problème de l'attribution à une organisation internationale des comportements de ses organes agissant pour le compte de l'organisation sur le territoire d'un Etat, car la responsabilité des organisations internationales est régie par des règles qui ne sont pas nécessairement les mêmes que celles qui gouvernent la responsabilité des Etats<sup>199</sup>. La codification des règles régissant la responsabilité des Etats ne doit pas empiéter sur les règles qui régissent la responsabilité internationale des organisations internationales, ces dernières n'ayant pas à être définies dans un projet consacré exclusivement à la responsabilité des Etats.

10) L'article 13 présuppose que l'organe de l'organisation internationale visé a agi en qualité d'organe de l'organisation dans l'exercice des fonctions propres de celle-ci, et non sous le contrôle de l'Etat territorial. Il ne couvre pas l'hypothèse spécifique où l'organe de l'organisation a été « mis à la disposition » de l'Etat territorial et se trouve agir dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de ce dernier et sous son contrôle. Cette dernière hypothèse fait l'objet de la règle énoncée à l'article 9. C'est dans ce critère qu'il faut rechercher la décision lorsqu'il s'agit de se prononcer sur un cas d'espèce déterminé. Par exemple, comme la Force des Nations Unies au Congo, ci-dessus mentionnée, avait agi à la demande de la République du Congo, on pourrait se demander si les membres de la Force ne devaient pas être considérés comme des agents de cet Etat, auquel leurs comportements auraient alors dû être attribués. On trouve une réponse à cette question dans un rapport du Secrétaire général du 18 juillet 1960, où il est dit :

Bien qu'aux termes de la résolution [résolution 143 (1960) du Conseil de sécurité, du 14 juillet 1960] la Force des Nations Unies soit envoyée au Congo à la demande du gouvernement et qu'elle soit appelée à y demeurer avec le consentement de ce gouvernement, et bien qu'on puisse la considérer comme un organe mis à la disposition du gouvernement pour le maintien de l'ordre et la protection des vies humaines — tâche qui incombe naturellement aux autorités nationales et qui leur reviendra dès que, de l'avis du gouvernement, leur pouvoir aura été suffisamment établi —, la Force est placée nécessairement sous le commandement exclusif de l'Organisation des Nations Unies en la personne du Secrétaire général, sous le contrôle du Conseil de sécurité<sup>200</sup>.

11) Il faut aussi avoir présent à l'esprit le fait que les activités entreprises dans le cadre des organisations internationales, sous leurs auspices ou par leur intermédiaire, ne sont pas nécessairement des activités confiées à des

<sup>196</sup> Voir ci-dessus par. 50.

<sup>197</sup> La personnalité internationale de l'ONU a trouvé un fondement particulièrement solide dans l'avis consultatif de la CIJ émis le 11 avril 1949 dans l'affaire relative à la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies (C.I.J. Recueil 1949, p. 179).

<sup>198</sup> Voir ci-dessus par. 32.

<sup>199</sup> A cet égard, J. J. A. Salmon (*loc. cit.*, p. 479) s'exprime ainsi : « Le problème de la responsabilité quasi délictuelle ou civile d'une organisation internationale est de ceux qui, tant sur le plan scientifique que sur le plan pratique, paraissent parmi les plus obscurs du droit des organisations internationales. »

<sup>200</sup> Documents officiels du Conseil de sécurité, quinzième année, Supplément de juillet, août et septembre 1960, doc. S/4389, par. 7.

organes de l'organisation. Les opérations des organisations internationales sont menées souvent d'après des modalités fort différentes, et ceci, parfois, dans un même domaine d'activités<sup>201</sup>. Le statut juridique d'une équipe de secours fournie, en cas de catastrophe naturelle, par l'intermédiaire de l'ONU peut être soit celui d'un organe subsidiaire de l'Organisation, soit celui d'une entité dotée d'un statut juridique distinct par rapport à l'Organisation, soit celui d'une équipe nationale de l'un des Etats membres; le statut juridique d'une force du maintien de la paix de l'ONU et des contingents nationaux qui la composent vis-à-vis de l'Organisation peut aussi varier d'un cas à l'autre<sup>202</sup>, etc. Il va de soi que si, dans le cas d'espèce, l'auteur du comportement adopté sur le territoire d'un Etat est en réalité l'organe d'un Etat et non pas celui d'une organisation internationale, c'est l'article 12 qui devient applicable, et non pas l'article 13.

12) Compte tenu des considérations qui précèdent, l'article 13 n'est pas censé donner une définition de la responsabilité des organisations internationales ni des problèmes d'attribution qu'une telle responsabilité pose. Il se borne à affirmer que les comportements des organes d'une organisation internationale agissant en cette qualité ne sont pas attribuables à un Etat du seul fait que lesdits comportements ont été adoptés sur le territoire de l'Etat en question ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction. Le sens de l'expression « ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction » a déjà été expliqué dans le commentaire de l'article 12<sup>203</sup>. Il convient également de préciser que l'expression « organisation internationale » s'entend d'une « organisation intergouvernementale » suivant le sens donné à cette expression dans les projets d'articles élaborés par la Commission sur d'autres sujets. Les mots « agissant en cette qualité » soulignent utilement que l'organe en question doit avoir agi au nom et pour le compte de l'organisation, dans l'exercice des fonctions de celle-ci et sous son contrôle exclusif. Finalement, les mots « du seul fait » ont été introduits afin de ne pas préjuger des problèmes d'attribution qui peuvent se poser pour l'Etat territorial en vertu des règles qui régissent la responsabilité des organisations internationales lorsque, par exemple, ledit Etat est un Etat membre de l'organisation en question, voire a participé, d'une façon ou d'une autre, à la décision de l'organisation qui est à l'origine du comportement de l'organe en cause, ou encore a mis à la disposition dudit organe ses propres moyens.

13) La Commission n'a pas estimé devoir inclure dans cet article, comme elle l'a fait aux articles 11, 12 et 14, une disposition prévoyant expressément que la règle énoncée dans l'article est sans préjudice de l'attribution à l'Etat territorial des comportements qui seraient attribuables audit Etat en vertu des articles 5 à 10 du projet et qui auraient été adoptés en rapport avec le comportement de l'organe de l'organisation. La formulation d'une telle disposition poserait, dans le cas de l'article 13, des problèmes particuliers dépassant la portée du présent projet, car il s'agirait de problèmes liés, dans une certaine mesure, au statut des relations entre l'Etat territorial et l'organisation en question ainsi qu'aux dispositions spécifiques, y compris les dispositions relatives au statut juridique de l'organisation et aux privilèges et immunités de ses organes, prévues dans les accords sur la base desquels les organisations internationales agissent normalement sur le territoire d'un Etat. La Commission a surtout hésité devant l'idée d'inclure dans le projet une disposition quelconque qui pourrait suggérer l'idée d'une soumission de l'action d'une organisation internationale au pouvoir de contrôle de l'Etat sur le territoire duquel cette organisation est appelée à opérer. Mais le silence de l'article à cet égard ne saurait être interprété dans le sens que l'Etat territorial ne pourrait jamais encourir, dans les hypothèses envisagées dans l'article, une responsabilité internationale du chef de ses propres comportements adoptés en rapport avec ceux de l'organisation en question. Ainsi, si l'Etat territorial s'associait à l'accomplissement par un organe de l'organisation d'une action constituant un fait internationalement illicite ou si, devant l'accomplissement de cette action, il ne réagissait pas dans les formes appropriées, il pourrait engager sa responsabilité internationale du fait de son propre comportement, comportement qui, en vertu des articles 5 à 10 du projet, lui serait toujours attribuable<sup>204</sup>.

<sup>201</sup> Voir p. ex. F. Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leyde, Sijthoff, 1966; D. S. Wijewardane, « Criminal jurisdiction over visiting forces with special reference to international forces », *The British Year Book of International Law*, 1965-66, Londres, vol. XLI, 1968, p. 179 et suiv.

<sup>202</sup> A propos du statut juridique des troupes britanniques faisant partie de la Force des Nations Unies chargée du maintien de la paix à Chypre, voir l'arrêt de la Chambre des lords du 11 février 1969 dans l'Affaire Nissan c. Attorney-General (*The All England Law Reports*, 1969, Londres, vol. 1, p. 629). Pour une analyse de cet arrêt, voir J. W. Bridge, « The legal status of British troops forming part of the United Nations Force in Cyprus », *The Modern Law Review*, Londres, vol. 34, n° 2 (mars 1971), p. 121 et suiv.

<sup>203</sup> Par. 13 du commentaire.

<sup>204</sup> Sur la possibilité que la responsabilité de l'Etat territorial soit engagée du chef d'un déni de justice à la suite d'un fait internationalement illicite d'une organisation internationale, voir J.-P. Ritter, *loc. cit.*, p. 446 et 447.

Article 14

Comportement d'organes d'un  
mouvement insurrectionnel

1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire sous son administration.
2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à un Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui de l'organe du mouvement insurrectionnel et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10.
3. De même, le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution du comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel à ce mouvement dans tous les cas où une telle attribution peut se faire d'après le droit international.

Commentaire \*/

1) Le présent article traite de la question de la possibilité d'attribuer à l'Etat, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale à sa charge, des comportements d'organes d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet Etat ou sur un autre territoire soumis à son administration. Il est tout d'abord essentiel de préciser que le problème de l'attribution ou de la non-attribution à l'Etat du fait d'organes d'un mouvement insurrectionnel, objet du présent article, ne saurait se poser que si, au moment où l'Etat lésé présentait à l'Etat territorial une réclamation en relation avec des comportements d'organes d'un mouvement insurrectionnel, le mouvement existait toujours comme tel, ou avait cessé d'exister, mais en entraînant dans sa chute sa propre structure et son organisation. En d'autres termes, le problème se pose seulement, aux fins du présent article, quand le mouvement insurrectionnel et l'Etat sur le territoire duquel le mouvement est établi continuent d'exister tous les deux, ou éventuellement quand, la rébellion matée, le mouvement insurrectionnel a tout à fait disparu. Les problèmes d'attribution qui surgissent lorsqu'un mouvement insurrectionnel ne cesse d'exister comme tel que parce qu'il a eu gain de cause et que ses structures sont ensuite devenues, en tout ou en partie, le nouvel appareil gouvernemental de l'Etat préexistant ou celles d'un nouvel Etat s'étant formé à son instigation sur une partie des territoires auparavant soumis à la souveraineté ou à l'administration de l'Etat préexistant sont d'une tout autre nature, et, à ce titre, ils sont traités dans le cadre de l'article 15.

2) Il arrive souvent que la question d'une éventuelle responsabilité de l'Etat en relation avec des faits émanant d'organes d'un mouvement insurrectionnel proprement dit soit examinée conjointement avec celle d'une responsabilité de l'Etat à l'occasion des comportements de simples particuliers agissant au cours d'une émeute, d'une manifestation de foule, d'autres troubles et subversions, ou aussi au cours d'une insurrection n'ayant pas encore abouti à la formation d'un mouvement insurrectionnel doté d'un appareil distinct de celui de l'Etat. Or, il n'y a pas qu'une simple distinction quantitative (c'est-à-dire concernant l'intensité de la subversion) entre ces derniers cas et ceux où un mouvement insurrectionnel établit son autorité sur une portion du territoire de l'Etat ou d'un autre territoire sous l'administration de cet Etat. Il y a aussi une différence qualitative entre les deux hypothèses mentionnées — une différence qui justifie que l'on en traite séparément.

3) Certes, au début de l'insurrection les comportements de personnes ou de groupes de personnes qui par la suite deviennent des organes d'un mouvement insurrectionnel se présentent comme des comportements de simples particuliers. Du point de vue de l'attribution d'un fait à l'Etat comme source éventuelle d'une responsabilité internationale, ces comportements sont effectivement assimilables à ceux de personnes ou de groupes de personnes qui participent à une émeute ou à une manifestation de foule et, comme ceux de ces derniers, ils rentrent dans le cadre de la disposition énoncée à l'article 11. Mais la situation change à partir du moment

où un mouvement insurrectionnel, au sens que ce terme prend en droit international, est né. Dès ce moment-là, on est en présence, parallèlement à l'Etat, d'une organisation dotée de son propre appareil, dont les organes peuvent agir pour le compte du mouvement insurrectionnel lui-même sur une portion du territoire soumis à la souveraineté ou à l'administration de l'Etat. Les organes qui font partie des structures du mouvement insurrectionnel et qui agissent en son nom ne sont à aucun titre des organes de l'Etat<sup>205</sup>, pas plus que les particuliers qui participent à une émeute ou à une manifestation de foule, mais en tant qu'organes d'un mouvement insurrectionnel ils peuvent adopter des comportements susceptibles d'engager une responsabilité internationale du mouvement insurrectionnel lui-même, lorsque ces comportements constitueraient une violation d'une obligation internationale que l'on reconnaît comme existant à la charge du mouvement insurrectionnel<sup>206</sup>.

4) Il ne s'agit pas, bien entendu, de codifier dans le présent projet les règles qui régissent l'éventuelle responsabilité internationale des mouvements insurrectionnels, mais une fois de plus de partir de la prémisse que, dès le commencement de leur existence autonome sur la scène internationale, ces mouvements peuvent être, dans certaines limites, capables de commettre des faits internationalement illicites propres; il s'agit ensuite de tirer de cette prémisse les conclusions qui en découlent en ce qui concerne la détermination des conséquences pour l'Etat des agissements illicites d'un mouvement insurrectionnel. A ce propos, une première remarque s'impose, à savoir que l'éventuelle responsabilité que l'Etat pourrait encourir pour n'avoir pas adopté, s'il en avait la possibilité, les mesures de vigilance, de prévention et de répression requises serait une responsabilité autrement exceptionnelle que celle qu'il peut encourir par suite du défaut de vigilance, de prévention ou de répression qui lui serait reproché à l'occasion d'une simple émeute ou d'une manifestation de foule. On ne pourra que rarement accuser l'Etat d'avoir manqué à ses propres obligations de vigilance et de protection en rapport avec les comportements d'organes d'un mouvement insurrectionnel, car la plupart du temps les agissements en question

---

<sup>205</sup> Il va sans dire qu'ils ne sauraient non plus être assimilés à des « personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat », dans le sens que cette expression prend à l'article 8 du projet. Les personnes ou groupes de personnes qui agissent en tant qu'organes d'un mouvement insurrectionnel dirigé contre un Etat ou contre un gouvernement déterminé n'entendent nullement agir « en fait pour le compte » de cet Etat ou de ce gouvernement ou exercer « en fait des prérogatives de la puissance publique » dudit Etat ou dudit gouvernement pendant la durée de certaines circonstances exceptionnelles. Au contraire, leur but est d'abattre les structures de l'Etat en question et de les remplacer en tant que nouveau gouvernement dudit Etat ou en tant que gouvernement d'un Etat nouveau s'étant séparé de celui préexistant.

<sup>206</sup> Voir H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952, p. 292 :

« Par le contrôle effectif du gouvernement insurrectionnel sur une partie du territoire et du peuple de l'Etat impliqué dans la guerre civile, une entité s'est formée qui ressemble vraiment à un Etat dans le sens du droit international » [tr. de l'original anglais]. Voir aussi G. Arangio-Ruiz, *loc. cit.*, p. 165.

échappent totalement à son contrôle<sup>207</sup>. Et il sera plus rare encore que l'on porte contre l'Etat de telles accusations dans les cas où, le mouvement insurrectionnel ayant réussi à établir d'une manière stable son autorité sur une portion congrue du territoire de l'Etat, les Etats tiers en viendront à tenir le gouvernement lui-même pour responsable d'agissements internationalement illicites de ses propres organes.

5) L'existence d'un mouvement insurrectionnel pose en soi certains problèmes spécifiques qu'on ne saurait passer sous silence dans un projet de codification des règles de droit international régissant la responsabilité des Etats. Mais la prise en considération de ces problèmes ne signifie nullement qu'il soit nécessaire de définir, dans le cas du présent projet de codification, les données requises par le droit international pour qu'un mouvement donné puisse se qualifier comme un « mouvement insurrectionnel », ou de préciser à quelles conditions, à quel moment et envers qui un tel mouvement peut être considéré comme étant doté de la personnalité internationale et quelle est alors l'étendue — d'ailleurs changeante selon les cas et, dans chaque cas, selon le temps — de sa capacité juridique internationale<sup>208</sup>. L'examen de toutes ces questions, qui d'ailleurs devraient se poser également, *mutatis mutandis*, pour les Etats et pour les organisations internationales, ne relève pas de la matière à l'étude, mais plutôt d'autres grands chapitres du droit international, à savoir ceux qui traitent des sujets de droit international.

6) Aux fins du présent article, l'existence d'un « mouvement insurrectionnel » au sens du droit international doit donc être prise comme une donnée présumée. Si cette donnée existe dans la réalité, les questions d'attribution ou de non-attribution à l'Etat des comportements d'organes du mouvement en question rentrent dans le cadre des hypothèses à envisager. Par contre, si le mouvement en question n'est pas à considérer comme un « mouvement insurrectionnel » d'après le droit international, les problèmes d'attribution qui peuvent se poser doivent alors être réglés d'après les dispositions énoncées dans l'autres articles du projet, et notamment à l'article 11.

7) Pour formuler les règles qui doivent figurer dans le présent article, la Commission n'a pas besoin non plus de se prononcer sur les diverses formes que peuvent revêtir les mouvements insurrectionnels selon que l'on se trouve en présence d'une lutte interne relativement

limitée, d'une situation de véritable guerre civile, d'une lutte anticoloniale, de l'action d'un front de libération nationale, d'un mouvement révolutionnaire ou contre-révolutionnaire, etc., ni sur les questions que peut poser le problème de la légitimité internationale de certaines desdites formes<sup>209</sup>. Par contre, ce qu'il importe de retenir ici est le fait que les mouvements insurrectionnels peuvent parfois être dirigés contre l'Etat lui-même, comme dans le cas d'un mouvement sécessionniste ou d'un mouvement de décolonisation d'un ancien territoire dépendant. Mais les mouvements insurrectionnels peuvent aussi se proposer comme objectif de remplacer le gouvernement de l'Etat par un nouveau gouvernement. En outre, et cela est également important aux fins de la formulation des règles pertinentes, un mouvement insurrectionnel peut être dirigé contre un Etat ou contre le gouvernement d'un Etat autre que celui de l'Etat sur le territoire duquel il est établi. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un mouvement insurrectionnel a son quartier général dans un Etat tiers et opère depuis cet Etat.

8) La responsabilité internationale d'un mouvement insurrectionnel est normalement plus difficile à mettre en cause que celle d'un Etat proprement dit. Le mouvement en question, de par son essence même, a un caractère provisoire<sup>210</sup>. Sa durée se limite à celle de la lutte qu'il a engagée. A l'issue de cette lutte, il est destiné à disparaître en tant que tel. S'il est vaincu, son existence prend fin et son organisation se dissout. S'il gagne, il peut soit transmettre à l'Etat les structures de son organisation, en tant que nouveau gouvernement dudit Etat, soit se muer lui-même en un Etat nouveau, constitué sur une partie du territoire auparavant soumis à la souveraineté ou à l'administration de l'Etat préexistant. Or, la mise en cause de la responsabilité internationale engendrée par un fait internationalement illicite est une opération qui demande souvent un laps de temps relativement long, plus long peut-être que la durée de la lutte insurrectionnelle. De plus, l'ampleur et l'importance du mouvement insurrectionnel peuvent varier au gré des vicissitudes de la lutte. Par exemple, le territoire sur lequel il exerce son autorité peut se rétrécir ou s'étendre, et les moyens financiers ou autres sous son contrôle se modifier également. Tout cela crée un climat d'incertitude quant à la perspective d'obtenir de ce mouvement, au cours de la lutte, la réparation d'un fait internationalement illicite. En outre, si l'Etat qui se plaint de préjudices causés par

<sup>207</sup> C'est par là que souvent se distingue la situation créée dans les cas d'actions d'organes d'un mouvement insurrectionnel de celle qui est créée dans les cas d'actions d'organes d'un Etat étranger. Dans ces derniers cas, l'Etat conserve normalement son autorité sur le territoire où ces actions se produisent, tandis qu'il n'en a souvent plus aucune sur le territoire contrôlé par le mouvement insurrectionnel.

<sup>208</sup> Il ne faut donc pas s'attarder ici à déterminer les conditions exigées par le droit international pour qu'un mouvement donné acquière comme tel la qualité internationale (le « mouvement insurrectionnel », voire même à établir si une telle détermination doit se faire sur la base de critères objectifs (effectivité, durée, ampleur, organisation, etc.) ou si elle dépend d'éléments subjectifs tels que la reconnaissance par des Etats ou par des organisations internationales, et, de même, si la personnalité internationale d'un mouvement de ce genre est valable *erga omnes* ou si elle a plutôt un caractère relatif, etc.

<sup>209</sup> Au cours du débat, certains membres de la Commission ont affirmé la légitimité internationale de certaines formes de mouvements insurrectionnels et, notamment, des mouvements de lutte anticoloniale et de libération nationale qui se réclament du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, proclamé par la Charte des Nations Unies et développé dans toute une série de résolutions de l'Assemblée générale.

<sup>210</sup> Pour G. Arangio-Ruiz (*Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1954, p. 129 et 130; et « Stati e altri enti... » [*loc. cit.*], p. 165 et 166), le caractère « provisoire » ne serait pas une caractéristique « nécessaire » du sujet mouvement insurrectionnel. Toutefois, s'il est vrai que l'Etat lui-même peut en fait cesser d'exister tout autant que les insurgés, on ne saurait oublier la différence qui sépare les deux types d'entités du point de vue de leurs finalités respectives. L'Etat se propose de durer indéfiniment en tant que tel. Par contre, le mouvement insurrectionnel n'entend pas se perpétuer en tant que tel, et vise à devenir lui-même un Etat. Il s'agit donc d'un type d'entité institutionnel provisoire.

des comportements illicites d'organes du mouvement insurrectionnel ne reconnaît pas et n'entend pas reconnaître ce mouvement, avec lequel il n'entretient pas de rapports, la présentation d'une réclamation et la mise en cause d'une responsabilité peuvent présenter des difficultés supplémentaires.

9) Bien qu'il n'en soit pas toujours ainsi — et la pratique internationale connaît des exemples où les réclamations ont été présentées au cours de la lutte<sup>211</sup> —, il arrive souvent que, pour les raisons mentionnées, les Etats victimes de comportements illicites de la part d'organes de mouvements insurrectionnels estiment utile d'attendre, pour avancer leurs réclamations, que la situation se soit clarifiée. Ainsi, fréquemment, les réclamations sont adressées à l'issue de la lutte soit au gouvernement légitime de l'Etat, au cas où celui-ci aurait eu raison de l'insurrection et aurait rétabli son autorité sur tout le territoire, soit au nouveau gouvernement qui aurait remplacé le gouvernement antérieur à la suite de la victoire de l'insurrection, ou encore au gouvernement du nouvel Etat qui se serait formé par sécession d'une partie du territoire de l'Etat préexistant ou par décolonisation d'un ancien territoire dépendant dudit Etat.

10) Ces situations, cependant, diffèrent nettement les unes des autres, et le fondement des réclamations présentées n'est pas le même pour toutes. Certaines de ces situations relèvent de l'article 15 et restent en dehors du domaine du présent article. Celui-ci, comme il a déjà été indiqué, n'est consacré qu'à l'examen du problème de l'attribution ou de la non-attribution à l'Etat, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale, des comportements adoptés par des organes d'un mouvement insurrectionnel établi sur son territoire, ou sur un territoire soumis à son administration, dans les cas où ce mouvement existerait toujours comme tel au moment de la présentation de la réclamation, ou bien aurait alors cessé d'exister mais en ayant entraîné dans sa chute sa propre structure et son organisation.

11) La portée du présent article étant ainsi délimitée, trois questions seulement se posent à propos de sa formulation. La première revient à se demander s'il est ou non possible d'attribuer à l'Etat, comme source de responsabilité, des faits d'organes d'un mouvement insurrectionnel établi sur son territoire ou sur un autre territoire soumis à son administration. La deuxième question (qui suppose qu'on ait répondu négativement à la première) consiste à déterminer s'il est néanmoins possible à l'Etat d'encourir une responsabilité internationale du fait du comportement adopté par ses propres organes en rapport avec des agissements d'organes du mouvement insurrectionnel, et cela soit avant soit après la fin de la lutte contre ce mouvement et le rétablissement éventuel de l'autorité de l'Etat sur la totalité du territoire. La troisième question est de savoir s'il convient d'insérer dans l'article une clause de sauvegarde relative à la possibilité d'attribuer le comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel au mouvement lui-même.

12) L'analyse de la jurisprudence arbitrale internationale et de la pratique des Etats confirme que les faits commis par les organes d'un mouvement insurrectionnel, abstraction faite de l'hypothèse où celui-ci se transformerait en autre chose à la suite d'une issue de la lutte qui serait pour lui favorable (hypothèse envisagée dans l'article 15), ne peuvent pas être attribués à l'Etat territorial. L'attribution à l'Etat des faits des organes du mouvement insurrectionnel ne saurait avoir lieu ni tant que dure la lutte entre ce mouvement et le pouvoir constitué, ni, et à plus forte raison, une fois la lutte terminée au profit de l'Etat<sup>212</sup>. Ces conclusions sont également celles de la grande majorité des auteurs qui ont examiné le problème d'un point de vue doctrinal. Une responsabilité ne peut être mise à la charge de l'Etat territorial que du fait d'un manquement éventuellement commis à cette occasion par ses propres organes aux obligations de vigilance, de prévention ou de répression qui sont les siennes. Ajoutons qu'il ne saurait y avoir de différence selon que le prétendu manquement de l'Etat se serait produit avant la cessation de l'existence active du mouvement insurrectionnel ou après, lorsque, par exemple, la paix interne ayant été rétablie, les autorités de l'Etat omettraient de punir de façon adéquate les auteurs des faits préjudiciables commis au cours de la lutte. Ce sera même sur cette base que la responsabilité de l'Etat se trouvera le plus souvent invoquée, puisque les cas où le gouvernement « légitime » aurait eu, pendant la lutte, la possibilité matérielle de prévenir ou de réprimer l'action préjudiciable de la personne-organe du mouvement insurrectionnel sont plutôt exceptionnels. Il est aussi à noter que le fait que la source de la responsabilité de l'Etat ne se trouve pas dans l'action de la personne qui, au moment où elle agissait, était organe du mouvement insurrectionnel, mais dans le comportement adopté par les organes de l'Etat en rapport avec une telle action, n'a pas nécessairement une influence décisive sur le choix des critères applicables pour déterminer, dans le cas concret, la mesure de la réparation. Rien n'empêche qu'on établisse le montant de la réparation due à la suite d'un manquement par l'Etat à une obligation de prévention ou de répression en prenant comme critère le dommage matériellement causé par l'action de l'individu ayant agi en tant qu'organe du mouvement insurrectionnel. Finalement, une responsabilité internationale propre des mouvements insurrectionnels du fait des agissements de leurs organes est reconnue aussi bien dans la pratique des Etats que par la doctrine.

13) Au XIX<sup>e</sup> siècle déjà, de nombreuses commissions mixtes avaient affirmé à plusieurs reprises — sur la base, d'ailleurs, de clauses expresses des traités en vertu desquels on les avait constituées — le principe qu'en règle générale un gouvernement n'était pas responsable des préjudices causés à des étrangers par les membres d'une insurrection armée ayant échappé au contrôle dudit gouvernement. La Commission mixte des réclamations

<sup>211</sup> Cela dit, rien n'empêche l'Etat ayant maîtrisé l'insurrection d'accepter (p. ex. par une convention spéciale) de reprendre à son compte la responsabilité qui incomberait au mouvement insurrectionnel et que l'Etat tiers n'aurait pas pu faire valoir contre ce dernier. Mais le caractère dérogatoire par rapport au droit international général d'une telle solution est manifeste.

<sup>212</sup> Voir ci-dessus par. 28.

américano-mexicaine, créée par la Convention du 4 juillet 1868, avait suivi ce principe dans des jugements relatifs à des réclamations pour des préjudices causés soit par des insurgés au Mexique, soit par des organes des Confédérés en lutte contre les Fédéraux aux Etats-Unis d'Amérique<sup>213</sup>. La Commission mixte des réclamations anglo-américaine créée par le Traité du 8 mai 1871 l'avait appliqué à l'occasion de réclamations provoquées elles aussi par des agissements des Confédérés pendant la guerre de Sécession<sup>214</sup>. La Commission mixte hispano-américaine créée en 1871 en avait fait autant pour des réclamations concernant des préjudices causés par les insurgés à Cuba<sup>215</sup>.

14) Pour ce qui est du xx<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence arbitrale internationale présente une série de jugements qui portent tous sur les questions faisant l'objet du présent article et qui font partie de l'ensemble des décisions adoptées entre 1903 et 1905 par les commissions mixtes des réclamations constituées en vertu des protocoles de Paris (1902) et de Washington (1903), conclus entre le Venezuela et d'autres puissances. Ces dernières se plaignaient des préjudices causés à leurs ressortissants, notamment à l'occasion d'agissements de mouvements révolutionnaires. Le jugement le plus significatif est peut-être celui qu'a rendu la Commission mixte italo-vénézuélienne dans l'*Affaire Sambiaggio*, concernant des exactions et des réquisitions forcées de la part des forces révolutionnaires du colonel Guevara dont un ressortissant italien avait été la victime en 1902. Le surarbitre Ralston conclut, à la suite d'un examen détaillé des précédents fournis par la jurisprudence, des opinions d'auteurs et des clauses des traités en vigueur entre l'Italie et le Venezuela, que le Venezuela ne pouvait être tenu pour responsable que s'il avait été allégué et prouvé que les autorités du pays n'avaient pas employé la diligence requise pour empêcher les révolutionnaires d'infliger des préjudices. Ayant noté qu'aucun manque de diligence n'avait été allégué ni prouvé dans le cas d'espèce, l'arbitre rejeta la réclamation italienne<sup>216</sup>.

<sup>213</sup> Voir les cas relatés dans Moore, *History and Digest...* (op. cit.), vol. III, p. 2873 et suiv., 2881 et suiv., 2886 et suiv., 2902 et suiv., et 2973 à 2981.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 2900 et 2901, et 2982 à 2990.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 2981 et 2982.

<sup>216</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (publication des Nations Unies, numéro de vente : 60.V.4), p. 524.

Examinant d'abord la question d'un point de vue abstrait, l'arbitre Ralston conclut

« qu'en principe général, et hormis [...] circonstances exceptionnelles [...], le gouvernement ne doit pas être tenu pour responsable d'actes de révolutionnaires, car :

« 1. Les révolutionnaires ne sont pas des agents du gouvernement et il n'existe pas de responsabilité naturelle;

« 2. Leurs actes visent à détruire le gouvernement, et personne ne peut être tenu pour responsable des actes d'un ennemi qui porte atteinte à votre vie;

« 3. Les révolutionnaires n'étaient pas sous contrôle du gouvernement, et ce dernier ne peut pas être tenu pour responsable des préjudices causés par ceux qui ont échappé à sa contrainte. »

(*Ibid.*, p. 513 [tr. de l'original anglais].)

La Commission italo-vénézuélienne fit application des mêmes principes dans l'*Affaire Revesno et al.* (*ibid.*, p. 582 et 583) et dans l'*Affaire Guastini* (*ibid.*, p. 577 et suiv.).

15) Le surarbitre Plumley dans les affaires *Aroa Mines*<sup>217</sup> (soumises à la Commission mixte Grande-Bretagne/Venezuela), *Henriquez et Salas*<sup>218</sup> (soumises à la Commission mixte Pays-Bas/Venezuela) et *French Company of Venezuelan Railroads*<sup>219</sup> (soumise à la Commission mixte France/Venezuela), le surarbitre Duffield dans les affaires *Kummerov, Redler, Fulda, Fischbach et Friedericy*<sup>220</sup> (soumises à la Commission mixte Allemagne/Venezuela), le surarbitre Gutiérrez-Otero dans les affaires *Padrón*<sup>221</sup> et *Mena*<sup>222</sup> (soumises à la Commission mixte Espagne/Venezuela), et le commissaire Paul dans l'*Affaire Acquatella, Bianchi et al.*<sup>223</sup> (soumise à la Commission mixte France-Venezuela de 1903) appliquèrent pratiquement les mêmes principes dans les jugements relatifs à toutes ces affaires et parvinrent à des conclusions analogues. Dans l'*Affaire Padrón*, par exemple, le surarbitre affirma comme un principe reconnu de droit international que les Etats n'étaient pas responsables des actions préjudiciables à des étrangers commises par des insurgés, mais exclusivement d'une éventuelle « négligence des autorités constituées » dans l'adoption de mesures adéquates de protection ou de répression contre les agissements d'insurgés.

16) La non-responsabilité de l'Etat pour les préjudices causés par une personne ou un groupe de personnes qui sont les organes d'un mouvement insurrectionnel se trouve affirmée également par la décision rendue le 1<sup>er</sup> mai 1925 par l'arbitre Huber dans l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*. Le jurisconsulte suisse n'excluait cependant pas que l'Etat puisse se voir attribuer, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale, le manque de vigilance de ses autorités dans la prévention et dans la répression des agissements préjudiciables de rebelles et d'organes de mouvements insurrectionnels, pour autant que cette prévention et cette répression aient été possibles<sup>224</sup>. On trouve une autre affirmation du même principe, remontant plus ou moins à la même époque, dans le jugement rendu le 19 novembre 1925 par le Tribunal arbitral anglo-américain constitué en vertu de l'Accord spécial du 18 août 1910 à propos de l'*Affaire Several British Subjects (Iloilo Claims)*. Le Tribunal rejeta la réclamation britannique, n'ayant pu relever de négligence imputable aux forces américaines<sup>225</sup>.

<sup>217</sup> *Ibid.*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 408 et suiv., et surtout p. 439 et suiv.

<sup>218</sup> *Ibid.*, vol. X (numéro de vente : 60.V.4), p. 714 et suiv., et 720 et 721.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 354.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 397 et 398.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 742 et 743.

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 749.

<sup>223</sup> Le commissaire Paul observa :

« [...] ce n'est que lorsqu'il est évident que le gouvernement a manqué de faire un usage prompt et efficace de son autorité pour obtenir le retour dudit groupe révolté à l'obéissance et pour protéger, dans la mesure de ses possibilités, les biens et les personnes menacés par les troubles révolutionnaires qu'il peut être tenu pour responsable d'une telle situation anormale. »  
(*Ibid.*, p. 6 [tr. de l'original anglais].)

<sup>224</sup> *Ibid.*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 642.

<sup>225</sup> *Ibid.*, vol. VI (numéro de vente : 1955.V.3), p. 159 et 160.

17) Vers la même époque, une autre série de jugements intéressants ont été rendus par les différentes Commissions des réclamations créées par les accords passés entre le Mexique et diverses puissances à la suite des événements survenus au Mexique entre 1910 et le milieu des années 20. Par exemple, dans l'*Affaire de la Home Insurance Company*, tranchée le 31 mars 1926, la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique nia la responsabilité du Gouvernement mexicain pour une action commise à Puerto Mexico, au détriment de la société américaine, par le commandant local des forces insurrectionnelles du général de la Huerta<sup>226</sup>. La décision rendue le 3 octobre 1928 dans l'*Affaire Solis*, et rédigée pour la Commission générale par le commissaire Nielsen, jugea insuffisante la preuve fournie du prétendu défaut de protection dont les forces du Gouvernement mexicain étaient accusées par le plaignant. La décision fait état comme d'un « principe bien établi du droit international » qu'un gouvernement ne peut pas être tenu pour responsable d'une action commise en violation de son autorité par des groupes de rebelles lorsqu'il n'est pas lui-même coupable d'un manquement à la bonne foi ou d'une négligence dans la répression de l'insurrection. Seul un manquement par les autorités légitimes de l'Etat à ce devoir de protection pouvait constituer la source d'une responsabilité de l'Etat<sup>227</sup>. Le principe de la non-responsabilité de l'Etat pour des actions délictueuses commises par des mouvements insurrectionnels ressort aussi du jugement de l'arbitre Verzijl dans l'*Affaire Georges Pinson*, tranchée le 19 octobre 1928 par la Commission des réclamations France/Mexique<sup>228</sup>.

18) Certaines décisions de la Commission des réclamations Grande-Bretagne/Mexique, constituée en vertu de la Convention du 19 novembre 1926, revêtent un intérêt particulier en ce qu'elles prennent spécialement en considération l'hypothèse d'un défaut de répression de l'insurrection ou de punition des coupables. Elles s'attachent même à fournir des critères pour établir la preuve d'un tel défaut. Par exemple, dans le jugement du 15 février 1930 relatif à l'*Affaire des Mexico City Bombardment Claims*, la Commission indiqua que

Dans un grand nombre de cas, il sera extrêmement difficile d'établir sans doute aucun l'omission ou l'absence de mesures de répression ou de punition. La Commission se rend compte de ce qu'il est toujours difficile de fournir d'une manière absolument convaincante la preuve de faits négatifs. Mais on pourra présumer qu'il existe à première vue une preuve solide dans les cas où, *primò*, l'agent britannique pourra faire admettre que les faits étaient connus

<sup>226</sup> *Ibid.*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 48 et suiv., et notamment p. 52.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 358 et suiv. Le commissaire Nielsen constata que, abstraction faite des données de chaque cas particulier, « le caractère et l'étendue d'un mouvement insurrectionnel doivent être un facteur d'importance pour juger de la question de la possibilité d'assurer la protection » (*ibid.*, p. 362 [tr. de l'original anglais]). Par la suite, des critères similaires furent appliqués par la même commission dans la décision relative à l'*Affaire Bond Coleman* (*ibid.*, p. 364 et suiv.), et évoqués par le commissaire Nielsen dans son opinion se rapportant à l'*Affaire Russel*, jugée par la commission créée par la Convention spéciale américano-mexicaine du 10 septembre 1923 (*ibid.*, p. 831).

<sup>228</sup> *Ibid.*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 352 et 353. Voir aussi à ce propos les critères énoncés dans la décision du 19 mai 1931, relative à l'*Affaire John Gill* (*ibid.*, p. 159).

par les autorités compétentes, soit parce qu'ils étaient de notoriété publique soit parce qu'ils avaient été portés en temps voulu à leur connaissance, et où, *secundo*, l'agent mexicain ne pourra fournir aucune preuve d'une action entreprise par les autorités<sup>229</sup>.

Sur ces bases, la majorité de la Commission conclut à la responsabilité du Gouvernement mexicain, notant en particulier que l'agent du Mexique n'avait pas pu fournir de preuve d'une action d'enquête, de répression ou de poursuite de la part des autorités, malgré que celles-ci, dûment informées des faits, eussent pu agir en ce sens. Dans l'*Affaire John Gill*, la majorité de la Commission conclut à la responsabilité de l'Etat mexicain, et cela pour les mêmes raisons que celles qui ont été indiquées dans le jugement relatif aux *Mexico City Bombardment Claims*.

19) La jurisprudence arbitrale internationale fait donc preuve d'une remarquable unité de vues. Il en est de même pour la pratique diplomatique. A une époque assez éloignée déjà, les chancelleries des puissances avaient fait leur le principe que l'Etat ne pouvait pas être tenu pour responsable des faits d'un mouvement insurrectionnel en révolte contre le gouvernement légitime et que, en pareil cas, on ne saurait envisager une responsabilité de l'Etat que si ses organes, tout en ayant la possibilité de le faire, ne prenaient pas les mesures de prévention et de répression appropriées. Les vues des gouvernements rejoignaient donc celles qu'exprimaient alors les tribunaux arbitraux, souvent à l'occasion des mêmes situations. On le constate dans bon nombre de cas, que les événements au cours desquels des préjudices furent causés à des étrangers par des organes de mouvements insurrectionnels aient eu pour cadre la guerre de Sécession (1861-1865) aux Etats-Unis d'Amérique<sup>230</sup>, la Commune de Paris (1871) en France<sup>231</sup>, l'insurrection carliste (1874) en Espagne<sup>232</sup>, la révolte d'Arabi Pacha (1882) en Egypte<sup>233</sup>, les deux insurrections (1868-1878 et 1895-1898) pour l'indépendance de Cuba<sup>234</sup>, ou encore les différentes insurrections dirigées contre les gouvernements de telle ou telle autre nation latino-américaine<sup>235</sup>. Le principe que, dans le cas de préjudices causés par des organes d'un mouvement insurrectionnel, l'Etat ne peut

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 80 [tr. de l'original anglais].

<sup>230</sup> Voir, pour des cas figurant dans les recueils de la pratique des Etats-Unis d'Amérique, Moore, *History and Digest...* (*op. cit.*), vol. II, p. 1621 à 1624, et *A Digest...* (*op. cit.*), p. 957 et 958; et, pour des opinions émanant des conseils de la Couronne britannique, A. D. McNair, *International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol. II, p. 256 et 257.

<sup>231</sup> McNair, *op. cit.*, p. 261 et suiv.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 267 et 268.

<sup>234</sup> Moore, *A Digest...* (*op. cit.*), p. 961 et suiv., et 966 et suiv.

<sup>235</sup> Voir Moore, *A Digest...* (*op. cit.*), p. 966 (insurrection de 1893 au Brésil), 980 et 981 (prise temporaire du pouvoir au Mexique par l'empereur Maximilien), 981 à 984 (insurrection de 1873 au Venezuela); Hackworth, *op. cit.*, p. 673 (insurrection de 1926 au Honduras); McNair, *op. cit.*, p. 259 et 260 (insurrection au Venezuela), 271 (insurrection au Brésil). Voir aussi la lettre du 17 août 1894 du Ministre italien des affaires étrangères, Blanc, au Chargé d'affaires italien à Rio, dans le Livre vert présenté le 6 décembre 1894 à la Chambre des députés (Italie, *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti diplomatici presentati al Parlamento italiano dal Ministro degli Affari esteri, doc. n° VII bis, Brasile: Reclami italiani, Rome, 1895*).

se voir attribuer, comme source éventuelle d'une responsabilité, que les omissions de ses propres organes est également souligné dans une série de prises de position significatives qui remontent aux premières années du xx<sup>e</sup> siècle <sup>236</sup>.

20) Des réponses données par les gouvernements au point IX de la demande d'informations que leur a adressée le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930, il ressort clairement que les Etats étaient en substance d'accord pour reconnaître : a) que le comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel agissant sur le territoire de l'Etat contre lequel ce mouvement s'est soulevé ne saurait pas être attribué comme tel à l'Etat ni engager sa responsabilité internationale; b) que seul un comportement adopté par des organes de l'Etat en rapport avec des agissements préjudiciables des insurgés pourrait être attribué à l'Etat et engager sa responsabilité internationale au cas où ce même comportement constituerait un manquement à une obligation internationale de cet Etat <sup>237</sup>. En se fondant sur les réponses reçues, le Comité préparatoire de la Conférence rédigea deux bases de discussion (n° 22 <sup>238</sup> et n° 22, a <sup>239</sup>), mais la Conférence a dû interrompre ses travaux avant d'avoir pu passer à l'examen de ces bases. La conviction des gouvernements ressort toutefois clairement de leurs réponses à la demande formulée par le Comité préparatoire. En outre, cette conviction paraît entièrement confirmée par celle que certains de ces gouvernements ont ensuite exprimée lors de situations concrètes qui remontent aux années 30 <sup>240</sup>.

21) Après la seconde guerre mondiale, les mêmes principes ont été affirmés dans les décisions rendues par des commissions nationales américaines chargées de répartir entre les réclamants les sommes globales versées à titre forfaitaire au Gouvernement des Etats-Unis pour le règlement de différends concernant des dommages causés

<sup>236</sup> P. ex. dans la conclusion générale n° 3 de la commission créée aux Etats-Unis d'Amérique par la loi du 2 mars 1901 pour l'examen des réclamations admises en exécution du Traité du 10 décembre 1898 avec l'Espagne mettant fin à la guerre de Cuba (Moore, *A Digest...* [op. cit.], p. 971 et 972); dans une lettre du 7 novembre 1911 adressée par le Secrétaire d'Etat par intérim, Adee, à l'ambassadeur des Etats-Unis à Mexico (Hackworth, op. cit., p. 668); dans des instructions envoyées par le Foreign Office britannique à ses services consulaires à l'étranger (*ibid.*).

<sup>237</sup> SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 108 et suiv.; et *Supplément au tome III* (op. cit.), p. 3 et 20. Voir p. ex. les réponses de l'Allemagne, de la Pologne et de la Suède (SDN, *Bases de discussion...* [op. cit.], p. 108, 110 et 111).

<sup>238</sup> « La responsabilité de l'Etat n'est pas engagée, en principe, en cas de dommages causés à la personne ou aux biens d'un étranger par des personnes participant à une insurrection ou à une émeute, ou par la foule. » (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 225, doc. A/CN.4/96, annexe 2.)

<sup>239</sup> « Toutefois, la responsabilité de l'Etat se trouve engagée en cas de dommages causés à la personne ou aux biens d'un étranger par des personnes participant à une insurrection ou à une émeute, ou par la foule, si l'Etat n'a pas apporté la diligence qui convenait en ces circonstances pour prévenir les dommages et punir leurs auteurs. » (*Ibid.*)

<sup>240</sup> Voir, à titre d'exemple, les prises de position du Gouvernement américain à l'occasion des agissements de mouvements insurrectionnels opérant au Mexique (Hackworth, op. cit., vol. V, p. 671 et 672), à Cuba (*ibid.*, p. 670) et en Espagne (*ibid.*), et du Service juridique du Ministère français des affaires étrangères (Kiss, op. cit., p. 637).

à des ressortissants américains <sup>241</sup>. Plus récemment, en 1958, au cours de la guerre contre les dissidents indonésiens, les navires marchands *San Flaviano* et *Daronia* et plus tard le sous-marin *Aurochs*, tous britanniques, furent bombardés par des avions dans les eaux territoriales indonésiennes et l'un des navires marchands fut détruit. Interrogé à la Chambre des communes sur l'action entreprise par le gouvernement, le Sous-Secrétaire d'Etat britannique a déclaré le 11 juin 1958 que

Dans les deux cas l'Ambassadeur de Sa Majesté à Djakarta a enquêté auprès du Gouvernement indonésien, à la suite de quoi le Gouvernement de Sa Majesté a acquis la conviction que l'action n'a pas été effectuée par les forces armées du Gouvernement indonésien. Il semble que les avions attaquants étaient aux ordres des forces indonésiennes dissidentes du nord des Célèbes <sup>242</sup>.

Le Gouvernement britannique n'estimait donc pas possible d'attribuer à l'Etat indonésien, comme source de responsabilité de ce dernier, les agissements illicites des forces armées des insurgés <sup>243</sup>.

22) On peut aussi rappeler la position prise par le Gouvernement belge à propos de la réparation des dommages subis par des ressortissants belges dans la République démocratique du Congo pendant la guerre civile. Le 10 décembre 1969, répondant à une interpellation parlementaire, le Ministre belge des affaires étrangères a affirmé que « les actes fautifs et dommageables commis par des émeutiers ou insurgés » ne pouvaient faire l'objet d'une réparation que « s'il y avait eu, de la part des forces de l'ordre, dans leur mission de maintien de l'ordre, une négligence coupable <sup>244</sup> ».

23) Les prises de position des gouvernements à propos de situations concrètes paraissent d'autant plus significatives qu'elles aboutissent, dans la plupart des cas, à une décision négative à propos de la présentation d'une réclamation. Cela mis à part, on ne doit pas prendre à la lettre le langage employé dans certaines notes. Le fait que l'on parle, par exemple, de négligence des organes constitués « dans la répression de l'insurrection » ne signifie certes pas que l'on rend l'Etat responsable en cas de préjudices causés par les organes d'un mouvement in-

<sup>241</sup> Voir p. ex. les décisions de la Commission des réclamations américano-mexicaine instituée par la loi du 18 décembre 1942 dans l'Affaire Batopilas Mining Company et dans l'Affaire Simpson (Whiteman, op. cit., p. 822 et 823) et de la Commission des réclamations internationales, créée en 1949 pour la répartition d'une somme globale versée à titre forfaitaire par le Gouvernement yougoslave, dans la décision relative à la Socony Vacuum Oil Company (H. Lauterpacht, éd., *International Law Reports*, 1954, Londres, vol. 21, 1957, p. 61). Ces deux commissions étaient des organes de droit interne américain.

<sup>242</sup> British Institute of International and Comparative Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 7, juillet 1958, p. 552 [tr. de l'original anglais].

<sup>243</sup> Sont à relever également les instructions envoyées le 28 novembre 1958 par le Département d'Etat américain à l'ambassade des Etats-Unis à Cuba (Whiteman, op. cit., p. 819) et celles qui ont été données le 18 mai 1967 par le Département canadien des affaires extérieures pour déterminer les cas dans lesquels le Gouvernement canadien était disposé à accorder la protection diplomatique (voir notamment le point 3 de ces instructions), *Canadian Yearbook of International Law*, 1968, Vancouver [B.C.], t. VI, p. 265.

<sup>244</sup> *Revue belge de droit international*, Bruxelles, vol. VIII, n° 1, 1972, p. 372.

surrectionnel à un Etat étranger parce qu'en général la lutte contre l'insurrection n'aurait pas été menée avec vigueur. Le défaut de vigilance et d'intervention des autorités étatiques doit évidemment s'être produit à propos de la protection des Etats ou des particuliers étrangers victimes de certains agissements des insurgés, et encore à l'occasion de ces agissements. De même, le fait que l'on dise que l'Etat n'est pas responsable « des dommages » causés par les insurgés « à moins qu'il » n'y ait eu dans un cas concret défaut de protection de la part des organes étatiques ne signifie nullement qu'une telle négligence rendrait tout à coup possible l'attribution à l'Etat, exclue en principe, des faits du mouvement insurrectionnel. Tout ce que l'on veut dire, c'est que dans de tels cas l'Etat, responsable de l'omission reprochée à ses organes, est tenu d'indemniser les dommages causés par les agissements des insurgés à titre de réparation de son omission. Mais le fait internationalement illicite de l'Etat n'est encore, et toujours, que cette omission. L'action commise par les organes des insurgés n'est, par rapport au comportement de l'Etat, que l'événement extérieur catalyseur de l'illicéité de ce comportement.

24) L'analyse des opinions doctrinales permet de constater que les internationalistes font eux aussi preuve d'une remarquable unité de vues en ce qui concerne les questions qui rentrent dans le cadre du présent article. Il y a longtemps qu'ils sont d'accord pour reconnaître que les comportements d'organes d'un mouvement insurrectionnel ne sont pas susceptibles d'être considérés comme des faits de l'Etat et d'engendrer sa responsabilité internationale. Ils admettent que l'on ne saurait parler d'une responsabilité de l'Etat en rapport avec de tels comportements que si ceux-ci ont été l'occasion d'un manquement par des organes de l'Etat à une obligation internationale incombant à ce dernier. Au XIX<sup>e</sup> siècle déjà, des auteurs s'étaient exprimés dans ce sens<sup>245</sup>. La tentative faite à l'Institut de droit international entre 1898 et 1900 visant à faire admettre une sorte de garantie objective de l'Etat pour tous les événements préjudiciables causés par des émeutes ou des guerres civiles fut vite abandonnée. D'ailleurs, les propositions faites à l'Institut entendaient se référer essentiellement à l'hypothèse où les révolutionnaires n'étaient que de simples particuliers<sup>246</sup>.

<sup>245</sup> Voir p. ex. Ch. Calvo, « De la non-responsabilité de l'Etat à raison des pertes et dommages éprouvés par les étrangers en temps de troubles intérieurs ou de guerres civiles », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 1<sup>re</sup> série, t. I, n° 3, 1869, p. 417 et suiv.

<sup>246</sup> Propositions faites par Brusa, Fauchille et von Bar. L'article II, al. 2 et 3, de la résolution adoptée en 1900 par l'Institut de droit international (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1900, Paris, vol. 18, 1900, p. 236 et suiv.) précisait que si le « gouvernement insurrectionnel » avait été reconnu comme « puissance belligérante » et donc comme un sujet distinct de droit international, c'était à ce dernier gouvernement que les Etats lésés devaient adresser leurs demandes en vue de la réparation des préjudices subis. L. von Bar s'exprimait dans le même sens (« De la responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas de troubles, d'émeute ou de guerre civile », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 2<sup>e</sup> série, t. I, n° 4, 1899, p. 475). Les auteurs qui ont par la suite appuyé la proposition tendant à rendre l'Etat responsable, dans certaines hypothèses, des faits des insurgés ont en même temps tous exclu une telle responsabilité au cas où l'Etat aurait reconnu les insurgés en tant que « belligérants ». Voir

25) Quant aux auteurs modernes, que leurs études aient été consacrées spécifiquement au problème<sup>247</sup> ou qu'il s'agisse d'ouvrages plus vastes sur la responsabilité internationale<sup>248</sup> ou sur le problème de la reconnaissance<sup>249</sup>, ou encore qu'il s'agisse de traités généraux<sup>250</sup>, on peut dire que leurs positions, si elles sont parfois divergentes sur d'autres points, sont pratiquement unanimes à reconnaître que, d'après les règles aujourd'hui en vigueur<sup>251</sup>, les comportements préjudiciables des organes d'un mouvement insurrectionnel ne sont pas attribués à l'Etat et n'engagent donc pas sa responsabilité internationale. Une telle responsabilité ne peut à la rigueur naître que là où les organes de l'Etat ont manqué à des obligations reconnues de diligence pour prévenir ou pour réprimer les comportements préjudiciables en question. Et d'ailleurs, même cela ne semble pas aller de soi pour

p. ex. A. Rougier, *Les guerres civiles et le droit des gens*, Paris, Larose, 1903, p. 462.

<sup>247</sup> P. ex. H. Arias, *loc. cit.*, p. 724 et suiv.; K. Strupp, « Responsabilité internationale de l'Etat... » (*loc. cit.*), p. 133 et suiv.; L. A. Podestá Costa, *loc. cit.*, p. 220 et 221; J. Spiropoulos, *Die de facto-Regierung im Völkerrechts (Beiträge zur Reform und Kodifikation des Völkerrechts*, n° 2), Kiel, Verlag des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, 1926, p. 180 et suiv.; J. W. Garner, *loc. cit.*, p. 58 et suiv.; G. Berlia, « La guerre civile et la responsabilité internationale de l'Etat », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XI, n° 1 (janv.-févr. 1937), p. 55 et suiv.; Ch. Rousseau, « La non-intervention en Espagne », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3<sup>e</sup> série, t. XIX, n° 2, 1938, p. 275 et suiv.; H. Silvanie, « Responsibility of States for acts of insurgent governments », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 33, n° 1 (janvier 1939), p. 90 et suiv., et *Responsibility of States for Acts of Unsuccessful Insurgent Governments*, New York, Columbia University Press, 1939, p. 135 et suiv., et 159 et suiv.; M. Akehurst, « State responsibility for the wrongful acts of rebels — An aspect of the Southern Rhodesian problem », *The British Year Book of International Law*, 1968-1969, Londres, vol. 43, 1970, p. 49 et suiv.

<sup>248</sup> P. ex. E. M. Borchard, *op. cit.*, p. 228 et suiv.; P. Schoen, *loc. cit.*, p. 78; A. Decencière-Ferrandière, *op. cit.*, p. 158 et suiv.; M. G. Guerrero, « La responsabilité internationale des Etats dans les faits et dans sa règle », *Académie diplomatique internationale, Dictionnaire diplomatique*, Paris [s.d.], vol. II, p. 567 et suiv.; L. Strisower, *loc. cit.*, p. 481 et suiv.; C. Eagleton, *The Responsibility of States...* (*op. cit.*), p. 138 et suiv.; V. M. Maúrtua et J. B. Scott, *op. cit.*, p. 55 et suiv.; P. Reuter, *loc. cit.*, p. 93 et 94; H. Accioly, *loc. cit.*, p. 395 et suiv.; I. von Münch, *op. cit.*, p. 232; C. F. Amerasinghe, *loc. cit.*, p. 127 et 128; E. Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 562 et suiv.; G. Ténékidès, *loc. cit.*, p. 788; P. Kuris, *op. cit.*, p. 202 et suiv.

<sup>249</sup> P. ex. H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, University Press, 1947, p. 247 et suiv.; B. Chen, *The International Law of Recognition*, New York, Praeger, 1951, p. 327 et suiv.

<sup>250</sup> P. ex. C. C. Hyde, *International Law chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2<sup>e</sup> éd. rév., Boston, Little, Brown, 1951, vol. 2, p. 979 et suiv.; Ch. Fenwich, *op. cit.*, p. 284 et suiv.; G. Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 629 et 630; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 373 et suiv.; L. Cavaré, *op. cit.*, p. 548 et suiv.; D. P. O'Connell, *International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1970, vol. II, p. 969 et suiv.; G. Von Glahn, *Law among Nations: An introduction to Public International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Macmillan, 1970, p. 242 et suiv.

<sup>251</sup> Il y a cependant des auteurs — comme D. P. O'Connell (*op. cit.*, p. 969 et 970) et E. Castrén (« Civil War », *Annales Academiae Scientiarum Fennicae*, sér. B, t. 142, fasc. 2, Helsinki, Suomalainen Tiedekatemia, 1966, p. 232) — qui souhaiteraient de *jure condendo* que l'Etat soit toujours tenu pour responsable, après la fin de la révolution, des faits d'insurgés agissant pour le compte d'un gouvernement *de facto* local.

certain auteurs moins récents, du moins dans le cas spécifique d'« insurgés reconnus » et, donc, dotés de la personnalité internationale <sup>252</sup>.

26) D'après certains des auteurs mentionnés au paragraphe précédent (tels Silvanie, Reuter, Schwarzenberger et O'Connell), on devrait prévoir une exception à la règle générale de la non-attribution à l'Etat, comme source de responsabilité internationale, des comportements des organes d'un mouvement insurrectionnel : l'exception vaudrait pour les actes de routine administrative que les organes du mouvement insurrectionnel auraient accomplis dans la partie du territoire étatique soumise à leur contrôle. Toutefois, s'il est concevable que parfois un Etat puisse se reconnaître lié par certaines obligations découlant d'actes courants d'administration accomplis par des organes d'un mouvement insurrectionnel dans le territoire anciennement administré par lui, il est beaucoup moins certain, pour ne pas dire tout à fait improbable, qu'il en fasse autant pour des obligations engendrées par des comportements internationalement illicites desdits organes. Même en admettant qu'un Etat veuille assumer *in proprio* certaines obligations encourues par un mouvement insurrectionnel, cela se ferait en vertu de la succession d'un sujet de droit international aux obligations d'un autre sujet, et non pas en vertu de l'attribution au premier des actions du second en application des règles qui régissent la responsabilité internationale des Etats. Une conclusion négative semble s'imposer aussi à propos d'une autre prétendue exception au principe général, qui prévoirait l'attribution à l'Etat des comportements illicites d'un mouvement insurrectionnel maté dans le cas d'une amnistie accordée par cet Etat. Certains auteurs (tels Berlia, Reuter, Ténékidès et Brownlie) voudraient voir dans le pardon donné aux insurgés une sorte de ratification par l'Etat de leurs actes. Il peut arriver, certes, qu'en accordant l'amnistie l'Etat contrevienne à une obligation internationale de répression qu'il aurait dû respecter, mais cela ne veut pas dire qu'il fasse siens les actes d'autrui. Ce sera alors le manquement en question qui lui sera attribué comme fait générateur de responsabilité, et non pas l'action commise en son temps par les organes du mouvement insurrectionnel <sup>253</sup>.

27) En ce qui concerne les projets de codification, la règle VII de la résolution votée en 1927 à Lausanne par l'Institut de droit international concernait les « dommages causés en cas d'attroupement, d'émeute, d'insurrection ou de guerre civile », et la responsabilité de l'Etat y était reconnue dans les cas de défaut de diligence dans la prévention ou dans la répression des actes

<sup>252</sup> Spiropoulos, comme avant lui Schoen et Strupp, voudrait voir dans la reconnaissance du « gouvernement insurrectionnel comme partie belligérante » une libération, pour le gouvernement légitime, de toute responsabilité, même en cas de négligence illicite. On ne voit cependant pas pourquoi l'Etat, qui répond sans aucun doute d'un défaut illicite de protection contre des comportements d'organes d'un autre Etat, cesserait d'être responsable lorsqu'il s'agit des comportements d'organes d'un mouvement insurrectionnel.

<sup>253</sup> Cette constatation n'entraîne pas nécessairement des conséquences quant à la détermination du montant de l'indemnité que l'Etat pourra être appelé à payer comme réparation du manquement qui lui est reproché.

dommageables <sup>254</sup>. Le projet rédigé en 1930 par l'Association allemande de droit international se distinguait par le rôle de facteur décisif qu'on donnait à la reconnaissance du mouvement insurrectionnel comme partie belligérante <sup>255</sup>. Les deux projets rédigés par la Harvard Law School étaient caractérisés, par contre, par l'introduction de la distinction entre l'hypothèse d'une révolution avortée et celle d'une révolution victorieuse <sup>256</sup>. Parmi les projets émanant de source officielle, les deux textes préparés par les soins du Comité juridique inter-américain — celui qui exprimait l'opinion des pays latino-américains (art. V) et celui où étaient exposées les vues des Etats-Unis d'Amérique (art. VI) — suivaient l'un comme l'autre, en matière d'actions préjudiciables commises par des insurgés, les critères adoptés en matière d'actions préjudiciables commises par des particuliers <sup>257</sup>. Quant aux projets rédigés sous les auspices de la SDN ou de l'ONU, le « rapport Guerrero » de 1926 suivait lui aussi, au point 8 de ses conclusions, les critères formulés au point 5 à propos des actions de particuliers, mais au point 9 il introduisait une réserve pour les saisies et les confiscations faites par les révolutionnaires, obligeant l'Etat à mettre à la disposition des étrangers lésés les recours nécessaires <sup>258</sup>. D'autre part, on a déjà cité le texte des bases de discussion n<sup>os</sup> 22 et 22 a rédigées par le Comité préparatoire de la Conférence. Finalement, la question a été également traitée par F. V. Garcia Amador dans les projets préparés en 1957 et en 1961 à l'intention de la CDI <sup>259</sup>.

28) Comme il a été souligné dès le début du présent commentaire, les comportements préjudiciables émanant d'organes d'un mouvement insurrectionnel se distinguent de ceux que commettent des individus ou des groupes d'individus au cours d'une émeute ou de manifestations d'une foule révoltée. Cela provient de ce que, lorsqu'on est en présence d'un véritable mouvement insurrectionnel, au sens que ce terme prend en droit international, la possibilité existe de tenir ce mouvement même pour responsable des agissements illicites de ses organes. En dépit des difficultés que rencontre souvent ce genre de démarches, les Etats ont parfois réellement adressé des réclamations au mouvement insurrectionnel pour des

<sup>254</sup> *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 228, doc. A/CN.4/96, annexe 8.

<sup>255</sup> *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 156, doc. A/CN.4/217 et Add. 1, annexe VIII.

<sup>256</sup> *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 230, doc. A/CN.4/96, annexe 9; et *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 151, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VII.

<sup>257</sup> *Annuaire... 1969*, p. 159 et 160, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexes XIV et XV.

<sup>258</sup> *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 223, doc. A/CN.4/96, annexe 1.

<sup>259</sup> Article 11 de l'avant-projet de 1957 (*Annuaire... 1957*, vol. II, p. 146, doc. A/CN.4/106, annexe) et article 7, par 1, de l'avant-projet révisé de 1961 (*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 49, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif). Le paragraphe 1 de l'article 7 du texte de 1961 se lit comme suit :

« L'Etat est responsable des dommages causés à l'étranger par des actes illégaux de particuliers, commis isolément ou à l'occasion de troubles intérieurs (émeutes, manifestations violentes de la foule, ou guerre civile), si les autorités ont fait preuve d'une négligence notoire dans l'adoption des mesures que l'on prend normalement, en raison des circonstances, pour prévenir de tels actes. »

préjudices causés à eux ou à leurs ressortissants par des organes dudit mouvement <sup>260</sup>. On peut citer des cas même anciens de réclamations de ce genre. Ainsi, la note du 26 novembre 1861 du Secrétaire d'Etat britannique aux affaires étrangères, le comte Russel, à M. Adams, ambassadeur des Etats-Unis d'Amérique, justifia la nécessité des relations que la Grande-Bretagne entretenait avec les Confédérés dans les termes suivants :

Le Gouvernement de Sa Majesté considère comme un principe certain du droit international, lorsque la personne ou les biens de sujets ou de citoyens d'un Etat subissent un préjudice de la part d'un gouvernement *de facto*, le droit de l'Etat ainsi lésé de réclamer au gouvernement *de facto* le redressement du tort et la réparation <sup>261</sup>.

Le 9 avril 1914, des membres de l'équipage du bateau américain *Dolphin*, à l'ancre à Tampico (Mexique), furent arrêtés par une bande armée du général de la Huerta, chef du gouvernement qui alors s'était temporairement emparé du pouvoir. Le 11 avril, le commandant de l'escadre américaine demanda aux autorités de ce gouvernement diverses formes de réparation. Le Département d'Etat appuya ces demandes dans des instructions envoyées le 14 avril au Chargé d'affaires des Etats-Unis à Mexico. Le général de la Huerta n'ayant pas donné satisfaction, les forces américaines procédèrent le 21 avril à l'occupation de Veracruz <sup>262</sup>. Plus récemment, le Gouvernement britannique présenta à trois reprises, pendant la guerre civile espagnole, des réclamations au gouvernement nationaliste, alors installé à Burgos ou à Salamanque. Ce fut après la perte du destroyer *Hunter*, qui sauta le 13 mai 1937 sur une mine posée par les nationalistes à 4 milles au large d'Almería, après la destruction du vapeur *Alcyra*, coulé à 20 milles de Barcelone le 4 février 1938 par deux hydravions de la base nationaliste de Majorque, et après l'attaque du cargo britannique *Stanwell* par un avion nationaliste, le 15 mars 1938, dans le port de Tarragone. Dans les trois cas, une demande formelle de réparation fut adressée aux autorités nationalistes <sup>263</sup>.

29) En ce qui concerne la formulation de la règle devant figurer dans le présent article, la Commission, compte tenu des considérations qui précèdent, a décidé de consacrer au *paragraphe 1* le principe de base de la non-attribution à l'Etat du comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire sous son administration.

<sup>260</sup> Il y a là, manifestement, une preuve de plus de la conviction des Etats demandeurs de l'impossibilité d'attribuer au gouvernement « légitime » les comportements préjudiciables en question.

<sup>261</sup> Moore, *A Digest...* (op. cit.), vol. I, p. 209 [tr. de l'original anglais].

<sup>262</sup> Hackworth, op. cit., 1941, vol. II, p. 420 et 421.

<sup>263</sup> Ces cas sont relatés dans l'article de Ch. Rousseau : « La non-intervention en Espagne » (loc. cit., p. 277 et 278). L'auteur rappelle aussi que la Junte de défense nationale de Burgos accepta une réclamation portugaise pour des événements antérieurs à l'occupation par les forces nationalistes de la zone qui en avait été le théâtre (*ibid.*, p. 278 et suiv.), mais elle agissait alors plutôt comme « successeur » du Gouvernement de la République espagnole. Voir aussi la position adoptée par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique à l'occasion de l'attaque du navire américain *Kane* (Hackworth, op. cit., 1940, vol. I, p. 362 et 363; *ibid.*, 1943, vol. VII, p. 172 et 173).

L'expression « ou sur tout autre territoire sous son administration » a été insérée afin de tenir compte du statut juridique des territoires dépendants, que l'on ne saurait aujourd'hui considérer, sans un abus de langage, comme « territoires de l'Etat ». L'expression « mouvement insurrectionnel établi sur le territoire » a été choisie comme étant celle qui soulignait le mieux que le comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel ne saurait être attribué à l'Etat territorial, et cela indépendamment de la question de savoir si cet Etat est ou non l'Etat contre lequel ou contre le gouvernement duquel le mouvement est dirigé. On tient ainsi compte du cas où le mouvement insurrectionnel opère dans un Etat tiers ou à partir de celui-ci. L'hypothèse à laquelle l'article 14 se réfère est évidemment celle où l'organe du mouvement insurrectionnel en question agit en qualité d'organe. La Commission n'a cependant pas estimé nécessaire d'introduire une telle précision dans le texte de l'article, ce dernier étant rédigé sous une forme négative. La conclusion de la non-attribution à l'Etat vaudrait évidemment aussi — en vertu de l'article 11 — pour les faits qu'un organe d'un mouvement insurrectionnel commettrait à titre privé.

30) C'est pour éviter toute équivoque concernant un manquement éventuel par l'Etat à ses propres obligations internationales que le *paragraphe 2* de l'article énonce, sous la forme d'une clause de sauvegarde, que le principe de la non-attribution à l'Etat du comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel est sans préjudice de l'attribution à un Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui de l'organe du mouvement insurrectionnel et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10 du projet. Il est à noter qu'en renvoyant à ces articles du projet la formule adoptée embrasse tous les cas où un fait peut être considéré comme un « fait de l'Etat » selon le droit international et engager éventuellement sa responsabilité internationale, et pas seulement les cas où l'auteur du comportement est un organe de l'Etat du point de vue de son droit interne.

31) Le *paragraphe 3* de l'article contient une seconde clause de sauvegarde, relative celle-là au mouvement insurrectionnel lui-même. En vertu de cette clause, la non-attribution à l'Etat du comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel est sans préjudice de l'attribution du comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel à ce mouvement. Le but de cette clause n'est pas de régler par elle-même les problèmes d'attribution qui se posent à ce sujet, mais de prévoir, compte tenu de la pratique internationale, la possibilité d'une telle attribution en renvoyant, pour la solution de ces problèmes, aux principes du droit international en la matière. C'est précisément pour ne pas préjuger ces solutions que la Commission a préféré la formule « dans tous les cas où une telle attribution peut se faire d'après le droit international » à d'autres expressions suggérées au cours du débat, telles que « doté d'une personnalité distincte (ou propre) », « doté d'une personnalité reconnue », « s'il contrôle une partie de l'Etat en question », ou encore « dont le statut international est applicable aux relations en cause ». L'emploi d'une quelconque de ces dernières expressions aurait pu faire croire que la

Commission entendait prendre par là position sur des problèmes qui, comme il a été indiqué <sup>264</sup>, ne relèvent pas de la matière objet du présent projet de codification.

Article 15

Attribution à l'Etat du fait d'un  
mouvement insurrectionnel qui  
devient le nouveau gouvernement d'un  
Etat ou qui aboutit  
à la création d'un nouvel Etat

1. Le fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat est considéré comme un fait de cet Etat. Toutefois, une telle attribution est sans préjudice de l'attribution à cet Etat d'un comportement qui aurait auparavant été considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10.

2. Le fait d'un mouvement insurrectionnel dont l'action aboutit à la création d'un nouvel Etat sur une partie du territoire d'un Etat préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel Etat.

---

<sup>264</sup> Voir ci-dessus par. 5 à 7 du commentaire.

1) Cet article concerne des comportements qui, au moment où ils ont été adoptés, émanaient d'organes d'un mouvement insurrectionnel en lutte contre le pouvoir constitué. Il prévoit que, au cas où ce mouvement deviendrait par la suite le nouveau gouvernement de l'Etat contre le pouvoir duquel il s'était insurgé, ou le gouvernement d'un Etat nouveau ayant acquis son indépendance par rapport au premier, les comportements en question seraient considérés comme des faits de ces Etats. Il faut donc souligner que les problèmes d'attribution dont il est question dans le présent article ne se posent que dans le cas où le mouvement insurrectionnel, ayant eu gain de cause, a vu ses structures remplacer celles du gouvernement précédent de l'Etat en question ou dans le cas où les structures du mouvement insurrectionnel sont devenues celles d'un Etat nouveau, constitué, par voie de sécession ou de décolonisation, sur une partie du territoire auparavant soumis à la souveraineté ou à l'administration de l'Etat préexistant.

2) Pour justifier l'attribution à l'Etat, comme source éventuelle de responsabilité, des faits commis par des insurgés qui ont par la suite été victorieux, on invoque parfois le fait que pendant la lutte déjà ces insurgés exerçaient une autorité de « gouvernement de fait » sur une partie au moins du territoire de l'Etat. Mais dans la pratique on ne fait pas de distinction, aux fins de leur attribution à l'Etat, entre les agissements d'organes du mouvement insurrectionnel selon qu'ils ont eu lieu avant ou après l'acquisition par le mouvement d'un pouvoir effectif sur une région donnée. En même temps, on l'a vu, les faits des insurgés ne sont pas considérés comme des faits de l'Etat lorsque l'issue finale de la guerre civile leur a été défavorable, même si, à un moment donné, ils ont pu exercer une activité *de facto* sur une portion quelconque du territoire étatique : cela prouve que

l'attribution ou la non-attribution à l'Etat des faits d'insurgés est tout à fait indépendante de l'exercice d'un pouvoir de fait de leur part. On a aussi avancé l'idée que, là où l'action des insurgés serait couronnée de succès, ceux-ci seraient censés avoir représenté la vraie volonté nationale dès leur soulèvement contre le pouvoir constitué. Mais la notion même de « volonté nationale » est sujette à caution — sans compter qu'en général le droit international se soucie peu de savoir si un gouvernement donné est ou n'est pas le représentant de la « vraie » volonté nationale. Cela mis à part, il est difficile de soutenir que le sort des armes devrait, tel un jugement de Dieu, établir rétrospectivement que les vainqueurs étaient, dès le début de la guerre civile, plus représentatifs de la vraie volonté nationale que les vaincus. Au surplus, l'idée que le mouvement insurrectionnel qui a plus tard remporté la victoire aurait été dès ses débuts le « vrai » gouvernement de l'Etat parce que incarnant la « vraie » volonté nationale comporterait la conséquence que seuls les faits des organes de ce mouvement pourraient être par la suite considérés comme des faits de l'Etat. Or, cela est nettement contredit par la pratique, qui, comme on va le voir, tient aussi l'Etat pour responsable des faits commis pendant la lutte par le gouvernement renversé par les insurgés.

3) A vrai dire, il ne s'agit pas tellement de trouver une justification à l'attribution à l'Etat, comme source éventuelle de responsabilité internationale, des comportements adoptés par les organes d'un mouvement insurrectionnel avant la prise du pouvoir par ce dernier. Ce qui importe, c'est de vérifier si cette attribution se fait ou ne se fait pas dans la réalité des rapports internationaux. Mais si l'on veut à tout prix trouver une justification de principe à cette attribution, il faudrait plutôt la chercher dans le fait qu'il existe une continuité entre l'organisation que le mouvement insurrectionnel s'était donnée avant de s'emparer du pouvoir et l'organisation dont, à la suite du triomphe de sa cause, il a doté le gouvernement de l'Etat préexistant ou celui de l'Etat nouveau qui s'est séparé de cet Etat. Et c'est d'ailleurs l'existence de cette continuité qui justifie que l'on se demande s'il est ou non possible d'attribuer à l'Etat en cause, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale à sa charge, les comportements adoptés par des organes du mouvement insurrectionnel avant qu'il ne sorte victorieux de la guerre civile. Cela dit, il convient de préciser que la question ne se pose pas de la même façon pour les deux hypothèses ci-dessus formulées.

4) Dans la première hypothèse, le mouvement insurrectionnel remplace, en tant que nouveau gouvernement ou nouveau régime, le gouvernement ou le régime précédent de l'Etat. L'organisation dirigeante du mouvement insurrectionnel s'empare du pouvoir dans l'Etat et devient l'organisation dirigeante de ce dernier, ou du moins elle s'intègre, sous une forme ou sous une autre, dans l'organisation précédente de l'Etat. La continuité qui existe ainsi entre la nouvelle organisation de l'Etat et celle du mouvement insurrectionnel entraîne donc naturellement l'attribution à l'Etat des comportements que les organes du mouvement insurrectionnel ont pu adopter pendant la lutte, et sans pour cela dévier des principes habituellement appliqués.

5) Dans cette hypothèse, l'Etat en tant que sujet de droit international ne s'éteint pas. Son identité reste la même, sans qu'il y ait de solution de continuité, en dépit des changements, des réorganisations et des adaptations qui se produisent dans les institutions de l'Etat. Cela implique qu'il faut continuer à attribuer à l'Etat, après le succès du mouvement insurrectionnel, les comportements précédemment adoptés par des organes de l'appareil étatique préexistant. La situation veut donc que l'Etat soit appelé à répondre des faits commis durant la lutte pour le pouvoir aussi bien par l'appareil du mouvement insurrectionnel que par l'appareil du gouvernement constitué. Il n'y a là rien qui puisse surprendre. Pendant la lutte insurrectionnelle, deux organisations s'opposent et se combattent en vue de la victoire finale. Chacune des deux se veut organisation de l'Etat : au départ, l'une *in acto* et l'autre en puissance. Au cas où les insurgés triomphent et s'installent au gouvernement de l'Etat préexistant, il y a intégration de l'organisation du mouvement insurrectionnel dans le cadre de l'organisation étatique. L'appareil étatique qui en résulte est en réalité la continuation de l'une autant que de l'autre des deux organisations qui se sont affrontées pendant la lutte. Il est donc logique que l'on attribue à l'Etat les comportements des organes de son organisation précédente comme ceux des organes de l'organisation mûrie dans l'insurrection et devenue ensuite l'organisation de l'Etat lui-même. Ajoutons que cette conclusion se justifie autant dans l'hypothèse d'un succès total du mouvement insurrectionnel (lequel modifie alors à son gré l'appareil étatique) que dans celle d'un accord entre le gouvernement constitué et le gouvernement insurrectionnel, accord en vertu duquel les membres de l'insurrection sont appelés à participer au gouvernement de l'Etat<sup>265</sup>.

6) Dans la deuxième hypothèse, le succès du mouvement insurrectionnel conduit à la création d'un Etat nouveau, soit sur une partie du territoire de l'Etat préexistant, soit sur un territoire qui était auparavant soumis à l'administration de ce dernier. C'est alors l'attribution à l'Etat nouveau des comportements adoptés par les organes du mouvement insurrectionnel qui l'a précédé — et de ces comportements seulement — qui se justifie en vertu de la continuité entre l'organisation du mouvement insurrectionnel et celle de l'Etat auquel celui-ci a donné naissance. D'un simple embryon d'Etat, le mouvement insurrectionnel est devenu un Etat proprement dit, sans que pour autant se produise entre les deux une solution de continuité. C'est en fait la même entité qui se présentait auparavant sous les traits d'un mouvement insurrectionnel et qui se présente ensuite sous ceux d'un Etat proprement dit. Par contre, les comportements adoptés par les organes de l'Etat préexistant ne sont nullement attribuables à l'Etat nouveau qui s'en est séparé par sécession ou par décolonisation : ils sont et restent exclusivement des comportements de l'Etat pré-

existant — qui, en règle générale, continuera d'ailleurs d'exister après la constitution par le mouvement insurrectionnel du nouvel Etat.

7) On a parfois soutenu que, dans certains cas rentrant dans la première des deux hypothèses analysées ci-dessus (notamment dans le cas de certaines grandes révolutions sociales), le changement opéré dans l'appareil de l'Etat par le mouvement insurrectionnel à la suite de son triomphe pourrait aller si loin que l'identité de l'Etat lui-même en serait changée<sup>266</sup>. Mais il s'agit là, même pour ceux qui soutiennent une telle thèse, de cas plutôt exceptionnels<sup>267</sup>. D'ailleurs, dans l'appréciation de la situation qui les caractérise, des considérations d'ordre politique et philosophique prennent parfois le pas sur les considérations d'ordre strictement juridique. Ces cas restent en tout cas plutôt marginaux par rapport à ce qui se passe normalement, sur le plan international, dans la pratique des Etats. La Commission a déjà eu l'occasion de s'exprimer à ce sujet dans l'introduction à son projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités<sup>268</sup>. En ce qui concerne les problèmes dont il est question ici, il faut souligner que même là où un changement se produirait dans l'identité de l'Etat, l'Etat nouveau se présenterait, sur le plan international, comme la continuation sous une forme plus stable et plus perfectionnée du mouvement insurrectionnel, dont l'organisation serait devenue celle dudit Etat nouveau. L'attribution à un tel Etat, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale, des comportements attribués auparavant au mouvement insurrectionnel, parce que étant ceux de ses organes, ne serait que naturelle. Le lien de continuité entre le mouvement insurrectionnel et le nouvel Etat issu de la révolution serait encore plus évident que dans le cas normal, où le soulèvement insurrectionnel n'aurait abouti qu'à un changement de gouvernement sans affecter l'identité de l'Etat. La validité du principe de base énoncé au présent article s'en trouverait donc pleinement confirmée. Ce n'est qu'à propos de la possibilité d'attribuer à l'Etat les comportements adoptés par des organes de l'ancien appareil gouvernemental que les conclusions pourraient être différentes de celles qui sont mentionnées au paragraphe 5 du présent commentaire. En réalité, ce second aspect du problème devrait alors être vu sous un autre angle. On ne serait plus en présence d'une question d'attribution à l'Etat du comportement d'organes d'un gouvernement précédent du même Etat, mais d'une question impliquant l'existence de deux Etats différents.

<sup>266</sup> Voir p. ex. R. Quadri, « Stato (Diritto internazionale) », *Nuovo Digesto Italiano*, Turin, vol. XII, 1<sup>re</sup> partie, 1940, p. 815 et 816, et *Diritto internazionale pubblico* (op. cit.), p. 500 et suiv.; M. Giuliano, *La Comunità internazionale e il diritto*, Padoue, CEDAM, 1950, p. 248 et 290; G. Arangio-Ruiz, *Sulla dinamica...* (op. cit.), p. 19, et 131 et suiv., et « Stati e altri enti... » (loc. cit.), p. 167. Ce dernier auteur emploie le terme « révolution » pour décrire le cas où l'entité issue du changement présente des caractères différentiels si marqués par rapport à l'entité préexistante qu'il faut admettre sa « nouveauté ».

<sup>267</sup> G. Arangio-Ruiz (« Stati e altri enti... » [loc. cit.], p. 167) souligne que, dans l'hypothèse la plus courante, il n'y a pas d'extinction de la personnalité de l'Etat, mais uniquement des modifications « matérielles » de celui-ci.

<sup>268</sup> *Annuaire... 1974*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 175, doc. A/9610/Rev.1, par. 66.

<sup>265</sup> Ce n'est que lorsque la lutte se termine par la victoire du pouvoir préexistant que l'organisation insurrectionnelle se dissout et que seul subsiste l'appareil établi. Il est alors logique que l'on n'attribue à l'Etat que les comportements d'organes de cet appareil qui continue, et non pas les comportements des organes d'un mouvement qui a disparu sans avoir jamais réussi à être l'organisation *in acto* d'un Etat, ou du moins à y participer.

8) Cette hypothèse particulière mise à part, il est par contre évident que, partout où l'identité de l'Etat et la continuité de son existence n'ont pas été mises en cause par le succès définitif du mouvement insurrectionnel, aucune question de succession entre différents sujets de droit international ne se pose. Comme on l'a montré, l'attribution à l'Etat des faits commis par des agents du mouvement insurrectionnel avant que ce dernier ne s'installe au pouvoir a lieu parce qu'il y a continuité entre l'appareil du mouvement insurrectionnel et le nouvel appareil gouvernemental de l'Etat, et non pas succession du sujet Etat au sujet mouvement insurrectionnel<sup>269</sup>. Qu'il en soit ainsi ressort d'ailleurs du fait que la question se pose de la même façon dans le cas où le mouvement insurrectionnel a constitué, à un moment donné de la lutte, une entité susceptible comme telle de se voir attribuer une responsabilité internationale et dans celui où il n'est pas passé par cette phase « intermédiaire ». Or, il est difficile de concevoir que l'on puisse parler de succession d'un sujet de droit international aux obligations d'un autre sujet dans le cas où les insurgés n'auraient pas constitué un mouvement doté d'une personnalité internationale propre. Il convient aussi de préciser que l'article à l'examen ne concerne que l'attribution de certains faits à l'Etat. Il ne cherche nullement à définir en même temps la responsabilité internationale qui pourrait éventuellement découler de cette attribution ni à fixer le montant de la réparation due.

9) Quelques décisions de jurisprudence internationale reconnaissent expressément le principe de la responsabilité internationale de l'Etat pour les agissements commis pendant la guerre civile par des agents d'un mouvement insurrectionnel qui l'a ensuite emporté. Les déclarations à ce sujet sont moins nombreuses que celles qu'on a pu relever à propos des questions examinées à l'article précédent<sup>270</sup>, mais cela s'explique justement par le fait qu'il n'y a aucune divergence de vues, aucun doute, quant à la validité du principe en question. Les déclarations les plus intéressantes se trouvent dans certaines décisions des commissions mixtes instituées pour le Venezuela en 1903 et pour le Mexique en 1920-1930, rendues à propos de différends occasionnés par des préjudices infligés à des ressortissants étrangers pendant les événements révolutionnaires dont lesdits pays avaient été le théâtre.

10) Dans le cadre des « arbitrages vénézuéliens », la déclaration de principe la plus connue est celle qui figure dans le jugement concernant l'*Affaire de la Bolivar Railway Company*, rédigé par le surarbitre Plumley pour la Commission mixte Grande-Bretagne/Venezuela de 1903. Dans ce jugement, le principe en question est affirmé dans les termes suivants :

<sup>269</sup> Il ne paraît donc pas tout à fait exact de se référer à ces hypothèses comme si elles étaient des cas de responsabilité de l'Etat « pour faits illicites d'un mouvement insurrectionnel ».

<sup>270</sup> On trouve, par contre, plusieurs décisions arbitrales qui ont considéré comme faits de l'Etat des actes licites accomplis pendant la guerre civile par les insurgés victorieux — des contrats, notamment. Mais l'on ne peut généralement pas produire de telles décisions à l'appui du principe de la responsabilité de l'Etat pour les faits illicites des insurgés en question.

L'Etat est responsable des obligations d'une révolution victorieuse, et cela dès ses débuts, car en théorie elle représente *ab initio* un changement de la volonté nationale, cristallisé par le résultat favorable final<sup>271</sup>.

L'application du principe de l'attribution à l'Etat des actes de mouvements insurrectionnels victorieux, affirmé dans ce jugement, a été faite par le même surarbitre dans la sentence relative à l'*Affaire de la Puerto Cabello and Valencia Railway Company*<sup>272</sup>, où justement il était question de préjudices causés à des étrangers par des agissements illicites d'insurgés et, pour la Commission mixte France/Venezuela de 1902, dans la sentence réglant l'*Affaire de la French Company of Venezuelan Railroads*<sup>273</sup>. Cette dernière sentence affirme le principe de l'impossibilité de mettre à la charge de l'Etat les agissements de révolutionnaires « à moins que la révolution n'ait été victorieuse », car de tels agissements engagent alors la responsabilité de l'Etat « d'après les règles reconnues du droit public ».

Dans les motifs de la sentence concernant l'*Affaire Dix*, rédigée par le commissaire américain Bainbridge au nom de la Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/Venezuela instituée par le Protocole du 17 février 1903, on lit que

La révolution de 1899 [...] se révéla victorieuse, et ses actes, d'après une règle bien établie de droit international, doivent être considérés comme les actes d'un gouvernement *de facto*. Ses organes administratifs et militaires agissaient en exécution de la politique de ce gouvernement, sous le contrôle de son exécutif. Les empiètements sur les droits des neutres commis par des gouvernements révolutionnaires victorieux engagent la même responsabilité que ceux que commet tout autre gouvernement *de facto*<sup>274</sup>.

11) Dans le cadre des « arbitrages mexicains », il y a lieu de signaler avant tout la sentence concernant l'*Affaire Pinson*, rendue le 19 octobre 1928 par la Commission des réclamations France/Mexique de 1924, et où le Président de la Commission, Verzijl, auteur de la sentence, a statué que

si les dommages trouvent leur origine, par exemple, dans des réquisitions ou contributions forcées réclamées [...] par les révolutionnaires avant leur triomphe final, ou qu'ils aient été causés [...] par des délits commis par les forces révolutionnaires victorieuses, la responsabilité de l'Etat ne saurait, à mon avis, être niée<sup>275</sup>.

<sup>271</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (publication des Nations Unies, numéro de vente : 59.V.5), p. 453 [tr. de l'original anglais]. Dans le cas d'espèce, il s'agissait à vrai dire de l'attribution à l'Etat, non pas d'un fait internationalement illicite mais d'un fait licite — d'une dette contractée par les insurgés. Toutefois, le principe énoncé par le surarbitre est formulé en des termes qui conviennent aussi à l'hypothèse de l'attribution à l'Etat d'un fait illicite. Il faut ajouter que, si le principe énoncé est correct et ne prête pas à contestation, la justification donnée par le surarbitre de la solution adoptée l'est beaucoup moins, et a été vivement critiquée par certains auteurs.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 513.

<sup>273</sup> *Ibid.*, vol. X (numéro de vente : 60.V.4), p. 354.

<sup>274</sup> *Ibid.*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 120 [tr. de l'original anglais]. Il est à noter qu'ici on donne comme justification du principe dont on fait application le fait qu'au moment des préjudices causés par ces organes le mouvement insurrectionnel exerçait déjà l'autorité d'un gouvernement *de facto*. Voir aussi à ce propos les motifs de la décision relative à l'*Affaire Heny*, rédigée par le surarbitre Barge (*ibid.*, p. 133).

<sup>275</sup> *Ibid.*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 353.

La responsabilité de l'Etat pour des faits d'insurgés victorieux a été affirmée également par Nielsen dans deux opinions rendues en qualité de commissaire américain, respectivement dans la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique créée par la Convention du 8 septembre 1923 et dans la Commission spéciale des réclamations instituée par les mêmes pays par la Convention du 10 septembre de la même année. Dans la première opinion, dissidente, se référant à la décision relative à l'*Affaire Pomeroy's El Paso Transfer Company* (rendue le 8 octobre 1930 par la Commission générale), Nielsen souligne qu'à « plusieurs reprises les tribunaux internationaux ont tenu un gouvernement pour responsable des actes de révolutionnaires victorieux <sup>276</sup> ». Dans la seconde, se référant à la décision dans l'*Affaire Russel* (jugée le 24 avril 1931 par la Commission spéciale), Nielsen soutient explicitement que, d'après le droit international général, « un gouvernement est responsable des actes de révolutionnaires victorieux <sup>277</sup> ». Dans les deux cas, d'ailleurs, les autres membres de la commission n'ont nullement défendu un principe différent. Ils se sont tout simplement abstenus d'aborder la question, car ils l'ont jugée non pertinente pour la décision des affaires examinées.

12) L'analyse de la pratique des Etats montre que les gouvernements ont pris position, à propos du problème, dans le même sens que les arbitres chargés de statuer sur certaines réclamations. Ainsi, dans un avis relatif à la possibilité d'obtenir réparation des préjudices causés à des sujets britanniques, donné par les conseils de la Couronne britannique le 21 octobre 1861, c'est-à-dire juste au commencement de la guerre civile aux Etats-Unis d'Amérique, on lit que

au cas où la partie dont les officiers ou les troupes ont causé ces pertes ou ces destructions, ou sous l'autorité de laquelle elles ont été infligées, réussirait à s'emparer du pouvoir et à être reconnue par le Gouvernement de Sa Majesté comme étant le gouvernement souverain, il serait loisible à Sa Majesté d'exiger le dédommagement de ces pertes et de ces préjudices <sup>278</sup>.

Plus tard, en pleine guerre de Sécession, les conseils de la Couronne envisagèrent, dans un avis donné le 16 février 1863, la possibilité que les Confédérés réussissent dans leurs buts séparatistes et affirment leur souveraineté sur les territoires du Sud en y constituant un Etat indépendant de l'Union. L'hypothèse formulée était alors celle de la formation d'un Etat nouveau par sécession de l'Etat préexistant. Se référant à cette hypothèse spécifique, les conseils de la Couronne britannique observèrent que

Au cas où la guerre cesserait et où l'autorité des Etats confédérés serait établie *de jure* aussi bien que *de facto*, le Gouvernement de Sa Majesté serait autorisé à réclamer le paiement d'une indemnité pour les pertes causées pendant la guerre [...] par les autorités confédérées à des sujets de Sa Majesté <sup>279</sup>.

<sup>276</sup> *Ibid.*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 563 [tr. de l'original anglais].

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 831 [tr. de l'original anglais].

<sup>278</sup> McNair, *op. cit.*, p. 255 [tr. de l'original anglais].

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 257 [tr. de l'original anglais].

13) Au cours des événements révolutionnaires qui se déroulèrent au Mexique après la restauration de la république et qui aboutirent à la prise du pouvoir par les insurgés (et, ensuite, à la nomination à la présidence du général Porfirio Díaz), le secrétaire d'Etat Evarts envoya, le 4 avril 1879, au Ministre des Etats-Unis d'Amérique à Mexico des instructions dans lesquelles il se déclarait convaincu que le Gouvernement mexicain ne rejeterait pas les réclamations de ressortissants américains pour des préjudices subis, pendant la révolution, du fait des insurgés. D'après le Secrétaire d'Etat, l'objection habituelle que l'Etat n'est pas responsable des faits d'un mouvement insurrectionnel n'aurait pas été « soulevée dans ce cas, puisque les insurgés étaient devenus le gouvernement régulier <sup>280</sup> ».

14) Ensuite, on relève une série de prises de position intéressantes en relation avec la question de la réparation des préjudices causés à des étrangers au Mexique, en 1910, d'abord par des agents du mouvement révolutionnaire de Francisco Madero et, plus tard, par des partisans de tentatives d'insurrection avortées contre le gouvernement Madero. La distinction entre les deux situations ressort avec beaucoup de netteté dans les notes envoyées par le Ministre de Grande-Bretagne à Mexico <sup>281</sup> à son collègue l'Ambassadeur des Etats-Unis d'Amérique, qui ne partageait pas la même opinion. Le Département d'Etat des Etats-Unis adopta cependant un point de vue similaire à celui que défendait le représentant diplomatique britannique, et, dans une dépêche adressée à son ambassadeur (signée au nom du Secrétaire d'Etat), il fit le commentaire suivant :

Etant établi que la révolution dite de Madero a été victorieuse, il s'ensuit que, d'après les règles généralement acceptées du droit international, les réclamants qui demandent à être indemnisés des dommages subis pendant cette révolution se trouvent, en tant que catégorie, dans une position juridique meilleure que ne le seraient des personnes dont les réclamations seraient occasionnées par une révolution avortée.

L'assertion qui apparaît dans vos notes au Ministère mexicain des affaires étrangères et au Ministre britannique, selon laquelle le Gouvernement des Etats-Unis ne verrait pas de distinction entre les deux catégories de réclamations, a été manifestement faite sous votre propre responsabilité et sans instruction de la part du Département. Elle s'inspirait probablement de l'idée que les réclamations occasionnées par les derniers mouvements révolutionnaires étaient fondées; mais, d'un autre côté, elle pourrait être interprétée comme impliquant une renonciation au bénéfice de la règle qui impose aux révolutionnaires victorieux la responsabilité de leurs actes. Vous saisissez donc l'occasion d'informer les autorités compétentes que les assertions contenues dans votre note du 21 janvier 1913 étaient faites sous votre propre responsabilité, et qu'elles n'entendaient

<sup>280</sup> Moore, *A Digest... (op. cit.)*, vol. VI, p. 991 et 992. Des argumentations analogues étaient à la base des demandes de réparation présentées par les Etats-Unis d'Amérique aux gouvernements établis à la suite de révolutions victorieuses au Honduras (Affaire Oteri, *ibid.*, p. 992 et 993) et au Pérou (Affaire Fowks, *ibid.*, p. 993 et 994).

<sup>281</sup> Voir notamment la note du 28 janvier 1913 (Etats-Unis d'Amérique, Department of State, *Papers relating to the Foreign Relations of the United States, 1913*, Washington [D.C.], U.S. Government Printing Office, 1920, p. 938). Dans une des notes échangées, le Ministre de Grande-Bretagne se référa aux instructions envoyées par le Ministre des affaires étrangères de Grande-Bretagne aux bureaux consulaires britanniques (*ibid.*, p. 937).

aucunement mettre en doute les fondements établis de la responsabilité internationale. Vous ferez une communication analogue au Ministre britannique au sujet des assertions contenues dans la lettre que vous lui avez adressée le 27 janvier 1913 <sup>282</sup>.

15) La possibilité de tenir l'Etat responsable des agissements des organes d'un mouvement insurrectionnel lorsque celui-ci a été ensuite couronné de succès était posée de façon claire dans la demande d'informations soumise aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930, sous la rubrique générale du point IX, concernant le « dommage causé à la personne ou aux biens des étrangers par des personnes participant à une insurrection ou à une émeute ou par la foule <sup>283</sup> ». En réponse à la question « Quelle est la situation lorsqu'une insurrection triomphe et que le parti insurrectionnel qui a causé le dommage prend le pouvoir et devient le gouvernement ? » (point IX, al. c), dix gouvernements <sup>284</sup> affirmèrent tous nettement que, là où le parti insurrectionnel, ayant pris le pouvoir, est devenu le gouvernement de l'Etat, celui-ci doit être tenu pour responsable des préjudices causés par les insurgés pendant la guerre civile à la personne ou aux biens des étrangers. Se basant sur les réponses reçues, le Comité préparatoire de la Conférence rédigea la base de discussion n° 22, c <sup>285</sup>, mais la Conférence dut interrompre ses travaux avant de pouvoir passer à l'examen de cette base de discussion. Il convient également de noter les réponses de deux gouvernements <sup>286</sup> qui, en se rapportant à un problème différent de celui qui avait été évoqué dans la demande du Comité préparatoire, affirmaient le principe de la responsabilité du gouvernement issu de la révolution pour les faits illicites commis par des organes du gouvernement précédent.

16) L'ensemble des réponses envoyées par les gouvernements au questionnaire du Comité préparatoire paraît suffisant pour confirmer l'existence largement reconnue d'un principe de droit international général prévoyant précisément l'attribution à l'Etat ou au gouvernement issu d'une révolution victorieuse des faits commis par les insurgés au cours de leur lutte pour la prise du pouvoir, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale. On connaît avec moins de précision la pratique

des Etats en la matière après 1930. Mais rien ne donne à penser qu'il y ait eu changement par rapport au principe généralement accepté à l'époque de la Conférence de La Haye. Le principe a été repris, par exemple, dans une prise de position récente : les instructions envoyées le 26 janvier 1959 par le Département d'Etat à l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique à Cuba <sup>287</sup>.

17) Le principe qu'il est légitime d'attribuer à un gouvernement issu d'une révolution victorieuse les faits préjudiciables commis auparavant par les meneurs de la révolution s'applique également, comme il a été déjà mentionné, au cas d'un gouvernement de coalition qui se formerait à la suite d'un accord entre les autorités « légitimes » et les chefs du mouvement insurrectionnel <sup>288</sup>. La guerre civile péruvienne, terminée par l'accord signé le 2 décembre 1885 par le chef de l'Etat, le général Iglesias, et le chef du mouvement insurrectionnel, le général Cáceres, offre un exemple historique à ce sujet. En exécution de cet accord, un gouvernement provisoire fut constitué, composé de représentants des deux parties, et ce gouvernement eut recours aux élections. Le Congrès élu grâce à cette consultation populaire proclama, le 3 juin 1886, Cáceres président de la République. Après ces événements, le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique présenta au Pérou certaines réclamations pour des faits commis durant la révolution par des adhérents du mouvement insurrectionnel du général Cáceres. La première de ces réclamations, qui concernait la réquisition, faite en 1884 par les forces des insurgés, d'une certaine quantité de guano appartenant à une société américaine, était basée sur le fait que le guano réquisitionné avait été destiné à soutenir une cause « qui est devenue nationale de par l'action volontaire du peuple du Pérou, puisque son représentant principal est à l'heure actuelle le chef exécutif constitutionnel de la République, dûment élu et constitué <sup>289</sup> ». Une deuxième réclamation, plus significative, concernait les mauvais traitements infligés en 1885 à un agent consulaire des Etats-Unis. Le Gouvernement péruvien rejeta d'abord la réclamation en faisant valoir que les faits déplorés avaient été commis par « un chef en armes contre le gouvernement alors reconnu comme légitime par toutes les nations », et que l'Etat péruvien ne pouvait donc pas être tenu pour responsable. Le Ministre des Etats-Unis au Pérou répliqua que le

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 949 [tr. de l'original anglais].

<sup>283</sup> SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 108 et 116.

<sup>284</sup> Afrique du Sud, Australie, Autriche, Grande-Bretagne, Inde, Japon, Norvège, Nouvelle-Zélande, Suisse et Etats-Unis d'Amérique (*ibid.*, p. 116 et suiv., et *Supplément au tome III* [op. cit.], p. 21). Les réponses envoyées par trois autres gouvernements (Hongrie, Pays-Bas et Tchécoslovaquie) sont incertaines et l'on ne peut pas en tirer de conclusions sûres (SDN, *Bases de discussion...* [op. cit.], p. 117 et 118). Deux autres (Danemark et Finlande) semblent se prononcer pour la responsabilité de l'Etat dans les circonstances indiquées dans la demande; elles ne sont pourtant pas claires non plus (*ibid.*, p. 117).

<sup>285</sup> « L'Etat est responsable des dommages causés aux étrangers par un parti insurrectionnel qui a triomphé et est devenu le gouvernement dans la mesure où sa responsabilité serait engagée pour des dommages causés par les actes du gouvernement légal, de ses fonctionnaires ou de ses troupes. » (SDN, *Bases de discussion...* [op. cit.], p. 118; et *Annuaire...* 1956, vol. II, p. 225, doc. A/CN.4/96, annexe 2.)

<sup>286</sup> Pologne et Canada (SDN, *Bases de discussion...* [op. cit.], p. 118, et *Supplément au tome III* [op. cit.], p. 3).

<sup>287</sup> On y lit que

« [...] un gouvernement qui est devenu le gouvernement légitime d'un Etat à la suite d'une révolution victorieuse, tel le présent gouvernement de Cuba, [...] est en règle générale internationalement responsable des dommages causés par des actes commis par les forces ou les autorités aussi bien du gouvernement précédent que des révolutionnaires, si ces actes n'étaient pas légitimés du point de vue militaire ou autorisés par les règles du droit de la guerre, tel un préjudice gratuit ou non nécessaire causé à des personnes ou à des biens, ou un pillage. Le gouvernement des révolutionnaires victorieux est aussi internationalement tenu de payer pour les biens qui ont été réquisitionnés soit par le gouvernement précédent soit par les révolutionnaires. » (Whiteman, op. cit., p. 819 [tr. de l'original anglais].)

<sup>288</sup> Une telle situation n'est pas à confondre avec celle d'un gouvernement « légitime » qui, après avoir eu raison de l'insurrection, accorde aux insurgés une amnistie. Dans un cas de ce genre, le seul gouvernement existant est toujours le gouvernement « légitime ». Voir à ce propos, ci-dessus, art. 14, par. 26 du commentaire.

<sup>289</sup> Moore, *A Digest...* (op. cit.), p. 992 [tr. de l'original anglais].

gouvernement péruvien en charge était le successeur du gouvernement provisoire d'Iglesias et Cáceres et que, partant, il était responsable des faits commis par les agents respectifs de l'un et de l'autre. A la suite de quoi le Gouvernement péruvien abandonna sa première argumentation et admit que les mesures prises à l'encontre de l'agent consulaire américain émanaient d'une « autorité légitime »<sup>290</sup>.

18) Les auteurs de droit international, tout en gardant chacun des particularités dans leur conception propre, sont en principe d'accord pour affirmer que l'Etat dont le gouvernement est l'expression d'un mouvement insurrectionnel victorieux doit répondre des faits commis par des agents dudit mouvement au cours de la lutte<sup>291</sup>. A cet effet, ils ne font pas, en général, de distinction entre l'hypothèse où les insurgés se sont affirmés comme nouveau gouvernement ou nouveau régime sur la totalité du territoire de l'Etat préexistant et celle où ils ont par contre provoqué la formation d'un Etat nouveau sur une partie du territoire de l'Etat préexistant, donc détachée de ce dernier. Les internationalistes sont aussi généralement d'accord pour affirmer que, dans la première de ces deux hypothèses, le fait que l'on tienne l'Etat pour responsable des faits illicites commis par les insurgés pendant la révolution n'exclut nullement la possibilité de lui attribuer en même temps la responsabilité des comportements des organes du gouvernement précédent. Finalement, à quelques exceptions près, les auteurs qui ont le plus approfondi la question n'hésitent pas à dire explicitement que les faits du mouvement insurrectionnel doivent être rétrospectivement considérés comme des faits du gouvernement qu'ils ont créé par la suite<sup>292</sup>.

<sup>290</sup> Voir en particulier les notes Alzamora à Buck du 28 août 1888, Buck à Alzamora du 3 septembre 1888, et de nouveau Alzamora à Buck du 6 novembre 1888 (*ibid.*, p. 985 et suiv.). Si le Gouvernement péruvien continua néanmoins à rejeter toute responsabilité, ce fut en contestant le caractère objectivement illicite des mesures en question.

<sup>291</sup> Voir à ce sujet, parmi les ouvrages consacrés spécifiquement à la question des insurrections, des guerres civiles et des gouvernements *de facto* : Goebel, *loc. cit.*, p. 818; Spiropoulos, *op. cit.*, p. 176 et 177; Silvanie, *loc. cit.*, p. 78 et suiv.; Berlia, *loc. cit.*, p. 59; J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris, Pédone, 1956, p. 52 et 53; Castrén, *loc. cit.*, p. 236 et suiv.; J. A. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht*, Cologne, Heymann, 1968, p. 85 et 86.

Voir aussi, parmi les ouvrages consacrés en général à la responsabilité : Borchard, *op. cit.*, p. 241 et 242; Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, Kohlhammer, 1920, t. III, 4<sup>e</sup> partie, p. 91 et 92; Decencière-Ferrandière, *op. cit.*, p. 166; Eagleton, *The Responsibility of States...* (*op. cit.*), p. 147; Maúrtua et Scott, *op. cit.*, p. 57 et suiv.; Reuter (*op. cit.*), p. 94 et 95; Amerasinghe, *loc. cit.*, p. 123 et suiv.; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 563 et 564.

Enfin, parmi les ouvrages généraux et les manuels de droit international, voir : J. H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, Stanford (Calif.), Stanford University Press, 1926, p. 343 et suiv.; Hyde, *International Law...* (*op. cit.*), p. 987 et 988; Cheng, *op. cit.*, p. 190 et 191; Ch. Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1953, p. 380; G. Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 627 et suiv.; Dahm, *op. cit.*, p. 202; W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1964, t. II, p. 1020; Brownlie, *Principles...* (*op. cit.*), p. 375; Cavaré, *op. cit.*, p. 547 et 548; O'Connell, *op. cit.*, p. 968; Von Glahn, *op. cit.*, p. 245.

<sup>292</sup> Voir Goebel, *loc. cit.*, p. 818; Eagleton, *The Responsibility of States...* (*op. cit.*), p. 147; Ralston, *op. cit.*, p. 343; Hyde, *International Law...* (*op. cit.*), p. 987 et 988; Cavaré, *op. cit.*, p. 547;

Pour ces auteurs, de tels faits sont à considérer, à partir du moment où le mouvement insurrectionnel est devenu victorieux, comme des « faits de l'Etat ».

19) Abstraction faite de la base de discussion n° 22, c, rédigée par le Comité préparatoire de la Conférence de 1930, cinq projets de codification traitent de la question qui fait l'objet du présent article. Le projet de Harvard de 1929<sup>293</sup>, celui du Comité juridique interaméricain de 1965<sup>294</sup> et celui de García Amador de 1957<sup>295</sup> parlent d'une façon générale de responsabilité de l'Etat pour faits d'une insurrection victorieuse. Le projet de Harvard de 1961 exprime avec plus de précision l'idée de l'attribution à l'Etat des faits d'organes d'un mouvement insurrectionnel devenu ensuite le gouvernement dudit Etat<sup>296</sup>. Seul le projet révisé de García Amador (1961) s'éloigne des autres, car il semble vouloir limiter la question, même en cas de triomphe de l'insurrection, à l'hypothèse de négligence de la part des organes « légitimes » de l'Etat<sup>297</sup>.

20) Compte tenu des considérations qui précèdent, le présent article comporte deux paragraphes, consacrés respectivement à l'hypothèse où l'organisation du mouvement insurrectionnel devient le nouveau gouvernement de l'ensemble du pays et à l'hypothèse où l'organisation du mouvement insurrectionnel devient celle d'un nouvel Etat, constitué sur une partie du territoire soumis auparavant à la souveraineté ou à l'administration d'un Etat préexistant. La Commission a estimé qu'il ne faut pas faire de distinction, aux fins du présent article, entre différentes catégories de mouvements insurrectionnels sur la base de leur éventuelle « légitimité » internationale ou de l'illicéité éventuelle de leur installation au pouvoir, et cela en dépit de l'importance que de telles distinctions peuvent avoir dans d'autres contextes. Du point de vue de la formulation des règles juridiques régissant la responsabilité des Etats, il serait extrêmement dangereux

Cheng, *op. cit.*, p. 190; Reuter, *loc. cit.*, p. 94; Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 628 et 629; Amerasinghe, *loc. cit.*, p. 127 et 128. On peut aussi relever que tous les auteurs qui (comme Borchard, Berlia, Rousseau, Verdross, Castrén) souscrivent à l'idée que les insurgés victorieux sont censés avoir dès le début représenté la vraie volonté nationale doivent nécessairement considérer les organes du mouvement insurrectionnel comme étant déjà des organes de l'Etat au moment où ils ont commis les actes préjudiciables. De tous les auteurs consultés, seuls Strupp et, dans son sillage, Decencière-Ferrandière paraissent être négatifs quant à l'attribution à l'Etat du comportement des organes du mouvement insurrectionnel pendant la révolution.

<sup>293</sup> Article XIII, al. b (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 230, doc. A/CN.4/96, annexe 9).

<sup>294</sup> Point VI (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 160, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe XV).

<sup>295</sup> Article 12, par. 2 (*Annuaire... 1957*, vol. II, p. 146, doc. A/CN.4/106, annexe).

<sup>296</sup> Article 18, par. 1 :

« Dans le cas d'une révolution ou d'une insurrection qui aboutit à un changement de gouvernement de l'Etat ou à la création d'un nouvel Etat, tout acte ou omission d'un organe, organisme, agent ou employé d'un groupement révolutionnaire ou insurrectionnel est, aux fins de la présente Convention, imputable à l'Etat dans lequel ledit gouvernement s'est installé au pouvoir. »

(*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 151, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VII.)

<sup>297</sup> Article 16 (*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 50, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif).

d'introduire des notions qui risqueraient de laisser à l'abri de toute responsabilité un nouveau gouvernement ou un nouvel Etat du fait qu'il tire son origine d'un mouvement insurrectionnel qualifié d'« illégitime » ou d'un mouvement insurrectionnel arrivé au pouvoir à la suite d'agissements internationalement illicites. Si le triomphe du mouvement insurrectionnel est dû à l'intervention d'un Etat étranger qui lui aurait fourni une assistance déterminante en violation de ses obligations internationales, ce fait de l'Etat étranger en question sera attribué à ce dernier et engagera sa propre responsabilité internationale. Mais cela est sans incidence sur le problème de l'attribution à l'Etat où le mouvement insurrectionnel a pris les rênes du gouvernement ou à l'Etat dont il a provoqué la naissance des comportements internationalement illicites adoptés pendant la lutte par le mouvement insurrectionnel. Pour cette attribution, aucune autre condition n'est requise que la simple existence de ce mouvement et le lien de continuité existant entre son organisation et celle du gouvernement ou de l'Etat nouveau issu de son action.

21) Le *paragraphe 1* de l'article commence par énoncer la règle que le fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat est considéré comme un fait de cet Etat. Ce principe général ne saurait comporter d'exception. La deuxième phrase dudit paragraphe précise qu'une telle attribution est sans préjudice de l'attribution à l'Etat en question de tout comportement qui aurait auparavant été considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10 du projet. En d'autres termes, cette disposition souligne

que l'attribution à l'Etat du comportement des organes du mouvement insurrectionnel n'exclut nullement l'attribution parallèle audit Etat des comportements adoptés, au cours de la lutte, par les organes du gouvernement alors en place, car il importe de maintenir la responsabilité éventuelle de l'Etat pour les faits du gouvernement qui était le sien jusqu'au moment de son remplacement par celui du mouvement insurrectionnel. Formulée comme une clause de sauvegarde, la règle en question n'exclut pas la possibilité de tenir compte de situations exceptionnelles, comme celles qui sont mentionnées au paragraphe 7 du présent commentaire.

22) Le *paragraphe 2*, comme il a été souligné, concerne les cas de formation d'un Etat nouveau par voie de sécession ou de décolonisation. Il prévoit que le fait d'un mouvement insurrectionnel dont l'action aboutit à la création d'un nouvel Etat *sur une partie* du territoire d'un Etat préexistant ou sur un territoire qui était auparavant sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel Etat. L'expression « ou sur un territoire sous son administration » a été insérée, ainsi qu'on l'a déjà précisé<sup>296</sup>, afin de tenir compte du statut juridique des territoires dépendants. Il va de soi que l'Etat préexistant continuant à exister, bien qu'amputé, continue également à être responsable de ses propres faits accomplis avant la création du nouvel Etat, et cela en vertu même des dispositions figurant dans d'autres articles du présent chapitre du projet. Il n'est donc point nécessaire d'ajouter de clause particulière de sauvegarde à ce sujet.

<sup>296</sup> Voir ci-dessus art. 14, par. 29 du commentaire.

CHAPITRE III

VIOLATION D'UNE OBLIGATION  
INTERNATIONALE

Commentaire \*/

1) L'article 3 du projet énonce les deux conditions indispensables à l'existence d'un fait internationalement illicite<sup>372</sup>. La première de ces deux conditions, à savoir la présence d'un comportement consistant en une action ou en une omission attribuables à l'Etat d'après le droit international (*élément subjectif*), fait l'objet du chapitre II du projet, où la Commission s'est attachée à déterminer quels sont les « comportements » que le droit international considère comme « faits de l'Etat » aux fins d'établir l'existence éventuelle d'un fait internationalement illicite. C'est à la deuxième de ces conditions, à ce que l'on est convenu d'appeler l'*élément objectif* du fait internationalement illicite, qu'est consacré le présent chapitre.

2) Cet *élément objectif* consiste — comme la pratique des Etats, la jurisprudence internationale et la doctrine le confirment amplement — en ce que le comportement attribué à l'Etat, sujet de droit international, constitue un manquement par cet Etat à une obligation internationale existant à sa charge, c'est-à-dire, pour employer les termes de l'alinéa b de l'article 3, dans le fait qu'un tel comportement constitue « une violation d'une obligation internationale de l'Etat ». La Commission a déjà indiqué<sup>373</sup> les raisons qui l'ont amenée à repérer dans la « violation d'une obligation internationale » l'élément objectif du fait internationalement illicite, ainsi que le choix d'une telle expression de préférence à d'autres, telle que la violation « d'une règle » ou « d'une norme » du droit international. Elle a souligné que l'expression choisie n'est pas seulement la plus couramment employée dans la jurisprudence internationale et dans la pratique des Etats, mais qu'elle est aussi la plus exacte. La *règle* est le droit au sens objectif, tandis que l'*obligation* est une situation juridique subjective par rapport à laquelle intervient le comportement du sujet, soit qu'il se conforme à l'obligation soit qu'il la transgresse. En plus, l'obligation n'a pas nécessairement et dans tous les cas son origine immédiate dans une règle au sens propre de ce terme : elle peut avoir été mise à la charge d'un Etat par un acte juridique unilatéral de ce même Etat ou par la décision d'un tribunal international ou d'un organe d'une organisation internationale habilitée à ce faire. La Commission a indiqué également les raisons qui lui ont fait préférer le terme « violation » à d'autres expressions analogues, telles que « manquement », « transgression » ou « non-exécution » ; « violation » est notamment le terme employé à l'alinéa c du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la CIJ. L'élément objectif caractérisant un fait internationalement illicite étant ainsi défini, c'est au développement de la notion spécifique de « violation d'une obligation internationale » que le cha-

---

\* Annuaire ... 1976, vol. II  
(deuxième partie), p. 70 à 73.

<sup>372</sup> Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 182, doc. A/9010/Rev.1, chap. II, sect. B.

<sup>373</sup> *Ibid.*, p. 187, art. 3, par. 15 du commentaire.

pitre III du projet s'attache. Il s'agit de déterminer — comme on l'a fait dans le chapitre II pour la notion de « fait de l'Etat » — dans quelles circonstances et à quelles conditions il faut conclure, dans les diverses hypothèses, à l'accomplissement par l'Etat d'une telle violation.

3) Comme la Commission l'a souligné dans son commentaire de l'article 3<sup>374</sup>, l'*élément objectif* est l'élément qui marque le caractère distinctif du fait internationalement illicite par rapport aux autres faits de l'Etat auxquels le droit international rattache des conséquences juridiques. L'essence même de l'illicéité, source comme telle de responsabilité internationale, est précisément donnée par l'opposition — ou, mieux, par la non-conformité — du comportement adopté en fait par l'Etat à celui qu'il aurait dû adopter pour se conformer à une obligation internationale donnée. C'est, en d'autres termes, à un comportement attribué par le droit international à l'Etat et représentant de sa part la violation d'une obligation internationale à sa charge que le droit international rattache la naissance de ces situations juridiques nouvelles, défavorables pour l'Etat en question, et que l'on réunit sous la dénomination commune de responsabilité internationale. Cette relation que le droit international établit entre le fait de manquer à une obligation internationale et le fait de se voir imposer d'autres obligations (ou de devenir passible de l'application de sanctions, comme conséquence de ce manquement) met en évidence ce que la Commission a, à maintes reprises, indiqué, à savoir que les règles relatives à la responsabilité internationale de l'Etat sont, de par leur nature, des règles complémentaires par rapport à d'autres règles de droit international dont découlent les obligations juridiques que les Etats peuvent être amenés à violer.

4) Il convient aussi de rappeler qu'en droit international l'idée de violation d'une obligation peut être considérée comme l'équivalent de celle de lésion d'un droit subjectif d'autrui<sup>375</sup>. A la différence de ce que peut être la situation en droit interne, notamment en droit administratif, la corrélation entre la violation d'une obligation juridique de la part de l'Etat auteur du fait internationalement illicite et l'atteinte portée par cette violation à un droit subjectif international d'autrui ne souffre pas d'exception en droit international. Dans ce dernier, il existe toujours une corrélation entre l'obligation d'un sujet et le droit subjectif d'autrui, qu'il s'agisse du droit subjectif d'un sujet déterminé, d'une pluralité de sujets, voire de tous les sujets. Cela ne veut évidemment pas dire que le rapport de responsabilité qui s'établit, en droit international, du fait de la violation par un Etat d'une obligation existant à sa charge se ramène toujours et exclusivement à un rapport entre l'Etat auteur de l'infraction et l'Etat directement lésé. Ce rapport peut, au contraire, s'étendre sous des formes diverses à des Etats autres que celui qui est directement lésé si l'obligation internationale violée est une de celles qui lient l'Etat non pas à un Etat déterminé, mais à un ensemble d'Etats ou à tous les Etats membres de la communauté internationale.

5) Pour ce qui est de la question de savoir s'il ne devrait pas y avoir une exception au principe selon lequel la caractéristique de l'élément objectif du fait internationalement illicite est qu'il consiste en une violation par l'Etat d'une obligation internationale existant à sa charge, la Commission s'est également prononcée dans son commen-

taire de l'article 3<sup>376</sup>. De l'avis de la Commission, une telle définition générale de l'élément objectif du fait internationalement illicite ne souffre point d'exception. Si l'on devait admettre l'existence en droit international d'une règle limitant l'exercice par l'Etat de ses droits et compétences et en interdisant l'*exercice abusif*, pareil exercice abusif représenterait, lui aussi, la violation d'une obligation internationale à la charge de l'Etat : l'obligation de ne pas dépasser certaines limites dans l'exercice de son propre droit et de ne pas s'en prévaloir avec l'unique intention de nuire à autrui ou de gêner d'autres sujets dans leur propre sphère de compétence. Dans une hypothèse semblable, l'élément constitutif du fait internationalement illicite serait toujours représenté par la violation d'une obligation. La solution éventuelle du problème de l'exercice abusif d'un droit n'a donc pas d'incidence sur la définition de l'élément objectif du fait internationalement illicite. Il s'agit, en réalité, d'une question qui concerne la définition de certaines règles « primaires » du droit international plutôt que celle des règles de la responsabilité.

6) Le chapitre III commence donc par une disposition qui a pour but de préciser quand on peut considérer qu'il y a « violation d'une obligation internationale » et d'énoncer expressément le principe que l'essence de la violation est donnée par la différence entre le comportement effectivement adopté par l'Etat et celui que l'obligation existant à sa charge requerrait de lui, par la non-conformité du « fait de l'Etat » au devoir de ce dernier d'après le droit international. La notion de base étant ainsi déterminée, les autres dispositions du chapitre sont consacrées à préciser comment cette notion s'articule dans les différentes situations et hypothèses possibles.

7) Dans cette perspective, il faut répondre tout d'abord aux questions qui se posent au sujet des aspects formels de l'obligation internationale violée en se demandant si la source d'où l'obligation provient — en d'autres termes son origine coutumière, conventionnelle ou autre — a ou n'a pas d'influence sur la conclusion quant à l'existence même du fait internationalement illicite et à sa caractérisation. Dans le même contexte, il faut également examiner si une condition indispensable pour pouvoir conclure à l'existence d'un fait internationalement illicite est ou non le fait que l'obligation internationale violée ait été elle-même en vigueur à l'égard de l'Etat au moment où ce dernier a agi.

8) Le chapitre prend ensuite en considération toute une série de questions relatives à l'incidence de l'objet de l'obligation internationale violée sur l'existence et, surtout, la caractérisation d'un fait internationalement illicite. On rencontre ici, en premier lieu, l'un des problèmes les plus délicats et les plus importants que soulève le projet tout entier, l'un des plus décisifs aussi pour la détermination ultérieure du type de responsabilité que le droit international rattache aux différents types de faits internationalement illicites : le problème de savoir s'il y a lieu d'établir une distinction de base entre les faits internationalement illicites d'après le caractère plus ou moins essentiel que le respect de l'obligation en question a pour la communauté internationale, précisément à cause du contenu de cette obligation, de l'objet qu'elle concerne et, bien entendu, d'après la gravité de la violation perpétrée à son encontre. On s'occupera ensuite d'établir s'il y a ou non une différence à faire, dans la détermination de l'existence d'un fait internationalement illicite, entre des obligations internationales dont l'objet est tel qu'une violation en est

<sup>374</sup> *Ibid.*, p. 184, par. 7 et 8 du commentaire.

<sup>375</sup> *Ibid.*, p. 184 et 185, par. 9 du commentaire.

<sup>376</sup> *Ibid.*, p. 185, par. 10 du commentaire.

réalisée par la simple adoption par l'Etat d'un comportement différent de celui qui est expressément requis de lui et des obligations internationales dont la violation ne se manifeste que lorsque au comportement de l'Etat s'ajoute un événement extérieur qu'il était justement tenu de prévenir. Il y aura également à considérer la différence qu'il y a entre la violation d'une obligation internationale de comportement, requérant spécifiquement de l'appareil de l'Etat une action ou une omission déterminée, et la violation d'une obligation de résultat, ne demandant à l'Etat que d'assurer une certaine situation, sans spécifier les moyens et les actes par lesquels il doit y parvenir.

9) En dernier lieu, le chapitre traitera des différents problèmes ayant trait à la détermination du moment et de la durée de la violation d'une obligation internationale, c'est-à-dire de ce que l'on appelle le *tempus commissi delicti* — en tenant compte des conséquences différentes que peut avoir, sous plusieurs aspects, une violation instantanée ou une violation de caractère permanent, ou encore une violation faite d'une série de comportements se rapportant à des situations distinctes ou d'une succession de comportements relatifs à une même situation.

10) L'examen de ces différents aspects de l'*élément objectif* du fait internationalement illicite ne se heurte pas aux complications, dues à des prises de position théoriques et aprioristes, que l'on a rencontrées à propos de la détermination de l'*élément subjectif*. Les difficultés que l'on doit surmonter dans le cadre du présent chapitre n'en sont pas pour autant moins grandes. Le problème qui se pose à chaque étape de l'étude de l'*élément objectif* du fait internationalement illicite est essentiellement un problème de « frontières » : établir jusqu'où l'analyse de certains aspects peut être poussée sans transgresser les limites du domaine de l'illicite juridique en droit international et de la responsabilité qui en découle. Il faut, par exemple, se poser la question de savoir si la violation d'une obligation internationale qui a son origine dans une source déterminée se caractérise ou ne se caractérise pas d'une manière différente par rapport au manquement à une obligation ayant une autre origine. Cependant, l'examen d'une telle question ne doit en aucune façon amener à formuler, dans le cadre de la codification de la responsabilité internationale des Etats, une théorie des sources des obligations internationales. De même, il faut prendre spécifiquement en considération l'objet de certaines catégories différentes d'obligations internationales pour déterminer envers quels sujets est censée s'être produite une violation des unes ou des autres ou à quel moment cette violation est censée s'être accomplie, car ce n'est que sur cette base que l'on peut procéder à certaines caractérisations et à certaines distinctions essentielles dans le domaine des faits internationalement illicites. Mais tout cela ne doit pas conduire à s'engager sur la voie d'une définition spécifique des obligations internationales qui, dans un domaine ou dans l'autre, sont à la charge des Etats et, ce faisant, à s'éloigner du but du présent projet d'articles : la codification des règles générales de la responsabilité internationale des Etats. Toute chance de parvenir à un résultat positif serait exclue si, sous le couvert d'une codification de la responsabilité internationale, l'on s'engageait en réalité dans une codification des règles « primaires » du droit international. L'échec des tentatives de codification entreprises par le passé dans le domaine de la responsabilité pour dommages causés à la personne ou aux biens des étrangers est un bon exemple de la nécessité absolue de ne pas s'attacher à codifier ensemble, dans un même projet, les règles relatives à la responsabilité internationale et des règles « primaires » du

droit international dont la violation engage la responsabilité des Etats.

11) Il ne s'agit pas non plus de résoudre, dans le cadre du présent chapitre, des aspects des problèmes considérés qui relèvent plutôt des matières objet d'autres parties et chapitres du projet et qui seront donc examinés dans le contexte de ces autres parties et chapitres. Ainsi, par exemple, l'existence d'obligations de résultat, très fréquentes en droit international, surtout lorsque l'obligation concerne le traitement que l'Etat doit réserver à des particuliers, constitue l'explication la plus acceptable d'un principe bien connu : à savoir celui qui requiert l'utilisation préalable sur le plan interne des moyens de recours disponibles comme condition pour faire valoir sur le plan international la responsabilité d'un Etat accusé d'avoir agi envers des particuliers de façon non conforme à ses obligations internationales. Or — on croit devoir le souligner expressément pour éviter des malentendus à ce sujet —, la règle dite de l'épuisement des recours internes ne sera prise en considération dans le cadre du présent chapitre que du point de vue de sa justification et de son incidence éventuelle sur le point de savoir si la violation de certaines obligations a été ou non réalisée. La définition ultérieure d'une telle règle, la description de la technique de son fonctionnement, l'analyse de ses aspects de procédure, la détermination des conditions de son application d'après le droit international général et d'après certains traités, auront à être examinées dans un autre cadre : celui de la partie du projet relative à la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat.

12) Dans ce même ordre d'idées, il ne faut pas non plus perdre de vue le fait que les règles qu'énonce le chapitre III sur l'*élément objectif* du fait internationalement illicite doivent être entendues à la lumière de l'ensemble des dispositions qui sont censées figurer dans le projet d'articles. La constatation de l'existence d'une violation d'une obligation internationale qui résulterait d'une simple application des dispositions du chapitre III et la qualification d'internationalement illicite qui en découlerait pour un « fait de l'Etat » pourraient se trouver empêchées par le fait que, dans le cas d'espèce, est présente une des diverses circonstances excluant l'illicéité (force majeure et cas fortuit, état de nécessité, légitime défense, exercice légitime d'une sanction, consentement de l'Etat lésé, etc.) auxquelles sera consacré le chapitre V de la première partie du projet. De même, la caractérisation particulière d'un fait illicite ainsi que la détermination du régime de responsabilité applicable pourraient se trouver modifiées par la présence, dans le cas d'espèce, de l'une des circonstances atténuantes ou aggravantes dont on traitera aussi au chapitre V.

13) Enfin, la Commission tient à faire observer que, dans l'élaboration de la matière qui fait l'objet de ce nouveau chapitre du projet, elle s'inspire, comme pour les précédents chapitres, de la méthode inductive suivie par le Rapporteur spécial dans ses rapports. On analyse donc la pratique des Etats et la jurisprudence internationale et, sur la base d'une telle analyse, on procède à la formulation des règles à définir. Toutefois, il faut tenir compte du fait que, tout au moins en ce qui concerne certains points, la richesse des précédents n'est pas la même que, par exemple, pour la détermination des critères pour l'attribution d'un fait à l'Etat. Il s'agit donc de suppléer, le cas échéant, à cette carence en ne négligeant pas de considérer attentivement, pour s'en inspirer dans la formulation de certaines règles, les véritables exigences de la communauté internationale actuelle ainsi que les idées et les

tendances les plus autorisées qui s'y font jour. En d'autres termes, le développement progressif du droit international doit parfois prendre le pas sur une codification strictement entendue.

Article 16

Existence d'une violation d'une obligation internationale

Il y a violation d'une obligation internationale par un Etat lorsqu'un fait dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par cette obligation.

Commentaire \*/

1) Comme on l'a rappelé<sup>377</sup>, c'est la violation d'une obligation internationale de l'Etat par un fait de ce dernier qui constitue, d'après l'alinéa b de l'article 3, l'élément objectif du fait internationalement illicite. Il s'agit maintenant de préciser ce que l'on doit entendre par « violation » par un Etat d'une obligation internationale existant à sa charge, et sur quelles bases il est permis de conclure à l'existence d'une telle violation.

2) En décidant d'insérer à cet effet la formule générale qui figure dans le texte du présent article, la Commission a avant tout obéi à des considérations d'ordre logique et systématique se rapportant à l'économie générale du projet, mais elle a voulu aussi mettre en évidence, dès le début du chapitre consacré à l'étude de l'élément objectif du fait internationalement illicite, l'autonomie du droit international en la matière. Il appartient au droit international, et plus précisément aux règles générales régissant la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, de définir en quoi consiste la violation d'une obligation juridique internationale, et cela malgré qu'une telle notion ne diffère pas pour l'essentiel, en droit international, de celle que l'on retrouve dans d'autres ordres juridiques à propos de la notion de « violation » des obligations imposées par ces ordres juridiques à leurs sujets respectifs.

3) En droit international, donc, comme dans les systèmes juridiques de droit interne, la violation par un sujet d'une obligation juridique consiste dans l'adoption par ledit sujet d'une conduite qui ne correspond pas à celle que prescrit l'obligation en cause. On est unanimement d'accord pour reconnaître dans un comportement d'un Etat ne correspondant pas à celui que l'on est en droit d'attendre de cet Etat sur la base d'une obligation internationale déterminée une violation de ladite obligation. C'est dans le manque de coïncidence entre le comportement imposé à l'Etat par l'obligation et celui qui est concrètement adopté par l'Etat qu'il faut voir la violation de l'obligation en question. Pour conclure, il y a violation d'une obligation quand il est établi que le sujet auquel l'obligation s'adresse agit d'une façon qui n'est pas celle dont il aurait dû agir pour se conformer à ladite obligation.

4) La Commission a donc considéré que la formule « n'est pas conforme à ce qui est requis de lui » par l'obligation est celle qui convient le mieux pour indiquer ce que représente, aux termes du présent projet, l'essence de la violation par un Etat d'une obligation internationale.

Cette formule a été préférée à d'autres telles que « est en contradiction avec » ou « est contraire à », car elle exprime avec plus d'exactitude l'idée qu'une violation peut exister même si le fait de l'Etat n'est que partiellement en contradiction avec une obligation internationale existant à sa charge. Pour qu'une violation existe, il n'est nullement nécessaire que le fait de l'Etat soit en complète et totale opposition avec ce qui est requis de lui par l'obligation internationale en cause; il suffit parfaitement que, sous un aspect ou sous un autre, le comportement de l'Etat ne soit pas conforme à ce qui est requis de lui par l'obligation internationale. C'est dans chaque cas une comparaison du comportement adopté en fait par l'Etat avec celui prévu en droit par l'obligation internationale qui permet d'établir si l'on est ou non en présence d'une violation par l'Etat de cette obligation. Si le fait de l'Etat est conforme au comportement requis de lui par l'obligation internationale, il n'y a aucune violation de celle-ci et le fait en question est parfaitement licite. Si, au contraire, on constate que le fait de l'Etat n'est pas conforme au comportement requis de lui par ladite obligation internationale, l'existence d'une violation de l'obligation est à constater et il faut conclure au caractère internationalement illicite du fait de l'Etat.

5) Il va sans dire que les « obligations internationales » dont la violation est envisagée dans le présent article doivent être des obligations juridiques mises à la charge d'un Etat par le droit international. Il s'agit donc d'obligations juridiques que les Etats assument en vertu de normes du droit international et non pas, par exemple, d'obligations d'ordre moral ou d'obligations de courtoisie internationale. Il ne s'agit pas non plus d'obligations juridiques auxquelles un Etat peut se trouver éventuellement soumis aux termes d'un ordre juridique autre que l'ordre juridique international.

6) Ainsi, par exemple, les obligations contenues dans des « contrats » que les Etats passent avec des personnes étrangères (et parfois avec un autre Etat) pour régler des questions d'ordre économique sont, certes, des obligations juridiques, mais elles ne sont pas des obligations juridiques qui relèvent de l'ordre juridique international — sans qu'il importe de savoir si ces « contrats » sont régis par l'ordre juridique interne de l'Etat (ou de l'un des Etats) qui les conclut<sup>378</sup> ou s'ils relèvent d'un autre ordre de droit, différent à la fois de l'ordre juridique interne et de l'ordre juridique international. Le manquement par un Etat à une obligation souscrite par lui dans un « contrat » de ce genre ne peut donc pas constituer, comme tel, une violation d'une obligation juridique internationale susceptible d'engager ce qui, dans ce dernier ordre juridique, est défini comme la responsabilité internationale des Etats<sup>379</sup>. Pour

<sup>378</sup> Pour certains auteurs, ils relèvent parfois d'un autre système de droit, d'un droit « transnational » (Ph. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956; J.-F. Lalive, « Contracts between a State or a State agency and a foreign company », *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 13, juillet 1964, p. 1006 et suiv.), d'un « droit international des contrats » (P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1969-III*, Leyde, Sijthoff, 1970, t. 128, p. 189 et suiv.) ou d'un droit « quasi international » (H. Pazarci, *Responsabilité internationale des Etats en matière contractuelle*, Ankara, Publications de la Faculté des sciences politiques, 1973, n° 350, p. 49 et suiv.)

<sup>379</sup> Les quelques rares opinions divergentes ont été infirmées par la grande majorité des auteurs qui se sont penchés sur la question. Voir, parmi beaucoup d'autres, C. F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 118 : « Le contrat ne se situant pas dans le système juridique international, une contravention à ce contrat ne constituerait pas en soi une violation du

(Suite de la note 379 page précédente.)

<sup>377</sup> Voir ci-dessus commentaire d'introduction au chapitre III, par 1.

que cela puisse arriver, le « contrat » en question devrait être en réalité (en totalité ou du moins en partie) un accord conclu entre des Etats apparaissant en tant que sujets de droit international, de façon à se trouver régi par ce dernier. Et si cette conclusion ne se justifiait que pour quelques clauses seulement dudit « contrat », la violation de l'une des obligations prévues par le contrat ne saurait être considérée comme la violation d'une obligation « internationale » que pour autant que l'obligation concrètement violée soit l'une de celles mises à la charge de l'Etat par une de ces clauses.

7) La non-exécution par un Etat d'obligations juridiques qui relèvent d'un ordre juridique autre que l'ordre juridique international ne constitue donc pas la violation d'une « obligation internationale » au sens attribué à cette expression dans cet article et dans d'autres dispositions du projet. Elle peut cependant être comme telle l'occasion de la violation, par l'Etat, d'une obligation mise à sa charge par le droit international. Mais alors c'est la violation de cette obligation juridique internationale qui constitue l'élément objectif d'un fait internationalement illicite, et non pas la non-exécution des obligations qui relèvent de l'autre ordre juridique. Ainsi, par exemple, le manquement par un Etat à un « contrat » privé régi par une loi uniforme incorporée dans le droit interne de cet Etat est et reste une violation du droit interne, même si la loi uniforme a été prévue et imposée par un traité. Cependant, si le manquement au « contrat » est la conséquence du fait que l'Etat partie à la convention portant loi uniforme n'a pas adapté, comme il aurait dû le faire, son système juridique à cette loi uniforme, le manquement au contrat fait ressortir une violation d'une véritable obligation internationale qui engage, sur le plan du droit international, sa responsabilité. De même, si la non-exécution par un Etat d'un « contrat » privé souscrit par lui avec un particulier étranger ne constitue une infraction que dans le cadre de l'ordre juridique qui régit le « contrat », une telle infraction pourrait ensuite s'accompagner d'un déni de justice et devenir ainsi l'occasion de la violation d'une obligation de droit international engageant la responsabilité internationale de l'Etat.

8) En rédigeant la disposition qui figure dans cet article, comme d'ailleurs celles qu'énoncent les articles qui suivent, la Commission a eu présent à l'esprit que, pour qu'il y ait violation par l'Etat d'une obligation internationale existant à sa charge, le comportement qui constitue la violation doit être un « fait de l'Etat » selon le droit international, c'est-à-dire un comportement consistant, comme il est indiqué à l'alinéa a de l'article 3, en une action ou en une omission attribuable d'après le droit international à l'Etat. C'est pour cette raison que le texte de l'article 16 précise qu'il y a violation d'une obligation internationale par un Etat « lorsqu'un fait dudit Etat... ». Ce membre de phrase doit donc être compris en tenant compte des dispositions qui sont énoncées au chapitre II du projet, consacré à l'élément subjectif du fait internationalement illicite et où sont définies les conditions dans lesquelles un comportement déterminé doit être

considéré, d'après les règles de droit international régissant la responsabilité des Etats, comme un « fait de l'Etat ».

9) Finalement, la Commission tient à souligner que la définition générale donnée au présent article n'est qu'une formule de base, qui se limite à énoncer en quoi consiste l'essence de la violation d'une obligation internationale. Pour que, dans un cas d'espèce déterminé, on puisse conclure à l'existence d'une violation d'une obligation internationale, il faut évidemment tenir compte aussi des autres dispositions du chapitre III, et en particulier de celles où l'on précise d'autres conditions ayant trait à l'existence d'une violation d'une obligation internationale — telles que, par exemple, celles de l'article 18, qui spécifie que, pour qu'il y ait violation, il est nécessaire et en même temps suffisant que l'obligation soit en vigueur à l'égard de l'Etat au moment où a lieu le comportement de ce dernier qui est mis en cause.

(Suite de la note 379.)

droit international. Tout au plus équivaldrait-elle à une violation du droit transnational. » Il est à remarquer, toutefois, que des expressions employées par certains auteurs pour désigner la responsabilité qui découlerait pour un Etat en cas de manquement à des obligations établies par un « contrat » non régi par le droit international peuvent prêter à confusion. Ainsi, par exemple, des expressions telles que « responsabilité internationale des Etats en matière contractuelle » ou « responsabilité contractuelle des Etats » ne sont pas sans une certaine ambiguïté.

Article 17

Non-pertinence de l'origine de  
l'obligation  
internationale violée

1. Le fait d'un Etat qui constitue une violation d'une obligation internationale est un fait internationalement illicite quelle que soit l'origine, coutumière, conventionnelle ou autre, de cette obligation.
2. L'origine de l'obligation internationale violée par un Etat est sans effet sur la responsabilité internationale engagée par le fait internationalement illicite de cet Etat.

Commentaire \*/

- 1) Le présent article a pour objet l'éventuelle incidence de la provenance de l'obligation violée sur l'illicéité du fait de l'Etat non conforme à ce qui est requis de lui par cette obligation ainsi que sur le régime de la responsabilité applicable à ce fait au cas où son illicéité serait établie.
- 2) En droit international, comme d'ailleurs en droit interne, les obligations juridiques peuvent avoir des origines diverses. Une obligation internationale peut, par exemple, se trouver établie par une règle coutumière de droit international, ou bien par une disposition d'un traité, ou encore, d'après une opinion dominante, par un principe général de droit applicable dans l'ordre juridique international. En outre, les Etats assument parfois des obligations internationales par voie d'acte unilatéral. Il se peut aussi qu'une obligation internationale déterminée ait son origine, du moins immédiate, dans des procédures pour la création d'obligations prévues dans un traité (décision d'un organe d'une organisation internationale habilité à ce faire par son acte constitutif; jugement rendu dans certaines conditions par la CIJ ou par un tribunal arbitral international, etc.). Cela dit, il doit être clair que, en mentionnant ces exemples de voies différentes par lesquelles des obligations internationales peuvent prendre naissance, on n'a aucunement l'intention de donner dans l'article 17 une indication complète des différentes sources d'où une obligation internationale peut provenir. Le seul but de l'exemplification faite ici est de mettre en évidence le problème que cette différence entre les obligations internationales d'après leur origine peut engendrer en ce qui concerne la qualification comme internationalement illicite d'un fait de l'Etat et la détermination du régime de responsabilité qui lui est applicable.

---

\* Annuaire ... 1976, vol. II  
(deuxième partie), p. 74 à 81.

3) Le fait que les obligations internationales ont des origines diverses soulève deux questions. La première — et de loin la plus simple — consiste à savoir si la violation par un Etat d'une obligation internationale représente toujours un fait internationalement illicite, quelle que soit l'origine de l'obligation. La seconde revient à déterminer si l'origine, coutumière, conventionnelle ou autre, de l'obligation violée, ou encore le fait que, par exemple, l'obligation découle d'un traité normatif général ou d'un traité n'ayant pour objet que l'établissement de rapports juridiques particuliers, a ou non une influence, non pas sur la qualification d'internationalement illicite du fait dont on relève la contradiction avec cette obligation, mais sur le type et les formes de la responsabilité internationale engagée par un tel fait. Cette seconde question a d'autant plus de raison d'être posée qu'en effet la plupart des systèmes de droit interne distinguent deux régimes différents de responsabilité civile s'appliquant l'un à la violation d'une obligation assumée par contrat, l'autre à la violation d'une obligation ayant son origine dans une autre source (coutume, loi, règlement, etc.)<sup>380</sup>, ce qui permet d'individualiser l'existence de deux types distincts de faits illicites.

4) Il est clair, et on l'a déjà indiqué, que pour répondre aux questions posées ci-dessus il n'est ni nécessaire ni utile de s'engager au préalable dans une recherche visant à établir quelles sont toutes les sources, toutes les origines possibles, d'une obligation internationale. La pluralité et la diversité de ces origines ne sont que présumées par les problèmes dont le présent article doit donner la solution. Ce n'est en général pas dans le cadre d'une codification des règles relatives à la responsabilité qu'il y a lieu de procéder à une détermination de toutes les origines possibles d'une obligation internationale, tout comme ce n'est pas dans ce cadre qu'il s'agit de procéder à une définition du contenu des obligations « primaires » dont la violation peut engager la responsabilité de l'Etat.

5) En revanche, il convient de préciser que, pour donner une réponse appropriée aux questions qui relèvent du présent article, on ne saurait faire entrer en ligne de compte que ce que prévoit à cet effet le droit international général. Sous réserve de l'existence possible de normes impératives de droit international général en matière de responsabilité internationale, certains Etats peuvent toujours prévoir, dans un traité conclu entre eux, un régime spécial de responsabilité pour la violation des obligations spécifiquement prévues par ce traité<sup>381</sup>. Au cas où une telle violation se produirait, l'auteur de la violation se verrait normalement appliquer le régime spécial établi par le traité en question, de préférence à celui qui est prévu par le droit international général. Mais cela n'a manifestement rien à voir avec la question à laquelle répond l'article 17, qui est de savoir si l'origine de l'obligation violée est ou n'est pas prise en considération aux fins de la détermination de la responsabilité internationale engagée par les règles générales du droit international, et non pas par les clauses éventuelles d'un traité particulier. Pour pouvoir conclure que la violation d'une obligation

d'origine conventionnelle représente en droit international général un fait illicite d'un type différent de celui de la violation d'une obligation d'origine coutumière ou autre, il faudrait pouvoir prouver que les conséquences juridiques rattachées au fait internationalement illicite, appliquées dans les cas entrant dans la première hypothèse, sont toujours des conséquences juridiques différentes, même là où le traité contenant l'obligation violée ne prévoit aucune disposition spéciale en matière de responsabilité. De même, pour établir si un système donné de droit interne prévoit ou non une distinction entre l'illicite « contractuel » et l'illicite « extra-contractuel », on se réfère aux conséquences qu'en général ce système de droit rattache respectivement aux violations d'obligations créées par des contrats et à celles d'obligations établies par la loi ou par un autre acte normatif général. Les éventuelles dispositions spéciales d'un contrat particulier n'entrent pas en ligne de compte aux fins de la conclusion.

6) Le fait que dans le présent article, ainsi que dans les autres articles du projet, on ne s'occupe que de dégager les règles pertinentes du droit international général ne signifie cependant pas que le régime de responsabilité prévu dans des traités multilatéraux particulièrement importants, et notamment dans la Charte des Nations Unies, est à négliger. Les régimes prévus dans ces traités reflètent parfois le droit international général en la matière ou influencent d'une manière déterminante le développement de ce droit. Quand cela se produit, il faut en tenir compte dans les articles du présent projet — non pas, toutefois, en tant que régime consacré par un traité particulier, mais en tant que régime relevant du droit international général.

7) La réponse à la première des deux questions qui se posent dans le cadre du présent article ne peut guère faire de doute sur le seul plan de la pure logique. Si une obligation internationale existe à la charge d'un Etat et si elle est une véritable obligation juridique, le fait qu'elle ait telle origine ou telle autre est une circonstance qui ne peut, en tant que telle, avoir pour effet d'exclure la qualification d'internationalement illicite d'un fait de l'Etat non conforme à ce que cette obligation exige de lui. Si vraiment on devait conclure à la non-illicéité d'un fait de l'Etat en opposition avec une prétendue obligation internationale de cet Etat, la conclusion qui s'imposerait serait plutôt que ladite obligation n'existe pas — ou, du moins, qu'elle n'est pas une obligation juridique. La véritable question posée par une prise en considération de l'origine de l'obligation internationale violée est donc la seconde : celle qui a trait à la possibilité d'une différenciation du régime de responsabilité applicable selon que l'obligation a une origine déterminée plutôt qu'une autre. Quoi qu'il en soit, en accord avec la méthode inductive constamment suivie, on se demandera si et comment les deux questions évoquées ont été traitées dans la jurisprudence internationale, dans la pratique des Etats et dans les écrits des auteurs d'ouvrages scientifiques.

8) La jurisprudence internationale n'a pas eu fréquemment l'occasion de se poser explicitement la question de savoir si l'origine formelle de l'obligation internationale violée par un fait de l'Etat a ou n'a pas d'incidence sur la qualification de ce fait d'« internationalement illicite ». Il suffit cependant d'examiner la masse énorme de sentences internationales dans lesquelles l'existence d'un fait internationalement illicite (et, donc, d'une responsabilité internationale de l'Etat) a été reconnue pour constater que l'infraction attribuée à l'Etat dans ces sentences était

<sup>380</sup> En droit interne, le régime contractuel de la responsabilité civile se distingue du régime extracontractuel notamment en ce qui concerne la détermination de la charge de la preuve, des formes de la réparation, du type d'action judiciaire dont on peut se prévaloir, etc.

<sup>381</sup> Ainsi, l'acte constitutif de certaines organisations internationales prévoit la possibilité de la suspension des droits de membre et même de l'expulsion pour l'Etat membre qui manque à certaines obligations inscrites dans cet acte.

tantôt la violation d'une obligation établie par un traité, tantôt celle d'une obligation d'origine coutumière, tantôt encore, plus rarement il est vrai, celle d'une obligation provenant d'une source différente du droit international. Cette constatation à elle seule suffirait à prouver que, de l'avis des juges et des arbitres qui ont rendu ces sentences, la violation d'une obligation internationale est toujours un fait internationalement illicite, quelle que soit la provenance de l'obligation en question. En outre, il y a quand même certains exemples où des instances judiciaires ou arbitrales internationales ont explicitement exprimé le principe que la violation d'une obligation internationale est toujours un fait internationalement illicite, quelle que soit la provenance de l'obligation en question.

9) Ainsi, en répondant à la question de ce qu'il faut entendre par actes contraires au « droit des gens » dans l'affaire *Goldenberg*, entre l'Allemagne et la Roumanie, réclamation basée sur la disposition énoncée au paragraphe 4 de l'annexe aux articles 297 et 298 du Traité de Versailles, l'arbitre unique, M. R. Fazy, s'est prononcé dans la sentence rendue le 27 septembre 1928 comme suit :

L'expression « droit des gens » a une acception différente suivant qu'on la restreint au droit international écrit ou qu'on l'étend à tout ce qui rentre dans la notion plus large du droit international commun.

Dans l'interprétation de la clause discutée, aucun doute n'est possible. D'une part, comme l'a déjà souligné l'arbitre anglo-allemand, le texte du paragraphe 4 ne contient rien qui permette d'admettre que le Traité ait voulu limiter le droit à une réparation aux cas exceptionnels où le dommage résulterait d'un acte contraire à une des règles expresses du droit international écrit. D'autre part, le préambule du Traité fait, dans son alinéa 3, nettement allusion à l'ensemble des prescriptions du droit international. Enfin et surtout, du moment que le Traité a remis le soin de liquider les dommages dits de neutralité à une juridiction équivalente à celle des cours internationales d'arbitrage habituellement constituées pour connaître de semblables questions, il est évident qu'il a tacitement admis que l'arbitre unique suivrait, dans l'application du droit des gens, la pratique de ces cours. Or, ce que la pratique a toujours été basée, non seulement sur les normes écrites du droit international, mais sur la coutume internationale, les principes généraux reconnus par les nations civilisées et les décisions judiciaires, envisagées comme moyens auxiliaires de déterminer les règles de droit.

L'acte contraire au droit des gens, au sens de la clause discutée, doit donc être défini : *tout acte qui, dans les rapports d'avant-guerre d'Etat à Etat, aurait pu, soumis à une cour d'arbitrage internationale, entraîner une obligation de réparer, d'après les règles générales du droit international commun*<sup>382</sup>.

On peut également mentionner à ce propos la sentence rendue le 22 octobre 1953 dans l'affaire *Armstrong Cork Company* par la Commission Italie/Etats-Unis d'Amérique instituée en vertu de l'article 83 du Traité de paix du 10 février 1947. En ayant déclaré au préalable son adhésion à une définition du fait internationalement illicite qui considère comme tel tout agissement de l'Etat en contradiction « avec une règle quelconque du droit international », la Commission affirme par la suite que la responsabilité de l'Etat entraîne l'obligation de réparer le préjudice causé pour autant que ce préjudice soit la conséquence « du manquement à l'obligation internationale »<sup>383</sup>. La Commission indique ainsi qu'elle voit un fait

internationalement illicite dans la violation de toute obligation découlant d'une règle quelconque du droit international.

Le principe en question se trouve aussi parfois explicité lorsqu'une instance judiciaire ou arbitrale internationale reconnaît à un Etat le droit d'introduire auprès d'elle un recours dès lors que cet Etat peut alléguer la violation d'une obligation créée par une règle de droit international et qu'elle précise en même temps que cette règle peut être aussi bien une règle conventionnelle qu'une règle d'une autre origine. Un exemple récent d'une référence expresse au principe dans un contexte de ce genre peut être trouvé dans le jugement rendu le 5 février 1970 par la CIJ en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, où on lit que « le Gouvernement belge aurait qualité pour introduire une réclamation s'il pouvait établir qu'un de ses droits a été lésé et que les actes incriminés ont entraîné la violation d'une obligation internationale née d'un traité ou d'une règle générale de droit »<sup>384</sup>.

10) D'autre part, le silence aussi peut être une preuve de la même conviction des instances judiciaires ou arbitrales internationales. C'est le cas, par exemple, quand un juge ou un arbitre international donne une définition générale des conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite et de la responsabilité de l'Etat et mentionne à cette fin la violation d'une obligation juridique internationale ou, sous une forme moins correcte, la violation d'une règle de droit international, mais ne fait à ce sujet aucune restriction quant à l'origine de l'obligation ou à la source de la règle qui sont mises en cause<sup>385</sup>. Ainsi, la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique, créée par la convention du 8 septembre 1923, a indiqué, dans la sentence de juillet 1931 relative à l'*Affaire de la Dickson Car Wheel Company*, quelles étaient à son avis les conditions de l'attribution d'une responsabilité internationale à l'Etat, en requérant que « un acte illicite international lui soit imputé, c'est-à-dire qu'il existe une violation d'une obligation imposée par une norme juridique internationale »<sup>386</sup>.

11) Il apparaît donc clairement que la jurisprudence internationale n'attribue à l'origine de l'obligation internationale violée aucune incidence sur la qualification d'internationalement illicite du fait de l'Etat réalisant la violation. Cela dit, il y a encore lieu de se demander — et c'est ce qui importe plus — si, d'après la même jurisprudence, l'origine de l'obligation internationale violée par un tel fait n'a pas non plus d'incidence sur la détermination de la responsabilité internationale qui en découle, de sorte que l'on devrait distinguer, en fonction de cette origine, des catégories différentes de faits inter-

<sup>384</sup> C.I.J. Recueil 1970, p. 46.

<sup>385</sup> Dans une série de sentences relatives aux « Réclamations des sujets italiens résidant au Pérou », rendues le 30 septembre 1901, l'arbitre Gil de Urbarri, désigné par la commission italo-péruvienne établie le 25 novembre 1899, a rappelé que « [...] un principe de droit international universellement reconnu veut que l'Etat soit responsable des violations du droit des gens commises par ses agents » (Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XV [publication des Nations Unies, numéro de vente : 66.V.3], p. 399 [réclamation Chiessa], p. 401 [réclamation Sessarego], p. 404 [réclamation Sanguinetti], p. 407 [réclamation Vercelli], p. 408 [réclamation Queirolo], p. 409 [réclamation Roggero] et p. 411 [réclamation Miglia]).

<sup>386</sup> *Ibid.*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 678 (tr. de l'original anglais). Dans une autre sentence, toujours de juillet 1931, relative à l'*Affaire de l'International Fisheries Company*, la même commission a affirmé qu'elle tenait les Etats pour responsables de tout comportement qui violerait « un quelconque principe de droit international » (« some principle of international law ») (*ibid.*, p. 701).

<sup>382</sup> Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.1), p. 908 et 909.

<sup>383</sup> *Ibid.*, vol. XIV (numéro de vente : 65.V.4), p. 163 (« of the inobservance of the international obligation » dans l'original anglais).

nationalement illicites. Ce problème ne semble pas non plus s'être posé directement à l'attention d'une juridiction internationale. Toutefois, un examen d'ensemble des décisions de la jurisprudence internationale permet de constater que l'origine des différentes obligations n'a pas davantage joué de rôle à cet égard. Nulle distinction d'après un tel critère ne ressort de la détermination des conséquences du fait internationalement illicite. L'origine coutumière, conventionnelle ou autre de l'obligation transgressée n'a pas été invoquée pour justifier, par exemple, le choix d'une forme de réparation plutôt que d'une autre ni pour déterminer le sujet autorisé à mettre en cause la responsabilité.

12) La pratique des Etats n'apporte pas d'autres réponses aux questions qui font l'objet du présent article. Il suffira de rappeler ici les opinions exprimées par les gouvernements à l'occasion des travaux préparatoires de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930) et, ensuite, lors des débats au sein de la Troisième Commission de la Conférence. Dans la demande d'informations adressée aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence ne figurait aucune proposition spécialement destinée à sonder les opinions des pays invités sur la question de savoir si la violation d'une obligation créée par un traité devait ou non avoir des conséquences différentes de celle du manquement à une obligation d'origine coutumière ou autre. Toutefois, cette question était implicitement contenue dans le libellé des points II, III et IV de la demande d'informations.

13) Les réponses des gouvernements au point II — où on leur demandait s'ils étaient d'accord avec le contenu d'une proposition dans laquelle on soulignait d'abord que le fait d'appartenir à « la communauté de droit international » obligeait les Etats à se conformer aux « directives d'organisation » et aux « règles qui gouvernent en général la conduite des Etats » et on en tirait ensuite la conclusion « qu'un Etat qui manquerait de se conformer à cette obligation [...] engagerait sa responsabilité »<sup>387</sup> — furent toutes affirmatives. Parmi ces réponses, on en relève certaines qui distinguaient quant à la source trois catégories différentes de règles de droit international imposant des obligations aux Etats en matière de traitement des étrangers (stipulations des traités; règles spéciales de droit coutumier; normes générales de droit coutumier), tout en précisant que l'atteinte à l'une quelconque des obligations provenant de ces trois sources entraînait directement la responsabilité de l'Etat<sup>388</sup>. Egalement affirmatives furent les réponses des gouvernements à la question de savoir si la responsabilité de l'Etat se trouvait engagée pour avoir adopté des dispositions législatives (point III, n° 1)<sup>389</sup> — ou des décisions judiciaires (point IV, n° 2)<sup>390</sup> — incompatibles avec ses « obligations découlant d'un traité » ou avec ses « autres obligations internationales » ou pour avoir négligé de le faire en exécution de telles obligations. Aucun d'entre eux ne proposa de faire la distinction, quant à l'existence de la responsabilité de l'Etat, entre la

violation d'une obligation imposée par un traité et celle d'une obligation ayant une autre origine, quelle qu'elle fût<sup>391</sup>.

14) Compte tenu des réponses reçues, le Comité préparatoire rédigea des bases de discussion où l'on faisait état des obligations internationales existant à la charge de l'Etat « en vertu de traités ou à un autre titre<sup>392</sup> » ainsi qu'aux « obligations découlant d'un traité » ou aux « autres obligations internationales de l'Etat »<sup>393</sup>. Lors de l'examen de ces bases à la Troisième Commission de la Conférence, on vit qu'il y avait un accord général pour reconnaître que la violation de n'importe quelle obligation internationale engagerait la responsabilité internationale de l'Etat. S'il y eut des divergences, ce fut seulement sur le point de savoir quelles étaient les sources des obligations internationales<sup>394</sup>. On s'accorda finalement pour en indiquer trois : les conventions, la coutume et les principes généraux du droit. On parvint ainsi à l'approbation du texte de l'article I<sup>er</sup>, qui établissait que toute violation d'une obligation internationale comporte une responsabilité internationale de l'Etat, et à celle de l'article 2, qui précisait que

Les obligations internationales visées par la présente convention sont celles qui (en vertu du droit conventionnel ou coutumier, ainsi que des principes généraux du droit) ont pour objet d'assurer aux personnes et aux biens des étrangers un traitement conforme aux règles admises par la communauté internationale<sup>395</sup>.

Nous pouvons faire abstraction de la question — qui ne nous intéresse pas — de savoir si cet article déterminerait ou non de manière complète et exhaustive les sources possibles d'obligations internationales en la matière formant objet du projet de convention<sup>396</sup>. Mais ce qui ne semble pas faire de doute, c'est que l'intention de la Commission était de mettre sur le même plan, aux fins de la responsabilité engagée par la violation d'une obligation internationale, toutes les obligations juridiques internationales existant dans le domaine du traitement des étrangers, sans faire à cet effet de distinction quant à l'origine formelle desdites obligations.

15) Les conclusions qui se dégagent des travaux de la Conférence de 1930 en ce qui concerne la question de

<sup>387</sup> Pour ces réponses, voir *ibid.*, p. 25 et suiv., 41 et suiv., et *Supplément au tome III...* (*op. cit.*), p. 2, 6 et suiv.

<sup>388</sup> Bases de discussion n° 2 et n° 7, concernant des dispositions législatives et des faits d'organes exécutifs (SDN) *Bases de discussion...* [*op. cit.*], p. 30 et 55, respectivement. Texte reproduit dans *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 223, doc. A/CN.4/96, annexe 2.

<sup>389</sup> Base de discussion n° 5 (*ibid.*, p. 48). Texte reproduit dans *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 224, doc. A/CN.4/96, annexe 2.

<sup>390</sup> L'insistance de la Troisième Commission à vouloir traiter de la question des sources était probablement liée au fait que le projet de convention était censé couvrir toute la matière de fond des obligations des Etats touchant le traitement des étrangers. La discussion portait surtout sur le point de savoir s'il était ou non possible de se référer aux principes généraux du droit pour en déduire des obligations internationales des Etats en la matière. Voir SDN, *Actes de la Conférence pour la codification du droit international* [La Haye, 13 mars - 12 avril 1930], vol. IV, *Procès-verbaux de la Troisième Commission* (C.351[c].M.145[c].1930.V), p. 32 et suiv., 112, 116, 159 et suiv.

<sup>391</sup> Le texte de l'article est reproduit dans *l'Annuaire... 1956*, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3.

<sup>392</sup> On retrouve là l'erreur, dénoncée dans le commentaire introductif du chapitre III, qui consiste à vouloir faire, à propos de la définition des règles sur la responsabilité, une détermination des sources du droit international, au lieu de se borner à statuer que la responsabilité des Etats est engagée par la violation de toute obligation juridique internationale, quelle qu'en soit l'origine.

<sup>387</sup> SDN, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75.M.69.1929.V), p. 20.

<sup>388</sup> Voir réponse de l'Autriche (*ibid.*, p. 21). Pour les autres réponses, voir *ibid.*, p. 20 et suiv.; et SDN, *Supplément au tome III* (C.75[a].M.69[a].1929.V), p. 2 et 6.

<sup>389</sup> SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 25.

<sup>390</sup> *Ibid.*, p. 41.

savoir si l'origine de l'obligation violée pourrait avoir une influence sur la responsabilité internationale qui est rattachée à un fait internationalement illicite sont également négatives. Une même et unique forme de responsabilité, l'obligation de réparer le préjudice causé, était envisagée — dans la demande d'informations du Comité préparatoire — pour toute violation d'une obligation internationale concernant le traitement des étrangers. Aucun des gouvernements qui répondirent n'exprima un avis différent<sup>397</sup>. D'autre part, au point XIV de la demande d'informations, qui concernait précisément la réparation, on en prévoyait différentes formes, mais le choix entre celles-ci ne dépendait nullement de la source de l'obligation violée<sup>398</sup>. Cette source ne jouait pas davantage de rôle aux fins de la distinction faite dans la base de discussion n° 29 entre les divers types de conséquences entraînées par la violation d'obligations internationales en matière de préjudice aux étrangers<sup>399</sup>. Lors du débat sur cette « base » à la Sous-Commission, puis à la Troisième Commission elle-même, personne ne suggéra d'appliquer des types différents de responsabilité suivant que l'obligation enfreinte était d'origine conventionnelle, coutumière ou autre<sup>400</sup>. L'article 3, adopté par trente-deux voix, sans opposition, était libellé comme suit :

La responsabilité internationale de l'Etat comporte le devoir de réparer le dommage subi en tant qu'il est la conséquence de l'inobservation de l'obligation internationale<sup>401</sup>.

Rapproché de celui de l'article 2<sup>402</sup>, ce texte montre que, pour les participants à la Conférence, la violation d'une obligation internationale en la matière proposée pour la codification entraînait toujours les mêmes effets du point de vue de la responsabilité internationale, que cette obligation découlât d'un traité, d'une coutume ou d'un principe général du droit.

16) Il paraît également utile de rappeler à ce propos qu'aucune suggestion n'a été faite, lors de la discussion des rapports de la CDI à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, de soumettre les violations d'obligations d'origine conventionnelle, coutumière ou autre à des régimes différents de responsabilité. S'il est vrai que des membres de la Sixième Commission ont parfois recommandé que la CDI étudie spécialement les conséquences de la violation des obligations découlant de certains principes de la Charte des Nations Unies ou de certaines résolutions de l'Assemblée générale<sup>403</sup>, il paraît toutefois que la raison d'être de ces suggestions tenait au contenu particulièrement important des obligations en question plutôt qu'à leur origine.

<sup>397</sup> SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 20 et suiv., et *Supplément au tome III* (op. cit.), p. 2 et 6.

<sup>398</sup> Pour le point XIV et pour les réponses des gouvernements, voir SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), respectivement p. 146 et suiv., et *Supplément au tome III* (op. cit.), p. 4, 24 et suiv.

<sup>399</sup> Voir SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 151 et 152, et *Annuaire...* 1956, vol. II, p. 225, doc. A/CN.4/96, annexe 2.

<sup>400</sup> Voir SDN, *Actes de la Conférence...* (op. cit.), p. 111, 129 et suiv.

<sup>401</sup> *Ibid.*, p. 237, et *Annuaire...* 1956, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3.

<sup>402</sup> Voir ci-dessus par. 14.

<sup>403</sup> C'est ce qu'ont fait, par exemple, les représentants de la Jamaïque, en 1970, et de la Roumanie, en 1973 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-cinquième session, Sixième Commission*, 1188<sup>e</sup> séance, par. 35, et *ibid.*, vingt-huitième session, Sixième Commission, 1405<sup>e</sup> séance, par. 18).

17) Les projets privés de codification de la responsabilité des Etats, ainsi que ceux qui ont été élaborés sous les auspices d'organisations internationales, s'inspirent des mêmes critères que ceux qu'ont révélés la pratique des Etats et la jurisprudence internationale. La plupart de ces projets rattachent une responsabilité internationale à la violation d'une obligation internationale sans tenir compte de l'origine de l'obligation en cause<sup>404</sup>. Dans quelques rares cas, la proposition selon laquelle le manquement à une obligation internationale engage la responsabilité de l'Etat est suivie d'une indication de ce qu'on estime être les sources des obligations internationales. Cependant, si de telles indications permettent de conclure que, pour les auteurs de ces projets, il n'existe pas en la matière à laquelle ils se réfèrent d'autres obligations internationales que celles qui émanent des sources énumérées, nul doute par contre que, pour ces mêmes auteurs, la violation d'une obligation internationale, qu'elle provienne de l'une ou de l'autre desdites sources, constitue toujours un fait internationalement illicite et entraîne toujours une responsabilité internationale<sup>405</sup>. Il est intéressant de noter qu'il y a des projets où l'on prévoit expressément que les obligations internationales dont la violation engage la responsabilité de l'Etat sont celles qui « découlent de l'une quelconque des sources du droit international<sup>406</sup> ». De surcroît, aucun des projets auxquels l'on se réfère ne prévoit l'application de régimes différents de responsabilité suivant que l'obligation enfreinte a été puisée à une source plutôt qu'à une autre.

18) Les ouvrages des auteurs ne font que peu de place à la question de l'incidence éventuelle de l'origine de l'obligation internationale violée. De nombreux auteurs se bornent à affirmer qu'il y a fait internationalement illicite et, par conséquent, responsabilité internationale pour autant qu'il y ait violation d'une obligation internationale. Ce silence des auteurs équivaut à une reconnaissance implicite que l'origine de l'obligation, sa source formelle, est sans incidence sur la qualification d'un fait de l'Etat comme internationalement illicite ainsi que sur les consé-

<sup>404</sup> Voir p. ex. art. 1<sup>er</sup> du projet préparé en 1926 par la branche japonaise de l'International Law Association et la Kokusaiho Gakkai (Association de droit international du Japon) [*Annuaire...* 1969, vol. II, p. 146, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe II]; règle I, premier alinéa, du projet adopté en 1927 par l'Institut de droit international (*Annuaire...* 1956, vol. II, p. 228, doc. A/CN.4/96, annexe 8); art. 1<sup>er</sup>, par. 1, du projet de 1930 de la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (*Annuaire...* 1969, vol. II, p. 155, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VIII); art. 1<sup>er</sup>, premier alinéa, du projet de 1927 de K. Strupp (*ibid.*, p. 158, annexe IX); art. 1<sup>er</sup> du projet de 1932 de A. Roth (*ibid.*, annexe X); et art. 1<sup>er</sup> du récent projet de B. Gräfrath et P. A. Steiniger (B. Gräfrath et P. A. Steiniger, « Kodifikation der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit », *Neue Justiz*, Berlin, 1973, n° 8, p. 227). Parmi les projets préparés sous les auspices d'organisations internationales, voir base n° I, par. 1, des bases de discussion de F. V. García Amador (*Annuaire...* 1956, vol. II, p. 219, doc. A/CN.4/96, par. 241).

<sup>405</sup> Voir les points 1 et 3 des conclusions du « rapport Guerrero » (de 1926) [*Annuaire...* 1956, vol. II, p. 222 et 223, doc. A/CN.4/96, annexe I]. Voir aussi les articles I, II, et III, al. b, de l'opinion préparée par le Comité juridique interaméricain en 1965 sur les « principes du droit international régissant, selon la conception des Etats-Unis d'Amérique, la responsabilité de l'Etat » (*Annuaire...* 1969, vol. II, p. 160, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe XV). Voir, enfin, le paragraphe 165 de la *Restatement of the Law* préparée en 1965 par l'American Law Institute (*Annuaire...* 1971, vol. II [1<sup>er</sup> partie], p. 203, doc. A/CN.4/217/Add.2).

<sup>406</sup> Art. 2, par. 2, du projet révisé présenté en 1961 par F. V. García Amador (*Annuaire...* 1961, vol. II, p. 48, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif). La même formule figurait dans l'art. 1<sup>er</sup>, par. 2, du projet présenté par le même auteur en 1957 (*Annuaire...* 1957, vol. II, p. 145, doc. A/CN.4/106, annexe).

quences qu'en matière de responsabilité le droit international rattache à un tel fait<sup>407</sup>. Il est d'ailleurs à noter qu'il y a aussi des auteurs qui mettent explicitement en évidence que le droit international ne fait aucune distinction entre les faits internationalement illicites d'après l'origine de l'obligation violée et qui formulent parfois très clairement cette conclusion<sup>408</sup>. Ajoutons, finalement, que certains auteurs qui se sont expressément interrogés, à la lumière de la logique des principes, sur l'opportunité d'étendre au droit international la distinction typique des ordres juridiques internes entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle ont généralement répondu par la négative<sup>409</sup>.

<sup>407</sup> Parmi les ouvrages consacrés à la responsabilité internationale des Etats en général, cette conclusion s'impose, par exemple, pour Ch. de Visscher, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana*, Leyde, Brill, 1924, t. II, p. 91, 118 et 119; C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, New York University Press, 1928, p. 3 et suiv., 182 et suiv.; R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours... 1939-II*, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 419 et suiv., et surtout 441 et suiv.; H. Accioly, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *Recueil des cours... 1959-I*, Leyde, Sijthoff, 1960, t. 96, p. 353 et suiv., 413 et suiv.; D. B. Levin, *Otvetstvennost gosoudarstv v sovremenno mejdounarodnom prave*, Moscou, Mejdounarodnye otnocheniya, 1966, notamment p. 19; E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », *Manual of Public International Law*, éd. par Sørensen, Londres, Macmillan, 1968, p. 531 et suiv., notamment p. 533 et 534. Parmi les ouvrages qui se limitent à l'étude des conséquences du fait internationalement illicite, voir J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, Sirey, 1939. Parmi les ouvrages généraux de droit international, voir C. C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2<sup>e</sup> éd. rev., Boston, Little, Brown, 1951, vol. 2, p. 882; H. W. Briggs, *The Law of Nations*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1953, notamment p. 615 et 616; G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7<sup>e</sup> éd., Padoue, CEDAM, 1967, p. 347; Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *Kours mejdounarodnogo prava*, rédaction générale par F. I. Kojevnikov et al., Moscou, Nauka, 1969, t. V, notamment p. 420.

<sup>408</sup> Voir K. Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, Kohlhammer, 1920, t. III, 4<sup>e</sup> partie, p. 9 et suiv.; L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8<sup>e</sup> éd. [Lauterpacht], Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, p. 343; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 171 et suiv.; G. Schwarzenberger, *International Law*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1957, vol. I, p. 582 (« la violation de toute obligation internationale, que celle-ci repose sur la *lex inter partes* d'un traité, sur une règle de droit international coutumier ou sur un principe général de droit reconnu par les nations civilisées, constitue un acte dommageable sur le plan international [international tort] »); C. F. Amerasinghe, *op. cit.*, p. 43; A. Verdross, *Völkerrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Vienne, Springer, 1964, p. 373; A. Schüle, « Völkerrechtliches Delikt », *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, de Gruyter, 1960, t. I, p. 329 et 330; I. von Münch, *Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Francfort-sur-le-Main, Keppler, 1963, p. 136. Pour L. Reitzer, l'origine de l'obligation violée n'entraîne pas non plus de différence quant aux formes de responsabilité, mais l'auteur souligne qu'en cas de violation d'un « traité » par l'une des parties contractantes, l'autre partie est en droit de dénoncer le traité en question, même sans avoir préalablement essayé d'obtenir réparation (*La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris, Sirey, 1938, p. 213).

<sup>409</sup> Voir p. ex. M. Scerni, « Responsabilità degli Stati », *Nuovo Digesto Italiano*, Turin, vol. XI, 1939, p. 472 et 473; P. Reuter, « La responsabilité internationale », *Droit international public* (cours), Paris, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956, p. 55; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1962, t. III, p. 1515; L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964, p. 352 et 353; G. I. Tunkin, *Droit international public — Problèmes théoriques*, Paris, Pédone, 1965, p. 192 et 193; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 355 et 356; E. Vitta, « Responsabilità degli Stati », *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, vol. XV, 1968, p. 736 et 737; R. Monaco, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2<sup>e</sup> éd., Turin, Unione tipografico-editrice torinese, 1971, p. 549 et 550.

19) L'analyse de la pratique des Etats, de la jurisprudence internationale et de la doctrine permet d'arriver à cette double conclusion : a) que l'origine de l'obligation internationale violée par un fait de l'Etat n'a pas d'incidence sur la qualification de ce fait d'internationalement illicite; b) que l'origine de l'obligation internationale violée n'a pas non plus d'incidence, comme telle, sur le régime de la responsabilité internationale engagée par un fait internationalement illicite. On pourrait certes se demander, et la Commission l'a fait, s'il y aurait des raisons valables qui justifieraient de modifier, *de jure condendo*, cet état de choses. La Commission est cependant d'avis que tel n'est pas le cas. Une différenciation, en fonction de l'origine de l'obligation violée, de la responsabilité internationale rattachée aux faits internationalement illicites — une différenciation qui serait basée, par exemple, sur la distinction entre obligations internationales d'origine conventionnelle et obligations internationales d'origine coutumière, ou encore sur la distinction entre obligations internationales établies par un traité-contract et obligations internationales établies par un traité normatif — ne se justifierait aucunement. L'idée de distinguer en droit international la responsabilité contractuelle de la responsabilité extracontractuelle ne procéderait que d'une assimilation erronée de la situation qui existe en droit international à celle, entièrement autre, qui est propre au droit interne.

20) Ce n'est qu'un faux parallélisme que celui qu'on établirait entre loi interne et coutume internationale, d'une part, et entre contrat de droit interne et traité international, d'autre part. Une partie seulement de la vaste masse de traités internationaux présente des caractères qui rappellent ceux des contrats de droit privé. Dans l'ordre juridique international, la tâche d'établir des règles communes de conduite revient non seulement à la coutume internationale, mais aussi aux traités internationaux, notamment aux traités multilatéraux, car dans la communauté internationale il n'existe pas d'instrument autoritaire, telle la loi, pour la création de règles de droit objectif<sup>410</sup>. Il ne faut pas oublier non plus que de nombreuses normes de droit international coutumier ont maintenant été codifiées au moyen de traités multilatéraux, de sorte que la même obligation est parfois prévue par une règle coutumière et par une règle codifiée conventionnellement. Dans une situation de ce genre, il ne serait pas logique de rattacher des conséquences juridiques différentes en matière de responsabilité internationale à deux comportements illicites identiques, pour la seule raison que, dans un cas, l'Etat qui a violé l'obligation était partie à la convention de codification en question et que, dans l'autre, il n'était soumis qu'à la règle coutumière<sup>411</sup>. Pour ce qui est de la distinction entre traités normatifs et traités-contracts, il convient de rappeler qu'elle n'est pas aisée à faire dans la pratique. Rien n'empêche les Etats de se servir d'un seul et même traité pour remplir à la fois des fonctions normatives et des fonctions contractuelles. Il y a donc une trop large zone d'ombre entre les traités se qualifiant clairement de traités-lois et les traités rentrant indubitablement dans la catégorie des traités-contracts pour qu'on puisse établir, sur une telle base, des distinc-

<sup>410</sup> Il y a aujourd'hui encore des auteurs qui conçoivent la coutume internationale comme un traité tacite. Pour les tenants d'une telle conception, il serait impossible de concevoir l'application d'un régime de responsabilité différent à la violation d'obligations découlant de sources qui, à leurs yeux, sont de la même nature.

<sup>411</sup> Voir p. ex. Tunkin, *op. cit.*, p. 192 et 193.

tions en ce qui concerne les conséquences que les faits internationalement illicites entraînent sur le plan de la responsabilité internationale. Une différenciation des conséquences juridiques qui découlent des faits internationalement illicites selon que l'obligation violée est énoncée dans un traité normatif ou dans un traité-contrat ne ferait qu'introduire dans la pratique des incertitudes dangereuses en matière de responsabilité internationale, incertitudes qu'il convient à tout prix d'éviter<sup>412</sup>.

21) On pourrait peut-être voir dans l'existence de principes dits « constitutionnels » ou « fondamentaux » de l'ordre juridique international une base plus solide pour établir une distinction entre la responsabilité internationale engagée comme conséquence de la violation d'une obligation découlant d'un de ces principes et celle qui résulterait de la violation d'autres obligations internationales. Il est indéniable que les obligations imposées aux Etats par certains des principes auxquels on fait allusion touchent parfois aux intérêts vitaux de la communauté internationale et qu'à ce titre leur violation mérite, dans certains cas, un régime de responsabilité plus sévère que celui qui est rattaché à d'autres faits internationalement illicites. Mais la prééminence de ces obligations par rapport à d'autres est fonction de leur objet, et non pas du processus de leur création. Ce n'est, une fois de plus, que par une assimilation erronée de la situation du droit international à celle du droit interne que certains ont pu voir dans les principes « constitutionnels » ou « fondamentaux » de l'ordre juridique international une « source » indépendante et supérieure d'obligations internationales. En réalité, il n'y a pas dans l'ordre juridique international de source spécialement destinée à créer les principes dits « constitutionnels » ou « fondamentaux ». Les principes que l'on a à l'esprit lorsqu'on se sert des termes en question sont eux-mêmes des règles coutumières ou des règles consacrées dans des traités, voire des règles émanant d'organismes ou de processus eux-mêmes institués par des traités. Ce n'est donc pas sur la base de leur « origine » qu'on peut justifier que la responsabilité internationale rattachée à la violation de certaines obligations établies par ces principes soit plus sévère, mais plutôt en tenant compte du fait indéniable que la communauté internationale a un intérêt plus grand à voir ses membres se comporter conformément à ce que ces obligations fondamentales exigent concrètement. Il appartient donc à un autre article du projet, l'article 19, de faire la distinction qui s'impose entre les faits internationalement illicites qui découlent de la violation d'obligations d'importance fondamentale pour la communauté internationale et les faits internationalement illicites qui résultent de la violation d'autres obligations juridiques internationales.

22) Ce sont des considérations du même ordre qui ont amené la Commission à conclure qu'une référence à la Charte des Nations Unies n'était pas non plus nécessaire dans l'article 17. La Charte étant un traité, les obligations qu'elle contient sont, du point de vue de leur origine, des obligations conventionnelles. L'importance toute particulière que présente la Charte des Nations Unies pour l'élaboration du chapitre III du projet ne découle pas d'une sorte de source formelle supérieure qui serait à l'origine des obligations y figurant, mais du fait que

<sup>412</sup> Il a été dit à ce propos que, bien que la théorie qui fait la distinction entre traités-lois et traités-contrats recouvre une certaine partie de vérité, « il est impossible de lui rattacher une différence quelconque dans le régime de la responsabilité internationale » (Reuter, *loc. cit.*, p. 55).

certaines de ces obligations sont des obligations essentielles pour la vie de la communauté internationale. C'est donc encore une fois dans le cadre de l'article 19 du projet qu'il faudra tenir compte des obligations particulièrement importantes que la Charte des Nations Unies énonce, ainsi que de toute autre obligation internationale présentant la même importance vitale pour la communauté internationale dans son ensemble.

23) La Commission s'est également demandé si l'article 17 ne devrait pas contenir une réserve expresse relative à la disposition qui figure dans l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. Elle a cependant conclu par la négative. Sans préjuger en aucune façon de l'interprétation de l'Article 103 ni de ses effets sur les rapports entre les Etats Membres ainsi que sur les relations entre les Membres des Nations Unies et les Etats non membres, il semble à la Commission que les conséquences de l'application du principe énoncé dans cet article de la Charte n'ont pas trait à la responsabilité internationale découlant de la violation d'obligations internationales, mais plutôt à la validité de certaines obligations conventionnelles en cas de conflit entre ces obligations et celles qui ont été contractées par les Membres des Nations Unies en vertu de la Charte. Comme résultat de la disposition qui figure dans l'Article 103, une obligation prévue par un accord en vigueur entre deux Etats Membres des Nations Unies mais en conflit avec celles de la Charte devient sans effet dans la mesure où il y a conflit. Elle ne pourra donc pas faire l'objet d'une violation engageant la responsabilité internationale. Et si l'obligation en conflit avec les obligations qui sont établies par la Charte lie un Etat Membre et un Etat non membre, le problème qui se présentera sera celui qui surgit normalement en cas de conflit entre des obligations contractées par un Etat avec des Etats différents — à moins que la règle de la Charte établissant une certaine obligation ne soit entre-temps devenue une règle impérative du droit international général, s'imposant comme telle à tous les Etats. Aucun problème spécial de responsabilité n'est donc à résoudre. Les raisons qui justifient la réserve de l'Article 103 de la Charte figurant à l'article 30 de la Convention de Vienne<sup>413</sup> ne semblent donc pas imposer une solution semblable dans l'article 17 du présent projet.

24) Compte tenu des considérations qui précèdent, le paragraphe 1 de l'article dispose que le fait d'un Etat qui constitue une violation d'une obligation internationale est un fait internationalement illicite quelle que soit l'origine, coutumière, conventionnelle ou autre, de cette obligation. Le principe de la non-pertinence de la provenance de l'obligation internationale en cause aux fins de la qualification d'internationalement illicite d'un fait de l'Etat non conforme à ce qui est requis de lui par cette obligation est ainsi clairement affirmé. On peut soutenir que ce principe ressort déjà implicitement du libellé de l'alinéa b de l'article 3, mais la Commission est d'avis qu'il convient de l'énoncer expressément dans l'article 17. Il est préférable que l'Etat victime puisse fonder sa réaction légitime sur un texte clair et explicite afin d'être à l'abri des interprétations ou des prétextes que l'Etat auteur de l'infraction pourrait invoquer pour se soustraire à sa responsabilité internationale.

25) En adoptant la formule « quelle que soit l'origine, coutumière, conventionnelle ou autre » de l'obligation internationale, la Commission entend en réalité se référer à toutes les « sources » possibles d'obligations interna-

<sup>413</sup> Voir ci-dessus note 42.

tionales, c'est-à-dire tous les procédés de création d'obligations juridiques admises en droit international. Certains membres de la Commission ont estimé à ce propos que le mot « source » convenait mieux que le mot « origine », et ils ont aussi invoqué à l'appui de leur position le fait que le Préambule de la Charte des Nations Unies emploie la formule « traités et autres sources du droit international ». D'autres membres ont cependant fait valoir que le Préambule de la Charte se réfère aux « sources » des « règles de droit » et non pas des « obligations » imposées par ces règles aux Etats, comme le fait le présent article. De surcroît, ils ont noté que le mot « origine » rendait le sens désiré sans risquer de provoquer des doutes auxquels un terme comme celui de « source » — utilisé parfois pour désigner non seulement une « source formelle », mais aussi une « source matérielle » du droit — pouvait donner lieu. La Commission dans son ensemble a finalement retenu le terme « origine », en le qualifiant cependant par l'adjonction, à titre d'exemplification, des adjectifs « coutumière, conventionnelle ou autre », afin de ne laisser subsister aucune équivoque.

26) Le *paragraphe 2* de l'article énonce la règle selon laquelle l'origine de l'obligation internationale violée par un Etat est sans effet sur la responsabilité internationale engagée par le fait internationalement illicite de cet Etat. Le fait que l'obligation internationale de la violation de laquelle il s'agit ait été établie, par exemple, par une règle coutumière ou par une disposition conventionnelle ou par un principe général de droit applicable dans l'ordre juridique international, ou encore par tout autre procédé admis en droit international, ne justifie pas, en tant que telle, la soumission de l'Etat auteur de la violation à des conséquences juridiques différentes.

27) Par l'expression « est sans effet sur la responsabilité internationale », la Commission entend précisément se référer aux conséquences qui découlent pour l'auteur du fait internationalement illicite de la violation de l'obligation internationale aussi bien sous l'aspect des formes de responsabilité applicables (réparation, satisfaction, sanctions, etc.) que sous celui de la détermination du sujet autorisé à faire valoir la responsabilité (Etat directement lésé, autres Etats, ensemble des Etats qui composent la communauté internationale, etc.). L'origine de l'obligation internationale violée étant « sans effet » sur tout cela, une distinction entre types différents de faits internationalement illicites ayant comme critère l'origine de l'obligation n'a pas de raison d'être en droit international général. L'expression « sur la responsabilité internationale » a paru, de préférence à d'autres qui ont aussi été prises en considération, comme la plus compréhensive, et en même temps la plus susceptible d'éviter des malentendus et des confusions avec des notions distinctes.

Article 18

Condition que l'obligation internationale soit en vigueur à l'égard de l'Etat

1. Le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale ne constitue une violation de cette obligation que si ce fait a été accompli à un moment où l'obligation était en vigueur à l'égard de cet Etat.

2. Toutefois, le fait de l'Etat qui, au moment où il a été accompli, n'était pas conforme à ce qui était requis de lui par une obligation internationale en vigueur à l'égard de cet Etat n'est plus considéré comme un fait internationalement illicite si, par la suite, un tel fait est devenu obligatoire en vertu d'une norme impérative du droit international général.

3. Si le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale a un caractère de continuité, il n'y a violation de cette obligation qu'en regard de la période durant laquelle le fait se déroule pendant que l'obligation est en vigueur à l'égard de cet Etat.

4. Si le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale est composé d'une série d'actions ou omissions relatives à des cas distincts, il y a violation de cette obligation si un tel fait peut être considéré comme constitué par les actions ou omissions accomplies pendant la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de cet Etat.

5. Si le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale est un fait complexe constitué d'actions ou omissions du même organe ou d'organes différents

de l'Etat par rapport à un même cas, il y a violation de cette obligation si le fait complexe non conforme à celle-ci commence par une action ou omission accomplie pendant la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de cet Etat, même si ce fait est complété après cette période.

Commentaire \*/

1) L'article 16 du projet d'articles énonce le principe général selon lequel il y a violation d'une obligation internationale par un Etat lorsqu'un fait dudit Etat se révèle comme non conforme à ce qui est requis de lui par cette obligation. Le présent article complète en quelque sorte cette disposition en précisant à quel moment l'obligation internationale doit avoir été en vigueur pour que l'on puisse reconnaître une « violation » de cette obligation dans le fait de l'Etat et, par conséquent, pour que l'on puisse qualifier ce fait d'« internationalement illicite ».

2) La nécessité d'une telle précision provient du fait que les règles du droit international, et par conséquent les obligations qu'elles imposent aux Etats, ne sont pas immuables : elles naissent et meurent. Et puisqu'un fait de l'Etat se réalise à un moment donné ou pendant une période déterminée, trois hypothèses peuvent se présenter : a) le fait en question n'est pas conforme à ce qui est requis de l'Etat par une obligation qui a commencé mais qui a aussi cessé d'exister pour l'Etat dont il s'agit avant qu'il accomplisse ledit fait ; b) ce fait n'est pas conforme à ce qui est requis de l'Etat par une obligation qui a commencé d'exister pour l'Etat avant qu'il accomplisse ce fait et se trouve encore à sa charge lorsqu'il accomplit le fait en question<sup>414</sup> ; c) ce fait n'est pas conforme à ce qui est requis de l'Etat par une obligation qui n'a été mise à la charge de l'Etat qu'après qu'il a accompli le fait en question.

3) Compte tenu de ces trois possibilités, le *paragraphe 1* de l'article énonce la règle de base en la matière. Cette règle consacre le principe général suivant : pour qu'un fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis par une

---

Annuaire ... 1976, vol. II (deuxième partie), p. 81 à 89.

<sup>414</sup> Comme on l'indiquera par la suite, l'hypothèse formulée sous b) peut se compliquer au cas où le fait de l'Etat, n'étant pas un fait instantané mais un fait s'étalant dans le temps, débiterait mais ne se terminerai pas pendant la période où l'obligation est en vigueur pour l'Etat, ou *vice versa*.

obligation internationale puisse être qualifié de « violation » de ladite obligation par cet Etat, il faut — et en même temps il suffit — que l'obligation ait été à la charge de l'Etat en question au moment où le fait s'est produit.

4) Le paragraphe 2 prévoit une exception à la règle de base énoncée au paragraphe 1. Cette exception concerne un cas très spécial dans lequel il faut admettre qu'un fait déterminé qui, lorsqu'il a été accompli, n'était pas conforme à une obligation internationale se trouvant alors à la charge de l'Etat auteur de ce fait cesse par la suite d'être considéré comme un fait internationalement illicite de cet Etat et, par conséquent, d'engager la responsabilité internationale de celui-ci. Ce cas se produit quand l'obligation qui était en vigueur au moment de l'accomplissement du fait, et à la lumière de laquelle on établissait son illicéité, a été remplacée entre-temps par une obligation de contenu opposé et de caractère impératif, laquelle non seulement permet à l'Etat de se conduire de la manière auparavant interdite, mais va jusqu'à exiger de lui d'adopter le comportement que l'ancienne obligation prohibait.

5) Aux paragraphes 3, 4 et 5, la Commission a précisé la règle générale de base énoncée au paragraphe 1, par rapport aux cas où le fait de l'Etat non conforme à une obligation internationale se trouve être un fait dont la réalisation se prolonge dans le temps et ne se déroule qu'en partie pendant que l'obligation est en vigueur à l'égard de l'Etat — cela parce qu'il aurait commencé avant que l'obligation n'entre en vigueur à l'égard de l'Etat et continué après, ou, à l'inverse, parce qu'il aurait commencé quand l'obligation était en vigueur à l'égard de l'Etat et continué après qu'elle eût cessé d'exister pour l'Etat. Trois cas différents sont pris distinctement en considération à cette fin aux trois paragraphes mentionnés : celui d'un fait unique s'étalant dans le temps avec caractère de continuité (fait continu); celui d'un fait globalement constitué par une répétition systématique d'actions ou omissions adoptées par rapport à des affaires distinctes (fait composé); et celui d'un fait constitué par une pluralité d'actions ou omissions diverses d'organes étatiques par rapport à une affaire unique (fait complexe).

6) Ayant ainsi paraphrasé le texte de l'article afin d'en faciliter la lecture, il s'agit maintenant d'expliquer et de justifier la solution adoptée par la Commission à l'égard des questions prises en considération dans les différents paragraphes.

7) Pour établir la règle de base énoncée au paragraphe 1, la Commission a fait en premier lieu appel, comme d'habitude, à la pratique des Etats et à la jurisprudence internationale. Elle a tout d'abord constaté que l'on y relève des prises de position qui, tout en n'ayant pas directement pour objet la détermination de l'existence de la violation d'une obligation internationale, peuvent néanmoins s'appliquer aussi à cet effet. La déclaration la plus célèbre apparaît dans la décision rendue le 4 avril 1928 par l'arbitre Max Huber dans l'*Affaire de l'île de Palmas*, opposant les Pays-Bas aux Etats-Unis d'Amérique. L'arbitre nota :

Les deux parties sont [...] d'accord pour reconnaître qu'un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque et non pas à celle du droit en vigueur au moment où surgit ou doit être réglé un différend relatif à ce fait<sup>415</sup>.

<sup>415</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (op. cit.), p. 845 (tr. de l'original anglais). L'arbitre devait établir si le fait que l'Espagne ait découvert l'île de Palmas au XVI<sup>e</sup> siècle était ou non suffisant pour conclure à la souveraineté de l'Espagne sur l'île. Il

La Commission a aussi noté qu'il existe des prises de position ayant plus spécifiquement trait à la détermination de l'existence d'une violation d'une obligation internationale. On a remarqué, par exemple, que les compromis d'arbitrage relatifs à certains différends précisent que l'arbitre devra appliquer au litige les règles du droit international en vigueur au moment où les faits dont la licéité est contestée se sont produits<sup>416</sup> — et il semble hors de doute que ces précisions sont faites à titre de confirmation explicite d'un principe généralement reconnu et non pas à titre de dérogation à ce principe.

8) Les prises de position mentionnées ci-dessus énoncent un critère qui est applicable en général à la détermination de l'existence ou de l'inexistence d'une violation dans les trois hypothèses formulées<sup>417</sup>. La validité de ce critère peut toutefois être vérifiée plus concrètement pour chacune d'entre elles. Pour ce qui est de la première hypothèse, à savoir celle où l'obligation internationale requérant de l'Etat un comportement déterminé n'a été à la charge de l'Etat qu'à une période antérieure à celle où ce dernier a adopté un comportement non conforme à ce qui était requis de lui, il est évident que seule une solution négative est possible : si, au moment où le fait de l'Etat a lieu, l'obligation n'est plus en vigueur à l'égard de l'Etat, il ne peut être question de lui attribuer « une violation d'une obligation internationale » au sens de l'article 3, al. b. D'ailleurs, chaque fois que, dans un cas concret, le problème s'est présenté dans ces termes, il a été réglé, soit diplomatiquement soit judiciairement, sur la base de ce critère. La Commission ne voit aucune raison valable de s'écarter de cette solution.

9) Dans la deuxième hypothèse, l'Etat accomplit le fait non conforme à ce qui est requis de lui par l'obligation internationale à un moment où celle-ci est encore en vigueur à son égard, c'est-à-dire après qu'elle a été mise à sa charge et avant qu'elle n'ait éventuellement cessé d'exister pour lui. La solution, positive cette fois-ci, du problème, pourrait paraître tout aussi évidente que la solution négative dans la première hypothèse. Cette conclusion est irréfutable dans le cas où, de surcroît, l'obligation est encore en vigueur pour l'Etat au moment du règlement du différend. Point n'est besoin de citer à son

estimait que les règles régissant l'acquisition de territoires *nullius* avaient changé depuis l'époque de la découverte de l'île. Il devait donc établir au préalable s'il fallait régler la question sur la base des règles en vigueur lors de la découverte ou des règles en vigueur au moment de la naissance du différend, sinon au moment même de son règlement par la sentence arbitrale.

<sup>416</sup> Ainsi, par exemple, dans les déclarations échangées entre le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le Gouvernement russe le 26 août (8 septembre) 1900 pour la soumission à l'arbitrage de certains différends mettant en cause la responsabilité internationale de l'Empire russe pour la saisie de navires américains, la stipulation relative aux principes de droits des gens applicables est accompagnée de la précision suivante :

« Il est bien entendu que cette stipulation n'aura aucune force rétroactive, et que l'arbitre appliquera au cas en litige les principes du droit des gens et les traités internationaux qui étaient en vigueur et obligatoires pour les parties impliquées dans ce litige au moment où la saisie des navires susmentionnés a eu lieu. » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (publication des Nations Unies, numéro de vente : 59.V.5), p. 58.)

Voir aussi l'article 4 du compromis du 24 mai 1884 entre les Etats-Unis d'Amérique et Haiti concernant l'*Affaire Pelletier* (J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington [D.C.], U. S. Government Printing Office, 1898, vol. 2, p. 1750 (texte français dans G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Gottingue, Dietrich, 1887, 2<sup>e</sup> série, t. XI, p. 801)).

<sup>417</sup> Voir ci-dessus par. 2.

appui la pratique et la jurisprudence internationales. Mais la conclusion pourrait ne pas paraître aussi évidente si, entre le moment où le fait a été accompli et celui où il s'agit de régler le différend qui s'en est suivi, l'obligation a cessé d'exister pour l'Etat. Si l'on se réfère, pour une comparaison, à la part des systèmes de droit interne, on y note que le principe généralement appliqué en matière de responsabilité civile veut que l'on puisse exiger la réparation du dommage causé par un fait que son auteur a commis en violant une obligation alors à sa charge, sans tenir compte de l'éventuelle extinction de cette obligation au moment où a lieu le jugement. En droit pénal, par contre, le principe est qu'on ne peut pas tenir pour pénalement responsable une personne ayant commis un fait en violation d'une obligation existant à sa charge au moment de la perpétration du fait, mais ayant cessé d'exister au moment du jugement — cela en vertu du critère général qui veut qu'en cas de succession de lois pénales on applique toujours la loi la plus favorable au prévenu. D'après la Commission, cependant, il n'y a pas lieu d'étendre au droit international l'idée du droit pénal interne de l'application de la loi la plus favorable au prévenu. Si un tel principe se justifie dans un rapport qui oppose l'individu à la société représentée par l'Etat, son application paraît déplacée dans un rapport qui oppose deux Etats l'un à l'autre. Appliquer par principe la loi la plus favorable à l'Etat auteur du fait internationalement illicite reviendrait à appliquer par principe la loi la plus défavorable à l'Etat lésé par cette infraction.

10) L'attitude prise dans des cas concrets par des arbitres et par des représentants des Etats confirme d'ailleurs le bien-fondé de cette conclusion. On peut tout d'abord se référer aux conclusions auxquelles est parvenu J. Bates, surarbitre de la Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/Grande-Bretagne instituée par le traité du 8 février 1853, à propos du comportement des autorités britanniques qui avaient séquestré des navires américains se livrant à la traite des esclaves et avaient libéré les esclaves, qui appartenaient à des ressortissants américains. Les incidents soumis au jugement de la Commission avaient eu lieu à des époques différentes. Le surarbitre se préoccupa alors d'établir à propos de chacun de ces incidents si, à l'époque où ils s'étaient produits, la traite était ou non « contraire à la loi des nations ». A la suite de quoi il jugea, en ce qui concerne les incidents les plus anciens datant d'une époque où, à son avis, la traite était licite, que le comportement des autorités britanniques constituait une violation de l'obligation internationale de respecter et protéger la propriété des ressortissants étrangers et engageait donc la responsabilité de la Grande-Bretagne<sup>418</sup>. Pour ce qui est des incidents plus récents, il releva par contre qu'ils s'étaient produits à une époque où, d'après lui, le commerce des esclaves avait été « prohibé par toutes les nations civilisées » et où, par conséquent, l'obligation de la Grande-Bretagne de respecter et protéger une telle sorte de propriété avait cessé d'exister; il en conclut qu'aucune responsabilité de la Grande-Bretagne ne pouvait être envisagée<sup>419</sup>. Le surarbitre pose donc comme condition, pour établir si oui ou non il y a eu violation d'une obligation internationale, que le fait de l'Etat ait été en opposition avec une obligation *en vigueur* au moment

<sup>418</sup> C'est ce qui se passa dans le cas du navire *Enterprize* (A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les Editions internationales, 1957, t. I, p. 703 et suiv.). Voir aussi les affaires de l'*Hermosa* et du *Créole* (*ibid.*, p. 704 et 705).

<sup>419</sup> C'est ce qu'il fit dans le cas du *Lawrence* (*ibid.*, p. 741). Voir aussi le cas du *Volusia* (*ibid.*).

du fait. Et là où il reconnaît qu'à ce moment l'obligation était encore existante, le fait qu'elle ait par la suite cessé d'exister et n'ait plus été en vigueur au moment du jugement n'a aucune valeur à ses yeux.

On retrouve la même attitude dans les décisions de T. M. C. Asser, désigné comme arbitre entre les Etats-Unis d'Amérique et la Russie par le compromis du 26 août (8 septembre) 1900. L'arbitre devait établir si la saisie et la confiscation par les autorités russes, au-delà des limites de la mer territoriale de la Russie, de navires américains se livrant à la chasse aux phoques, devaient ou non être considérées « comme des actes illégaux ». A ce propos, l'arbitre, dans sa décision relative à l'*Affaire du « James Hamilton Lewis »*, rendue le 29 novembre 1902, remarqua :

Considérant que cette question doit être résolue d'après les principes généraux du droit des gens et l'esprit des accords internationaux en vigueur et obligatoires pour les deux Hautes Parties au moment de la saisie du navire;

Qu'à ce moment il n'existait point de convention entre les deux parties contenant, pour la matière spéciale de la chasse aux phoques, une dérogation aux principes généraux du droit des gens par rapport à l'étendue de la mer territoriale;

[...]

Considérant que les accords qui seraient intervenus entre les parties après la date de la saisie et de la confiscation du *James Hamilton Lewis* ne sauraient modifier les conséquences résultant des principes de droit généralement reconnus à l'époque de ces actes.

Et puisque l'arbitre estimait que, d'après les principes en vigueur à l'époque des faits allégués, la Russie n'avait pas le droit de saisir le navire américain, il en conclut que la saisie et la confiscation de ce navire devaient être considérées comme des actes illégaux pour lesquels la Russie devait réparation<sup>420</sup>.

Plus récemment, on retrouve le même principe énoncé dans la décision rendue le 5 octobre 1937 par l'arbitre J. C. Hutcheson à propos de l'*Affaire du « Lisman »*<sup>421</sup> et dans l'arrêt rendu le 2 décembre 1963 par la CIJ dans l'*Affaire du Cameroun septentrional*<sup>422</sup>.

11) Dans la troisième des hypothèses, l'Etat accomplit un fait à une époque où ce fait ne contredit aucune obligation internationale existant à sa charge. Ce n'est

<sup>420</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (publication des Nations Unies, numéro de vente : 59.V.5), p. 69 et suiv. L'arbitre a développé la même argumentation dans sa décision en l'*Affaire du C.H. White* (*ibid.*, p. 74 et suiv.). L'importance de ces prises de position est quelque peu réduite par le fait que dans ces affaires le compromis lui-même engageait l'arbitre à appliquer le droit en vigueur à l'époque des faits (voir *supra* note 416); ses prises de position reflètent donc en premier lieu une règle conventionnelle. Toutefois, une fois de plus que, en introduisant expressément le principe dans le compromis arbitral, les parties voulaient simplement confirmer l'application du principe général en question et non pas établir une exception à un principe différent qui aurait été consacré par la coutume.

<sup>421</sup> Avant d'examiner les faits dont le demandeur se plaignait, l'arbitre statue que ces faits

« doivent être lus, examinés et interprétés à la lumière des principes applicables du droit international, tel que ce droit était en 1915, lorsqu'on dit que les actes dont on se plaint ont été connus, que les torts dont on se plaint ont été infligés, et que la créance, s'il en est une, est née » (*ibid.*, vol. III [numéro de vente : 1949.V.2], p. 1771 [tr. de l'original anglais]).

<sup>422</sup> D'après la Cour :

« [...] si, pendant la période de validité de l'accord de tutelle, l'autorité de tutelle avait été responsable d'un acte contrevenant aux dispositions dudit accord et entraînant un préjudice envers un autre Membre des Nations Unies ou l'un de ses ressortissants, l'extinction de la tutelle n'aurait pas mis fin à l'action en réparation » (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 35).

qu'à la lumière d'une obligation nouvelle imposée à l'Etat par la suite qu'un fait de cette nature se qualifierait d'illicite. Il s'agit donc d'établir si le fait commis par l'Etat à un moment où l'obligation n'existait pas encore pour lui, pourrait constituer une violation de ladite obligation. La Commission a constaté à ce propos qu'en droit interne le principe selon lequel un individu ne peut pas être tenu pour pénalement responsable d'un fait qui n'était pas interdit à l'époque où il l'a commis (*nullum crimen sine lege praevia*) est une règle générale de tous les systèmes juridiques. Le même principe est énoncé à l'article 11, par. 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme (10 décembre 1948)<sup>423</sup>, à l'article 7, par. 1, de la Convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (4 novembre 1950)<sup>424</sup>, et à l'article 15, par. 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966)<sup>425</sup>. En matière de responsabilité civile, le principe en question se trouve plus rarement expressément énoncé, mais il ne fait pas de doute que, dans ce domaine aussi, il constitue la règle générale. La raison d'être du principe est d'ailleurs évidente : d'une part, la principale fonction des normes imposant des obligations à des sujets étant d'orienter leur conduite dans une certaine direction et de la détourner d'une autre, cette fonction ne peut être remplie que si l'obligation existe avant que les sujets ne se disposent à agir; d'autre part — et surtout —, le principe en question constitue une garantie pour lesdits sujets, car il leur permet d'établir à l'avance quelle doit être leur conduite s'ils veulent éviter d'être frappés d'une sanction pénale ou d'avoir à fournir la réparation du dommage causé à autrui. Comme il s'agit d'un principe général de droit universellement admis et fondé sur des raisons d'être valables pour tout système juridique, il doit nécessairement trouver application en droit international aussi.

12) L'examen de la pratique et de la jurisprudence internationale révèle d'ailleurs que ce principe a été constamment appliqué jusqu'à présent, qu'on l'ait explicitement mentionné ou implicitement suivi. Pour affirmer ou pour nier l'existence d'une responsabilité de l'Etat, on s'est toujours référé à une obligation internationale en vigueur au moment où l'action ou l'omission de l'Etat a eu lieu. On n'a jamais attribué une incidence quelconque, aux fins d'établir une conclusion sur la base du droit international général, au fait éventuel qu'une obligation soit survenue par la suite, se trouvant ainsi à la charge de l'Etat au moment du règlement du différend.

C'est probablement la Commission européenne des droits de l'homme qui a eu l'occasion d'énoncer le plus souvent ce principe. L'affirmation la plus claire à cet égard se trouve dans sa décision sur la requête 1151/61. Un ressortissant belge se prévalant de l'article 5, par. 5, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales demandait au Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne la réparation du préjudice que lui avaient causé la détention et la mort de son père dans un camp de concentration allemand en 1945. La Commission rejeta cette requête en soulignant

que l'article 5 de la Convention prévoit, il est vrai, en son paragraphe 5, invoqué par le requérant, que « toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation », que la Commission a

cependant constaté, à plusieurs reprises, que seule une privation de liberté postérieure à l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat défendeur peut se produire « dans des conditions contraires » à l'article 5 précité [...]; que l'arrestation et la détention du père du requérant, pour condamnables qu'elles aient été sur le plan de la morale et de l'équité, ont eu lieu à une époque où la Convention n'existait pas encore et à laquelle les Etats contractants ne l'ont point rendue rétroactivement applicable<sup>426</sup>.

13) Finalement, les auteurs de droit international qui ne sont, quoique brièvement, occupés de la question qui fait l'objet du présent article reconnaissent tous que la licéité ou l'illicéité d'un fait doit être établie sur la base d'obligations en vigueur au moment où ledit fait a été accompli<sup>427</sup>. Les projets de codification de la responsabilité internationale des Etats ne touchent pas à la question. Celle-ci est toutefois envisagée dans la résolution sur « Le problème intertemporel en droit international public », adoptée par l'Institut de droit international en 1975. La solution qui y est retenue est essentiellement la même que celle qui est établie au paragraphe 1 de l'article 18<sup>428</sup>.

14) C'est donc sur la base des considérations que l'on vient de résumer que la Commission est parvenue à la conclusion que le principe de base en la matière ne pouvait être que celui selon lequel il n'y a violation d'une obligation internationale que si l'obligation en question était en vigueur à l'égard de l'Etat au moment où celui-ci a accompli le fait non conforme à ce qui est requis de lui par cette obligation. Ayant formulé une telle règle, la Commission s'est néanmoins demandé si le principe qui y est énoncé ne devait pas connaître des exceptions. Elle a constaté que la pratique des Etats, la jurisprudence internationale et les ouvrages des auteurs ne fournissent pas

<sup>426</sup> Conseil de l'Europe, *Commission européenne des droits de l'homme, Recueil de décisions*, Strasbourg, n° 7, mars 1962, p. 119.

<sup>427</sup> Voir notamment la monographie de P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public (Problèmes de droit intertemporel ou de droit transitoire)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, p. 119 et suiv., 135 et suiv., 292 et suiv.; les rapports de M. Sørensen à l'Institut de droit international sur « Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1973, Bâle, vol. 55, p. 1 et suiv., et notamment, p. 38, 56 et suiv.; les articles de J. T. Woodhouse (« The principle of retroactivity in international law », *The Grotius Society, Transactions for the Year 1955*, Londres, vol. 41, 1956, p. 69 et suiv.), H. W. Baade (« Intertemporales Völkerrecht », *Jahrbuch für internationales Recht*, Hambourg, vol. 7, n° 2-3 [janvier 1958], p. 229 et suiv., notamment p. 245 et suiv.), D. Bindacheder-Robert (« De la rétroactivité en droit international public », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Faculté de droit, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, p. 184 et suiv.), M. Sørensen (« Le problème intertemporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Paris, Pédone, 1968, p. 304 et suiv.); les manuels de droit international de P. Guggenheim (*Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1967, t. I, p. 215 et suiv.), Ch. Rousseau (*Droit international public*, Paris, Sirey, 1970, t. I, p. 198 et suiv.) et R. Monaco (*op. cit.*, p. 173 et suiv.).

<sup>428</sup> D'après cette résolution :

« 1. A défaut d'une indication en sens contraire, le domaine d'applications dans le temps d'une norme de droit international public est déterminé conformément au principe général de droit d'après lequel tout fait, tout acte et toute situation doivent être appréciés à la lumière des règles de droit qui en sont contemporaines.

« 2. En application de ce principe :

« ...

« f) toute règle qui vise le caractère licite ou illicite d'un acte juridique ou les conditions de sa validité s'applique aux actes accomplis pendant que la règle est en vigueur. »

(*Rivista di diritto internazionale*, Milan, vol. LIX, fasc. 1, 1976, p. 217.)

<sup>423</sup> Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale.

<sup>424</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221.

<sup>425</sup> Résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale, annexe.

d'exemple de telles exceptions, hormis certaines, prévues par le droit conventionnel, dont il sera tenu compte par la suite. Toutefois, cette constatation est elle suffisante pour conclure, sans plus, qu'il n'y a pas lieu de prévoir d'exception au principe de base indiqué? Avant de donner sa réponse à cette question, la Commission a estimé nécessaire de prendre en considération certaines hypothèses qui, tout en n'ayant pas eu l'occasion de se présenter par le passé — et tout en n'étant vraisemblablement destinées à se présenter que très rarement à l'avenir —, ne sauraient cependant être exclues.

15) Les hypothèses que l'on a en vue concernent des cas où l'évolution du droit qui s'est produite a été essentiellement due à une influence d'ordre moral. Lorsqu'un fait de l'Etat apparaissait, à l'époque où il a été accompli, comme illicite du point de vue juridique formel, mais qu'il ressort qu'il a été dicté par des considérations morales et humanitaires qui, par la suite, ont provoqué un véritable renversement de la règle de droit, il est difficile de ne pas voir rétrospectivement dans ce fait l'action ou l'omission d'un précurseur. Et il ne peut que répugner à l'instance chargée du règlement du différend causé par ce fait, si le règlement intervient après que l'évolution indiquée s'est produite, de continuer malgré tout à considérer comme internationalement illicite l'action ou l'omission jadis accomplies et à lui rattacher une responsabilité internationale.

16) On se rappellera, à ce sujet, les cas de libération d'esclaves, déjà mentionnés<sup>429</sup>. Dans une première série de cas, l'arbitre avait condamné comme illicite la libération des esclaves trouvés à bord d'un navire américain par les autorités britanniques — cela à la lumière des règles en vigueur au moment où ce fait s'était produit et tout en reconnaissant que, si le même fait avait été commis à l'époque où le jugement avait lieu, la décision aurait été différente. Mais l'évolution de l'attitude du droit international à l'égard de l'esclavage ne s'est pas arrêtée au stade que l'arbitre J. Bates avait constaté. La traite des esclaves est devenue aujourd'hui une pratique bannie par une règle humanitaire de droit international, une règle considérée comme impérative par la communauté internationale dans son ensemble. Les Etats sont tenus non seulement de s'abstenir d'une telle pratique et de la prohiber à leurs sujets, mais aussi de la combattre par tous les moyens à leur disposition. Les autorités d'un Etat qui mettent aujourd'hui la main sur un navire transportant des esclaves et qui les libèrent ne violent certainement plus une obligation internationale comme à l'époque des premiers cas jugés par l'arbitre Bates. Mais elles ne commettent pas non plus un fait simplement licite, comme à l'époque où Bates rendait son jugement; elles font bien plus qu'exercer un droit: elles exécutent un devoir. Si donc, par un de ces hasards qui ne sont pas inconnus de l'histoire, c'était à un tribunal arbitral d'aujourd'hui qu'incombait la tâche de juger des agissements adoptés alors par les autorités britanniques et condamnés par Bates, il semble impensable que ce tribunal persiste à considérer ces agissements comme des faits internationalement illicites et à leur rattacher une responsabilité. En tant que principe, la Commission a donc estimé que l'on ne saurait tenir un Etat pour responsable d'un fait qui, tout en étant en opposition avec ce qui était requis de lui par une obligation existant à sa charge au moment où il commettait ce fait, serait considéré par une règle de *ius*

*cogens* existant au moment du règlement du différend non seulement comme licite, mais comme obligatoire.

17) Bien que certainement rares, les possibilités concrètes d'application du principe exceptionnel envisagé ici ne sont nullement à exclure. S'il est difficilement pensable que l'on charge aujourd'hui un arbitre de régler un différend causé par un comportement adopté à une époque où une action de répression de la traite des esclaves tombait sous l'interdiction de porter atteinte à la propriété d'étrangers, d'autres situations moins éloignées dans le temps peuvent être envisagées. Il n'est pas inconcevable, par exemple, qu'une instance internationale soit aujourd'hui appelée à décider d'une querelle concernant la responsabilité internationale d'un Etat qui, engagé par un traité à livrer des armes à un autre Etat, aurait refusé d'exécuter son obligation sachant que les armes dont on demandait la livraison étaient destinées à la perpétration d'une agression ou d'un génocide ou à maintenir une politique forcée d'*apartheid*, ceci avant que les normes de *ius cogens* condamnant le génocide et l'agression n'aient été créées et n'aient eu comme conséquence de rendre le refus en question non seulement légitime mais obligatoire. De même, si, comme certains le soutiennent, on admettait qu'une règle impérative serait en voie de se former obligeant les Etats à donner leur assistance à un peuple luttant pour sa libération de la domination d'autrui, on ne saurait continuer à considérer comme internationalement illicite l'assistance apportée dans ces conditions à une époque où le droit à l'autodétermination n'était pas encore reconnu et où une telle assistance constituait une ingérence internationalement illicite dans les affaires intérieures du pays contre lequel la lutte se déroulait.

18) En souscrivant donc à l'existence de l'exception en question, la Commission s'est préoccupée d'éviter toute extension indue de celle-ci, extension qui risquerait d'affaiblir la règle générale. La portée de l'exception doit être contenue dans des limites rigoureuses. Pour qu'elle puisse jouer et faire échec à l'application de la règle générale énoncée au paragraphe 1 de l'article, il faut — comme on l'a dit — que le fait de l'Etat interdit par une norme du droit international en vigueur au moment où il a été accompli soit par la suite devenu non seulement licite, mais obligatoire, et cela non pas d'après une norme coutumière ou conventionnelle quelconque, mais d'après une norme impérative du droit international général. Il est généralement à souligner que si cette double condition s'est réalisée le fait de l'Etat n'est pas rétroactivement considéré comme licite *ad initio*, mais uniquement à partir du moment où la nouvelle règle de *ius cogens* est entrée en vigueur<sup>430</sup>. Si donc le différend concernant les conséquences du fait de l'Etat en question a été réglé avant la survenance de la nouvelle règle de *ius cogens* et si un Etat a été tenu pour responsable dudit fait, ce règlement reste définitif et n'est nullement touché par la règle exceptionnelle du paragraphe 2. On ne pourra pas, par exemple, demander la restitution de la somme versée à titre de réparation en exécution de ce règlement. Ce n'est que si le différend concernant un tel fait doit encore être réglé après la survenance de la règle de *ius cogens* qu'on ne pourra

<sup>429</sup> Voir ci-dessus par. 10.

<sup>430</sup> Quelques membres de la Commission se sont demandé si, dans les cas envisagés au présent paragraphe, il ne faudrait pas parler d'exclusion de la responsabilité ou d'incompétence juridictionnelle plutôt que de non-existence de la violation et du fait illicite. Toutefois, on a fait remarquer que ce qui choquerait, dans les cas envisagés, ce ne serait pas tellement qu'il faille réparer un certain fait, mais qu'un fait devenu obligatoire continue d'être considéré comme illicite.

plus faire valoir l'illicéité du fait commis antérieurement et prétendre à une responsabilité internationale de l'Etat qui en avait été l'auteur.

19) Par contre, la Commission n'a pas jugé opportun d'admettre des exceptions au principe de base par rapport aux deux autres hypothèses envisagées<sup>431</sup>. En réalité, pour ce qui est de l'hypothèse où l'obligation aurait cessé d'exister avant que l'Etat n'accomplisse le fait, aucune exception n'est même théoriquement concevable. En revanche, en ce qui concerne l'hypothèse où l'obligation serait entrée en vigueur pour l'Etat après que celui-ci eut accompli le fait, une exception n'est pas théoriquement inconcevable. Même en droit interne (et même, notamment, en matière de responsabilité pénale de l'individu), ce principe comporte parfois des exceptions. La Commission ne voit pas toutefois de raison valable d'appliquer au droit international certains « précédents » fournis par le droit pénal interne, où l'on a considéré rétroactivement comme punissables des faits autorisés auparavant et s'étant produits avant l'adoption de la nouvelle loi. La situation en droit international est trop radicalement différente<sup>432</sup>. Le principe de la non-rétroactivité des obligations juridiques internationales, et particulièrement de l'impossibilité de considérer *ex post facto* comme illicites des faits qui ne l'étaient pas au moment où ils ont été commis, ne semble pas devoir être infirmé, même là où la nouvelle règle interdisant à l'avenir des faits de ce genre serait une règle de *jus cogens*. En effet, il ne s'agirait pas, comme dans le cas de l'exception prévue au paragraphe 2 de l'article, d'enlever rétrospectivement le caractère de fait générateur de responsabilité à un fait qui aurait été considéré comme illicite au moment où il a été commis. Il s'agirait d'attribuer rétrospectivement le caractère d'illicéité à un fait qui, à ce même moment, ne l'avait pas, ce qui représenterait une entorse beaucoup plus grave au principe de base. Un effet de cette importance ne semble pas répondre à la conscience juridique des membres de la communauté internationale.

20) Il va sans dire que ce qui vaut à propos de la situation en droit international général n'exclut pas la possibilité qu'un traité adopte des critères différents. Rien n'empêche un traité particulier de prévoir expressément que certains faits, bien que contraires à des obligations internationales en vigueur lorsqu'ils furent commis, cessent dorénavant d'être considérés comme des faits illicites, source de responsabilité, ou, à l'inverse, de statuer que seront considérés comme illicites et comme source de responsabilité des faits commis par l'une des parties à une époque où aucune obligation ne les interdisait<sup>433</sup>. Les

<sup>431</sup> Voir ci-dessus par. 2.

<sup>432</sup> De surcroît, en droit pénal interne, ce sont parfois des lois répressives spéciales qui, dans des situations données, introduisent des peines plus sévères pour certains crimes, ou même formulent des crimes auparavant inexistantes, le tout avec valeur rétroactive. Mais, même en droit interne, on ne saurait imaginer que la loi pénale exclue en principe, pour l'avenir, l'applicabilité à certaines catégories d'obligations de la règle générale de la non-rétroactivité, comme il s'agirait de le faire en droit international, si l'on s'engageait sur une telle voie.

<sup>433</sup> Naturellement, il faut faire très attention avant d'affirmer que, d'après un traité donné, certains faits doivent être considérés comme illicites bien que commis à une époque où aucune obligation ne les interdisait. Il arrive qu'un traité dispose que les obligations qu'il met à la charge des parties sont elles-mêmes des obligations rétroactives. Cela est expressément admis par l'article 28 de la Convention de Vienne. Mais le fait que les clauses d'un traité prévoient que les dispositions du traité auront un effet rétroactif ne signifie pas nécessairement qu'elles aient voulu qualifier d'illicite et de source de responsabilité un fait de l'Etat non conforme à ce qui est requis par le traité, fait commis avant l'entrée en vigueur de celui-ci. On a cité à ce

raisons qui font admettre le principe énoncé au paragraphe 1 de l'article 18 perdent beaucoup de leur force si les parties intéressées se trouvent d'accord pour déroger audit principe<sup>434</sup>. La Commission a cependant jugé qu'il n'y avait pas lieu d'indiquer expressément dans l'article la possibilité d'exceptions par voie d'accords particuliers à la règle énoncée au paragraphe 1. En principe, il peut être dérogé à toutes les règles du présent projet par voie d'accords particuliers, sous réserve de l'existence éventuelle de règles de *jus cogens*. Après avoir complété son projet, la Commission jugera s'il y a lieu d'indiquer dans un article spécial qu'il peut être dérogé aux dispositions de la convention — et éventuellement auxquelles — par voie d'accords particuliers.

21) Ayant ainsi établi le contenu de la règle de base et de l'unique exception qu'à son avis elle doit admettre, la Commission s'est attachée, comme on l'a indiqué *supra*<sup>435</sup>, à la détermination des critères spécifiques d'application de la règle en cas de faits de l'Etat dont la réalisation se prolonge dans le temps et ne se déroule qu'en partie pendant que l'obligation est en vigueur à l'égard dudit Etat. Dans le cas le plus simple, celui d'un fait de l'Etat que l'on peut qualifier de *fait continu*, à savoir un fait unique mais qui s'étale comme tel dans le temps avec un caractère de permanence (maintien en vigueur d'une loi que l'Etat serait internationalement tenu d'abroger, ou, à l'inverse, non-adoption d'une loi internationalement requise, occupation indue d'un territoire d'autrui, blocus illégitime de côtes ou de ports étrangers, etc.), il a paru à la Commission que la solution des difficultés éventuelles s'imposait logiquement d'elle-même. Il y aura violation de l'obligation avec laquelle le fait est en opposition pour autant que, pour une certaine période au moins, il y a simultanéité entre la permanence du fait de l'Etat et l'existence à la charge de cet Etat de l'obligation en question, et, naturellement, par rapport à cette période seulement. La Commission européenne des droits de l'homme a récemment fait application de ce critère : elle a déclaré recevables des requêtes faisant valoir une « violation continue » de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales si le fait réalisant une telle violation, tout en ayant commencé avant l'entrée en vigueur de la convention, s'est perpétué après, et dans la mesure où lesdites requêtes avaient trait à cette dernière période<sup>436</sup>. Il est bon de préciser que, sous l'angle qui nous

soit sujet comme exemple la Convention du 17 octobre 1951 relative aux assurances sociales passée entre la Suisse et l'Italie. Cette convention stipule qu'elle entrera en vigueur le jour de sa ratification (qui eut lieu le 21 décembre 1953), mais avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 1951. Il est évident que cette stipulation ne comporte nullement l'idée que l'Etat tenu par le traité à certaines prestations d'assurance et n'ayant pas fourni ces prestations avant l'entrée en vigueur du traité doit être considéré pour cela comme l'auteur d'un fait internationalement illicite. Ladite stipulation impose seulement à l'Etat en question l'obligation de fournir, après l'entrée en vigueur du traité, les prestations requises pour les deux années précédentes aussi.

<sup>434</sup> Le seul problème qui pourrait se poser à ce sujet serait celui de l'éventuelle existence d'une règle de *jus cogens* interdisant de tenir un Etat pour responsable de faits qui n'étaient pas illicites à l'époque où l'Etat les a commis. Si tel était le cas, la disposition d'un traité qui dérogerait à cette règle serait nulle. Mais il est douteux que le principe de la non-rétroactivité des obligations internationales puisse être considéré comme un principe de *jus cogens*. En tout cas, c'est une question qui ne doit pas être tranchée dans le cadre du présent projet d'articles.

<sup>435</sup> Voir ci-dessus par. 5.

<sup>436</sup> C'est surtout à propos de l'Affaire De Becker que la Commission a précisé sa jurisprudence. Le requérant se plaignait de se trouver frappé, à la suite d'une condamnation subie en 1947, d'une déchéance de plein droit et à perpétuité de certains droits, y compris celui

intéresse, il ne faut pas confondre un « fait continu » avec un « fait instantané à effets continus » — un acte de confiscation, par exemple. Le fait de l'Etat comme tel prend fin ici dès que la confiscation a eu lieu, même si les conséquences en sont durables. Dans ce dernier cas, l'existence de la violation d'une obligation internationale sera établie uniquement sur la base d'une obligation en vigueur à l'égard de l'Etat au moment où s'est produit le fait instantané, sans que la conclusion à ce sujet puisse être modifiée en raison du fait que ses effets continuent de subsister lorsqu'une obligation interdisant un tel fait entre en vigueur<sup>437</sup>.

22) La situation est plus compliquée dans l'hypothèse d'un *fait composé*, c'est-à-dire d'un fait qui ressort d'une série d'actions ou omissions distinctes l'une de l'autre et relatives à des situations distinctes, mais dont l'ensemble comme tel réunit les conditions de la violation d'une obligation internationale déterminée. La caractéristique distinctive d'un fait de ce genre est donc de comporter une répétition systématique d'agissements ayant le même but, le même contenu et le même effet, tout en se rapportant à des cas concrets indépendants l'un de l'autre. Si, par exemple, l'objet de l'obligation internationale consistait à interdire à l'Etat d'adopter une « pratique discriminatoire » en ce qui concerne l'accès des ressortissants d'un pays donné à l'exercice d'une certaine profession, le rejet de la demande présentée à cette fin par un ressortissant dudit pays ne constitue pas à lui seul un fait non conforme à ce qui est requis de lui par l'obligation en question. Toutefois, si les demandes de ressortissants de ce même pays ont été rejetées par les autorités de l'Etat dans toute une série de cas, ces comportements, pris dans leur ensemble, constituent bien une « pratique discriminatoire » et sont donc en opposition avec ce qui est requis de l'Etat par l'obligation<sup>438</sup>. Or, dans l'hypothèse envisagée,

d'exercer la profession de journaliste et d'écrivain. Cette déchéance violait, d'après lui, le droit à la liberté d'expression reconnu par l'article 10 de la convention. Le gouvernement défendeur objecta que le fait remontait à une date antérieure à l'entrée en vigueur de la convention. Mais la Commission précisa qu'elle avait à rechercher si le grief du requérant avait trait à des faits qui, « quoique antérieurs par leur origine à la date d'entrée en vigueur de la convention à l'égard de la partie contractante défenderesse », étaient « susceptibles de constituer une violation continue » de la convention se prolongeant après cette date ». La Commission écarta donc la période antérieure à l'entrée en vigueur de la convention à l'égard du défendeur, mais, pour la période postérieure à cette date, elle constata que le requérant se trouvait « placé dans une situation continue » au sujet de laquelle il se prétendait victime d'une « violation de sa liberté d'expression, telle que garantie à l'article 10 de la convention ». Par conséquent, elle jugea que la requête était recevable dans la mesure où elle avait trait « à cette situation continue » (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1958-1959*, La Haye, vol. 2, 1960, p. 233 et suiv.).

<sup>437</sup> C'est encore la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme qui a mis en évidence la distinction entre une « violation continue » et un « acte à effets durables ». Se référant dans diverses affaires à des actes dont les requérants se plaignaient (confiscation de biens, vol d'objets d'art, etc.), la Commission a rejeté les requêtes en observant que ces actes remontaient à une époque antérieure à l'entrée en vigueur de la convention pour la partie défenderesse et qu'ils s'analysaient par eux-mêmes en actes instantanés; leurs conséquences, pour être durables, n'en constituaient pas moins de simples effets (Commission européenne des droits de l'homme, *Documents et décisions, 1955-1956, 1957*, La Haye, 1959, p. 159, 246 et suiv.; *Annuaire de la Convention... [op. cit.]*, p. 412 et suiv.; et Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 128).

<sup>438</sup> Dans ce même contexte, il peut être intéressant de relever que, selon la pratique du Conseil économique et social des Nations Unies, une violation systématique des droits de l'homme et des libertés fondamentales est devenue une infraction en soi, différente de celle déjà constituée par une violation isolée de ces droits ou de ces liber-

le problème de droit intertemporel peut se poser, car il se peut qu'une partie des actions ou omissions — dont l'ensemble formerait sans doute le fait en opposition avec ce qui est requis par l'obligation internationale mise en cause — se soient produites avant que l'obligation n'ait été mise à la charge de l'Etat. Il peut aussi arriver qu'une partie de ces actions ou omissions aient eu lieu après que l'obligation a cessé de se trouver à la charge de l'Etat. Dans les deux cas, la solution est manifestement la même : ce qu'il faut prendre en considération, ce sont uniquement les actions ou omissions qui se sont produites pendant que l'obligation se trouvait à la charge de l'Etat. Si leur ensemble, quoique plus réduit, suffit malgré tout à constituer, pris isolément, le fait interdit par l'obligation, il faudra conclure à la violation de l'obligation; autrement, la conclusion contraire s'imposera. Pour s'en tenir à l'exemple de l'obligation qui interdit à l'Etat d'adopter une pratique discriminatoire en ce qui concerne l'accès de ressortissants étrangers à certaines professions, il paraît évident que si, pendant la période où l'obligation a été en vigueur, on n'a eu qu'un cas ou deux de refus à des étrangers de l'accès aux professions visées, on ne saurait parler de « pratique discriminatoire » et, par conséquent, de violation de l'obligation — cela même si de très nombreux cas de ce genre s'étaient produits avant l'entrée en vigueur de l'obligation à l'égard de l'Etat ou, à l'inverse, après l'extinction de celle-ci à l'égard de l'Etat.

23) Finalement, les modalités d'application de la règle générale dans le cas où le fait de l'Etat se présenterait comme un *fait complexe*, dont une partie seulement se serait déroulée pendant la période où l'obligation était en vigueur, demandent peut-être quelques explications plus détaillées. On peut parler de fait internationalement illicite complexe lorsque ce fait ressort globalement d'un ensemble d'actions ou omissions émanant d'un même organe ou, plus souvent, d'organes différents, ayant trait non pas, comme dans l'hypothèse d'un fait illicite composé, à une série de situations distinctes et indépendantes l'une de l'autre, mais à une seule et même affaire. C'est précisément par l'ensemble de ces actions ou omissions que l'infraction complexe est réalisée. Pour bien se rendre compte d'un tel phénomène, il faut avoir présent à l'esprit que, souvent, les obligations internationales n'imposent pas à l'Etat d'accomplir une action ou omission spécifiquement déterminée, mais d'assurer un certain résultat, en laissant à l'Etat le soin de déterminer comment il doit organiser la réalisation de ce résultat, et, surtout, en lui permettant d'y parvenir par des moyens en quelque sorte extraordinaires au cas où les moyens ordinaires n'auraient pas permis d'atteindre le but visé. Dans ce cas, le fait qu'un organe ou même que certains organes de l'Etat adoptent un comportement différent de celui qui permet-

tés. La Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités a institué un système spécial de contrôle destiné à détecter et à poursuivre exclusivement les « situations » caractérisées par « l'existence d'un ensemble de violations flagrantes et systématiques » [voir notamment les résolutions 1235 (XLII), du 6 juin 1967, 1503 (XLVIII), du 27 mai 1970, et 1919 (LVIII), du 5 mai 1975, du Conseil économique et social; les décisions 3 et 7 (XXXI) de la Commission des droits de l'homme, respectivement du 6 mars 1974 et du 24 février 1975; la résolution 1 (XXIV) de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités]. Il est évident qu'un cas isolé de comportement étatique adopté en dehors du respect des droits ou libertés envisagés ne suffit pas pour qu'on puisse imputer à l'Etat une « situation » rentrant dans les prévisions indiquées : celle-ci n'existera que si l'on peut relever à la charge du même Etat toute une série de comportements de ce genre.

trait sans plus la réalisation du résultat voulu par l'obligation internationale n'est pas suffisant pour affirmer définitivement que l'Etat a violé ladite obligation. Pour qu'une telle violation soit certaine, il faut qu'elle soit complète : il faut que même les derniers organes pouvant encore redresser la situation et faire en sorte que le résultat voulu par l'obligation internationale soit réalisé manquent à leur tour de le faire. Les actions ou omissions successivement accomplies par des organes de l'Etat dans l'affaire en question participeront alors, toutes et chacune, d'un ensemble unique formant précisément comme tel le fait complexe par lequel l'obligation internationale se trouve violée. Ainsi, par exemple, si une obligation internationale d'origine conventionnelle impose à l'Etat d'admettre les ressortissants d'un pays étranger déterminé à l'exercice d'une certaine profession, et si l'autorité administrative saisie d'une demande d'exercice de ladite profession lui oppose un refus, ce refus ne réalise pas encore une violation définitive de l'obligation internationale mentionnée. On ne pourra encore conclure à l'existence d'une telle violation tant que le résultat voulu par l'obligation pourra être encore assuré, soit grâce à une révision par la même autorité de sa décision initiale, soit par une annulation ou une modification de cette décision par une autorité supérieure. Ce ne sera que si les autorités supérieures compétentes successivement saisies par l'étranger intéressé ont toutes confirmé la décision du premier organe, et alors seulement, que l'empêchement à l'exercice par ledit étranger de la profession prévue par l'obligation internationale deviendra un fait internationalement illicite définitivement perpétré. C'est alors seulement que l'Etat pourra être accusé à juste titre de ne pas avoir assuré, par l'un quelconque des moyens à sa disposition, le résultat visé par l'obligation internationale, et que la violation de cette obligation, amorcée par le premier organe ayant agi en l'affaire, aura été complétée par le dernier organe nanti du pouvoir de remédier aux conséquences de l'action du premier.

24) Telle était donc la notion d'un fait complexe de l'Etat, il est normal de prévoir une fois de plus la possibilité qu'une partie seulement des actions ou omissions qui constituent un tel fait se soit déroulée pendant qu'une obligation requérant un résultat différent de celui auquel aboutit le fait complexe était en vigueur à l'égard de l'Etat. Il se peut, en effet, que l'obligation dont il s'agit ait été mise à la charge de l'Etat après que l'action ou omission initiale a déjà eu lieu. Pour en revenir à l'exemple donné ci-dessus, on peut supposer que l'étranger aspirant à l'exercice d'une certaine profession ait essuyé un refus de la part d'une autorité administrative compétente, mais cela avant que l'obligation internationale concernant l'exercice de ladite profession n'ait été mise à la charge de l'Etat. Si cela se produit, ce qui a été commis avant que l'obligation n'existe ne peut manifestement même pas être considéré comme l'amorce d'une violation de l'obligation en question. Si, par la suite, après l'entrée en vigueur de cette obligation à l'égard de l'Etat, l'étranger intéressé fait appel à une autorité supérieure, celle-ci n'aura nullement à censurer ou à annuler la décision prise antérieurement par l'autorité locale, car cette décision était alors parfaitement légitime. Le fait qu'elle ne soit pas rétrospectivement annulée après que l'obligation est née n'est pas de nature à constituer comme tel un fait illicite international, ni à en compléter un dont l'existence n'a aucunement commencé. Il se peut cependant que, en s'adressant à cette autorité supérieure, l'étranger renouvelle auprès de celle-ci sa demande d'admission à la profession qu'il désire exercer.

Dans ce cas, si cette autorité supérieure est elle-même compétente pour décider de la demande, elle devra alors donner l'autorisation requise, afin de conformer sa décision au résultat exigé par l'obligation internationale maintenant entrée en vigueur; autrement, elle devra renvoyer l'intéressé auprès de l'autorité inférieure compétente, et celle-ci sera alors tenue d'émettre une décision différente de celle qu'elle avait prise à propos de la première demande. Un nouveau refus de la part de l'une ou de l'autre de ces autorités mettrait alors en marche le processus d'un nouveau fait complexe, qui s'accomplirait alors dès le début sous le coup de l'obligation internationale, et constituerait donc sans doute un fait internationalement illicite pour autant qu'il serait confirmé, et non pas effacé, par la décision d'une autre instance étatique — judiciaire, par exemple — qui interviendrait ultérieurement en l'affaire.

25) Toutefois, il se peut, à l'inverse, que l'obligation internationale ait été en vigueur à l'égard de l'Etat au moment où la décision du premier organe étatique intervenu en l'affaire a été prise et que la dite obligation ait cessé d'exister avant que les organes, ou, du moins, les derniers des organes, dotés de la compétence de corriger cette première décision n'aient eu l'occasion de se prononcer. Dans ce cas, il semble cependant indéniable que le processus de la violation complexe de l'obligation internationale a été déclenché, et si aucune action n'intervient pour l'effacer, soit avant soit après que l'obligation ait cessé d'exister pour l'Etat, le simple fait de cette cessation ne peut pas avoir pour effet d'éliminer le fait que ce qui a été accompli auparavant par l'Etat a rendu impossible la réalisation du résultat alors exigé par l'obligation. En d'autres termes, l'extinction de l'obligation — par exemple à la suite de la dénonciation d'un traité intervenu entre-temps — pourra avoir pour effet qu'on ne pourra plus la violer à l'avenir, mais ne pourra pas faire que la violation amorcée disparaisse. Si les autres organes intervenus plus tard dans l'affaire voulaient éviter que cette violation se consolide et devienne définitive, en produisant ainsi ses effets sur le plan de la responsabilité internationale, ils devraient agir de façon à rendre la situation *ab initio* conforme au résultat voulu par l'obligation, sans se laisser détourner par le fait que celle-ci a, entre-temps, cessé d'être à la charge de l'Etat. Au cas où, par exemple, une obligation internationale d'origine conventionnelle imposerait à l'Etat de ne procéder sous aucune condition à une expropriation de certains biens étrangers, et où une mesure d'expropriation aurait néanmoins été prise pendant que l'obligation était en vigueur, les autorités étatiques supérieures auxquelles l'étranger dépossédé s'adresserait après l'extinction de cette obligation seraient tenues d'annuler la mesure prise et de réparer le préjudice<sup>439</sup>. Au cas où elles ne le feraient pas, la violation de l'obligation internationale serait définitivement consommée.

26) Pour tenir compte, donc, des différents aspects d'une incidence possible du facteur intertemporel à l'égard d'un fait étatique complexe, la Commission a formulé au paragraphe 5 de l'article 18 la règle d'après laquelle on ne peut conclure à la violation de l'obligation internationale que si le fait complexe non conforme à celle-ci commence par

<sup>439</sup> Cela ne veut évidemment pas dire qu'une nouvelle mesure d'expropriation — accompagnée, si l'on veut, d'une indemnisation adéquate — ne pourrait pas être adoptée par la suite, une fois que l'obligation conventionnelle qui l'interdirait a cessé d'être à la charge de l'Etat.

une action ou omission accomplie pendant la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de l'Etat, même si ce fait n'est complété que par la suite.

## Article 19

### Crimes et délits internationaux

1. Le fait d'un Etat qui constitue une violation d'une obligation internationale est un fait internationalement illicite quel que soit l'objet de l'obligation violée.
2. Le fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un Etat d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble constitue un crime international.
3. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 et d'après les règles du droit international en vigueur, un crime international peut notamment résulter :
  - a) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, comme celle interdisant l'agression;
  - b) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, comme celle interdisant l'établissement ou

le maintien par la force d'une domination coloniale;

c) d'une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celles interdisant l'esclavage, le génocide, l'apartheid;

d) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain, comme celles interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers.

4. Tout fait internationalement illicite qui n'est pas un crime international conformément au paragraphe 2 constitue un délit international.

*Commentaire \*/*

1) L'article 19 concerne la question de l'éventuelle incidence de l'objet de l'obligation internationale violée sur la qualification d'internationalement illicite du fait de l'Etat réalisant une telle violation, ainsi que sur le régime de la responsabilité applicable à ce fait au cas où son illicéité serait établie. La question présente certaines analogies avec celle qui a été examinée à l'article 17 mais le critère de distinction n'est plus, comme à l'article 17, un critère formel (à savoir l'origine ou la source de l'obligation internationale violée), c'est un critère de fond : le contenu ou l'objet de l'obligation en question, la matière à laquelle a trait le comportement que ladite obligation exige de l'Etat.

2) Le présent article a donc pour but d'établir a) s'il faut ou non reconnaître que, quel que soit l'objet d'une obligation internationale existant à la charge de l'Etat, la violation de cette obligation représente toujours un fait internationalement illicite; b) s'il faut en conclure que, quel que soit l'objet d'une obligation internationale existant à la charge de l'Etat et son caractère plus ou moins essentiel pour la communauté internationale, la violation de cette obligation donne toujours lieu à une même et unique catégorie de faits internationalement illicites et, par consé-

quent, justifie l'application d'un régime unique de responsabilité internationale, ou si, au contraire, il y a lieu de distinguer sur cette base des types différents de faits internationalement illicites et des régimes divers de responsabilité internationale.

3) Point n'est besoin de longs développements pour démontrer quelle doit être la réponse à la première de ces deux questions. La violation de la part de l'Etat d'une obligation internationale existant à sa charge est un fait internationalement illicite quel que soit l'objet de l'obligation internationale violée. Aucune restriction n'est à faire à ce sujet. Cette conclusion, qui découle implicitement de la formule de l'alinéa b de l'article 3 — et qui ne peut faire de doute sur un plan de pure logique, pour des raisons analogues à celles qui ont été indiquées à propos d'un autre article<sup>440</sup> —, est unanimement confirmée par la jurisprudence internationale, la pratique des Etats et les opinions des auteurs d'ouvrages scientifiques. On discute fréquemment, en présence de tel ou tel cas concret, du contenu exact d'une obligation mise par le droit international à la charge d'un Etat, et cela afin d'établir si, en l'espèce, il y a eu ou non violation de cette obligation, mais on n'a jamais prétendu que seule la violation d'obligations internationales ayant trait à un domaine donné, ou exigeant de l'Etat un comportement déterminé, engageait la responsabilité internationale.

4) Il n'y a pas un seul arrêt de la CPJI ou de la CIJ, ni une seule sentence arbitrale internationale qui admette, explicitement ou implicitement, l'existence d'obligations internationales dont la violation ne serait pas un fait illicite et n'entraînerait pas une responsabilité internationale. D'autre part, les sentences internationales qui énoncent en termes généraux les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite et de la naissance d'une responsabilité internationale parlent de la violation d'une obligation internationale sans faire de restriction pour ce qui est de l'objet de l'obligation violée<sup>441</sup>, et cela malgré le fait que, dans les différents cas d'espèce, les juges et les arbitres ont eu affaire à des obligations aux objets les plus divers.

On arrive aux mêmes conclusions en examinant les prises de position des Etats. Il est vrai que les travaux de codification de la responsabilité des Etats effectués sous les auspices de la SDN, ainsi que les premiers travaux entrepris par l'ONU, ont été limités à la responsabilité entraînée par la violation d'obligations relatives au traitement des étrangers. Mais il en a été ainsi parce qu'on s'intéressait alors tout particulièrement à cette matière, et non pas parce que l'on a jamais estimé que seule la violation des obligations concernant ladite matière constituait un fait internationalement illicite source de responsabilité. Les réponses des Etats à la demande d'informations soumise par le Comité préparatoire de la Confé-

<sup>440</sup> Voir ci-dessus art. 17, par. 7 du commentaire.

<sup>441</sup> Voir p. ex. les arrêts de la CPJI concernant l'Affaire relative à l'usine de Chorzów (compétence), du 26 juillet 1927 (C.P.J.I., série A, n° 9, p. 21) et *idem* (fond), du 13 septembre 1928 (*ibid.*, n° 17, p. 29) et l'avis consultatif de la CIJ concernant la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies (C.I.J. Recueil 1949, p. 184). Dans ces décisions, il est affirmé que « toute violation d'un engagement international » entraîne une responsabilité internationale. Voir aussi l'avis consultatif de la CIJ à propos de l'Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (deuxième phase) [C.I.J. Recueil 1950, p. 228], ainsi que les décisions judiciaires et arbitrales mentionnées ci-dessus à propos de l'article 17 (par. 9 du commentaire).

rence de 1930<sup>442</sup> et les prises de position des représentants des gouvernements à la Conférence elle-même<sup>443</sup> révèlent que, pour eux, la violation d'une obligation internationale de quel contenu que ce soit était un fait internationalement illicite et engageait la responsabilité de l'Etat. La même conviction ressort de l'attitude prise par les représentants des Etats à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies au cours des débats sur la codification de la responsabilité internationale<sup>444</sup>.

5) Pour les auteurs qui ont traité de la responsabilité internationale des Etats, il va généralement de soi que la violation par l'Etat d'une obligation internationale existant à sa charge est un fait internationalement illicite, quel que soit l'objet de l'obligation violée. Cela ressort implicitement dans leurs écrits, soit du fait que la qualification d'internationalement illicite du fait de l'Etat réalisant la violation d'une obligation internationale n'est assortie d'aucune restriction quant à l'objet de l'obligation<sup>445</sup>, soit du fait que l'on prend soin de préciser qu'il peut s'agir de la violation de toute obligation internationale<sup>446</sup>. Certes, de nombreux auteurs ont accordé une attention toute particulière aux conséquences de la violation d'obligations internationales relatives à un secteur déterminé, comme par exemple le traitement des étrangers et, plus récemment, la sauvegarde de la paix et de la sécurité internationales, mais il serait absurde d'y voir la preuve que, dans leur esprit, seule la violation des obligations touchant à de tels domaines serait illicite et entraînerait la responsabilité de l'Etat. Les projets de codification de la responsabilité des Etats qui prennent en considération toute la matière de la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, en général aussi bien que ceux qui ne traitent que de la responsabilité internationale pour violation des obligations relatives au traitement des étrangers, ne font pas non plus de restriction quant à l'objet de l'obligation internationale violée.

<sup>442</sup> Voir en particulier les réponses au point II de la demande d'informations (SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 20 et suiv.; et *Supplément au tome III* (op. cit.), p. 2 et 6).

<sup>443</sup> Voir SDN, *Actes de la Conférence...* (op. cit.), p. 26 à 59 et 159 à 161.

<sup>444</sup> On ne saurait voir une mise en doute du principe en question dans le fait que certains représentants à la Sixième Commission aient parfois exprimé leur insatisfaction du fait que toute violation d'une obligation internationale doive être considérée comme un fait internationalement illicite : ils estimaient que certaines de ces obligations n'étaient pas « justes » et que leur transgression n'était donc pas toujours blâmable. En réalité, ce que de telles prises de position mettent en doute, c'est l'existence même de certaines obligations « primaires », plutôt que la validité du principe de l'illicéité de la violation de toute obligation reconnue comme existante, quelle que soit la matière à laquelle elle se réfère.

<sup>445</sup> Voir p. ex. K. Strupp, *loc. cit.*, p. 6 et 60; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, 4<sup>e</sup> éd., Padoue, CEDAM, 1955, p. 386; J. Spiropoulos, *Traité théorique et pratique de droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1933, p. 274; Ch. Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1953, p. 361; B. Cheng, *op. cit.*, p. 170; P. Reuter, *loc. cit.*, p. 52; A. Schüle, *loc. cit.*, p. 329; G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, 8<sup>e</sup> éd. rev., Milan, Giuffrè, 1962, p. 245; G. Morelli, *op. cit.*, p. 347; E. Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 534; P. M. Kunis, *Mejdunarodnye pravonarouchenia i otvetstvennost gosudarstva*, Vilnius, Mintis, 1973, p. 110 et 111, 124 et suiv.

<sup>446</sup> Voir notamment L. Oppenheim, *op. cit.*, p. 337 et 343; C. C. Hyde, *op. cit.*, p. 882; G. Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 563. D'autres auteurs, comme C. Eagleton, H. Accioly, P. Guggenheim, J. H. W. Verzijl, G. Ténékidès, ont souligné le lien existant entre n'importe quelle obligation internationale, le fait illicite et la responsabilité. Pour Ténékidès, « Etablir la liste des cas de violation génératrice de responsabilité revient à préciser le contenu de la totalité des règles du droit international » (« Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1969, vol. II, p. 783).

6) La seconde des deux questions mentionnées *supra*<sup>447</sup> — à savoir celle qui consiste à se demander si, en fonction de l'objet de l'obligation internationale violée, et plus particulièrement de l'importance que la communauté internationale attache au respect d'obligations ayant un certain objet, une différenciation entre des types distincts de faits internationalement illicites se justifie — représente l'un des points les plus délicats de la tâche à remplir dans le cadre de la codification des règles générales du droit international relatives à la responsabilité des Etats. Autrefois, la thèse d'après laquelle les règles du droit international général relatives à la responsabilité des Etats ne prévoyaient qu'un régime unique de responsabilité s'appliquant à toute hypothèse de fait internationalement illicite de l'Etat, quel que soit l'objet de l'obligation à laquelle ce fait porte atteinte, était généralement partagée. Aujourd'hui, cette thèse est loin de recueillir encore une vaste adhésion. Pendant l'entre-deux-guerres déjà, des doutes ont été avancés de différents côtés à propos de la validité de la thèse « classique ». Mais ce n'est qu'après le deuxième conflit mondial qu'un véritable courant d'opinion en faveur d'une thèse différente s'est développé, courant d'opinion qui recueille une adhésion de plus en plus large. D'après ce courant, le droit international général prévoirait deux régimes de responsabilité absolument différents. L'un s'appliquerait en cas de violation par l'Etat de l'une des obligations dont le respect revêt une importance fondamentale pour la communauté internationale dans son ensemble : les obligations, par exemple de s'abstenir de tout acte d'agression de ne pas commettre de génocide, de ne pas pratiquer l'*apartheid* etc. L'autre régime s'appliquerait par contre, là où l'Etat n'aurait manqué qu'au respect d'une obligation d'une importance moins grande et moins générale. Sur cette base, on tend de plus en plus à distinguer deux catégories différentes de faits internationalement illicites de l'Etat : une catégorie plus restreinte, comprenant des infractions particulièrement graves, généralement appelées « crimes internationaux », et une catégorie beaucoup plus étendue, englobant la vaste gamme des infractions moins graves.

7) Il va sans dire que s'il peut se justifier de faire état d'une telle différenciation dans le texte d'un projet d'articles susceptible de devenir une convention internationale sur la responsabilité des Etats, c'est précisément parce que la valeur que l'on attribue à la différenciation en question n'est pas purement descriptive ou didactique, mais « normative ». Le fait d'établir éventuellement dans le cadre du présent chapitre une distinction entre les « crimes internationaux », d'une part, et les autres violations internationales, d'autre part, ne se justifie que parce que l'on est convaincu que le droit international actuel exige l'application de régimes différents de responsabilité internationale à ces catégories différentes de faits internationalement illicites, et que cette différence devra en son temps se trouver reflétée dans les règles qui seront formulées dans des chapitres ultérieurs du projet. En d'autres termes, on doit dès maintenant savoir que l'établissement d'une distinction entre faits internationalement illicites basée sur l'importance différente — et différente pour la communauté internationale dans son ensemble — de l'objet des obligations violées, et en même temps des proportions de ces violations, se reflétera nécessairement dans les conséquences juridiques respectivement rattachées aux faits internationalement illicites rentrant dans

<sup>447</sup> Voir ci-dessus par. 2.

l'une ou l'autre des deux catégories, ainsi que sur la détermination du sujet ou des sujets autorisés à mettre en œuvre ces conséquences. Cela dit, il est évident que le respect de l'économie globale du projet impose de ne pas dépasser le cadre du présent article en empiétant sur des matières qui formeront spécifiquement l'objet de la deuxième partie du projet, celle qui sera précisément consacrée au contenu, aux formes et aux degrés de la responsabilité internationale. Il faut ici se limiter à de simples références à ces questions, dans la mesure où elles sont indispensables à la définition et à la compréhension de l'objet du présent article.

8) Les instances judiciaires et arbitrales internationales semblent ne s'être jamais interrogées explicitement sur la question de savoir si l'objet des obligations internationales violées dans tel ou tel cas et l'importance attribuée au respect de ces obligations par la communauté internationale justifiaient ou non une différenciation entre types distincts de faits internationalement illicites. Leurs décisions ne montrent pas que, de propos délibéré, elles se soient posées des questions au sujet d'une éventuelle différence de régime de responsabilité à faire en fonction de ces aspects entre les faits internationalement illicites des Etats. Mais il est permis de se demander si une opinion des juges et des arbitres en la matière ne se dégagerait pas tout de même, implicitement, de leurs décisions. Pour ce qui est des formes de la responsabilité, on constate que, sauf peut-être dans certains cas marginaux, prêtant d'ailleurs à des interprétations différentes<sup>448</sup>, la responsabilité appliquée par des tribunaux internationaux relève toujours d'une même et unique notion générale, celle de la « réparation ». Le choix entre les différents types possibles de réparation n'a pas été fait non plus en fonction de l'objet de l'obligation violée. Cette constatation n'autorise cependant pas à en tirer des conclusions hâtives. Si les tribunaux internationaux ont toujours reconnu l'existence à la charge de l'Etat auteur d'un fait internationalement illicite d'une obligation de réparer, et seulement l'existence d'une telle obligation, rien n'autorise à en déduire qu'à leur avis l'Etat ne saurait jamais être soumis à une forme de responsabilité autre que la réparation<sup>449</sup>, ni qu'une éven-

tuelle différence du régime de responsabilité ne saurait être liée à la différence de l'objet des obligations internationales violées.

9) Le fait que les instances judiciaires et arbitrales internationales n'aient pas eu l'occasion de décider de l'application à des faits internationalement illicites d'une forme de responsabilité différente de l'obligation de réparer s'explique d'ailleurs aisément. En admettant par hypothèse que le droit international autorise, dans certaines circonstances, le recours à des « sanctions » contre l'Etat auteur de la violation d'obligations déterminées, les Etats décidés à se prévaloir de cette autorisation dans un cas déterminé ne se sont normalement pas adressés à un tribunal international pour lui demander si, dans ledit cas, l'application d'une telle forme de responsabilité internationale se justifiait ou non. La compétence des juridictions internationales est toujours d'origine volontaire, et les Etats souverains ont été jusqu'ici récalcitrants à s'en remettre au jugement d'un tiers pour la décision sur un point de ce genre. C'est pour ces raisons que les traités instituant des tribunaux internationaux, les statuts de ces derniers, ainsi que les clauses ou les compromis prévoyant les conditions d'un recours à des tribunaux, précisent souvent que ceux-ci, lorsqu'ils sont appelés à statuer sur la violation par un Etat d'une obligation internationale, ont uniquement le pouvoir de décider si réparation est due et quel en est le montant<sup>450</sup>. Rien n'autorise cependant à penser qu'en adoptant ces textes les parties intéressées aient voulu exclure que la violation d'une obligation internationale puisse aussi avoir en droit international d'autres conséquences de droit que l'obligation de réparer; elles ont simplement voulu exclure que les tribunaux en question aient à se prononcer à propos de ces autres conséquences éventuelles. Il est d'ailleurs arrivé qu'un tribunal arbitral international se soit tout de même exprimé au sujet de la licéité de l'application par l'Etat lésé d'une sanction, représentée en l'espèce par des actes de représailles armées. C'est ce qu'on relève dans la sentence sur la *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique* (incident de Naulilaa), rendue le 31 juillet 1928 par le tribunal arbitral institué en vertu des articles 297 et 298, par. 4 de l'annexe, *Traité de Versailles*<sup>451</sup>, et dans la

<sup>448</sup> Il est fait ici allusion aux quelques sentences dans lesquelles des tribunaux arbitraux internationaux ont condamné des Etats au paiement de ce qu'on appelle des « penal damages ». La question posée par l'application de ces « peines pécuniaires » sera examinée en détail dans le chapitre qui sera consacré spécialement aux formes de la responsabilité des Etats. Aux fins de la présente analyse, il suffit d'indiquer que ces prétendues « peines » n'ont en tout cas jamais été infligées à un Etat en raison de l'objet particulier de l'obligation dont il n'avait pas assuré le respect. On ne peut donc pas voir là un appui que la jurisprudence internationale apporterait aux thèses de ceux qui distinguent deux catégories différentes de faits internationalement illicites sur la base de l'objet de l'obligation violée.

<sup>449</sup> Cela n'est pas infirmé par le fait que parfois des sentences de la CPJI, des tribunaux arbitraux et de commissions de conciliation ont affirmé explicitement que la violation de toute obligation internationale entraîne l'obligation de réparer. Les juges et les arbitres auteurs des affirmations en question étaient expressément requis d'établir, par rapport à un cas donné, s'il y avait ou non obligation de réparer le préjudice. Leur réponse, basée sur ce que la Cour permanente définissait comme un « principe de droit international » et aussi comme « une conception générale du droit », était que, s'il y avait eu violation d'obligation, il y avait aussi « obligation de réparer dans une forme adéquate ». Mais il ne leur avait point été demandé d'établir aussi si cette obligation était, en toute hypothèse, l'unique conséquence entraînée par la violation. On trouvera une confirmation de ces remarques dans l'analyse de certaines décisions bien connues : les deux arrêts de la CPJI sur la compétence et le fond de l'Affaire relative à l'usine de Chorzów, respectivement du 26 juillet 1927 et du 13 septembre 1928 (pour référence, v. ci-dessus note 441); la sentence rendue par l'arbitre Max Huber sur les Réclamations britanniques au

Maroc espagnol, du 1<sup>er</sup> mai 1925 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II [op. cit.], p. 641); et celle qu'a rendue en l'Affaire *Armstrong Cork Company* le 22 octobre 1953 la Commission de conciliation Italie/Etats-Unis d'Amérique instituée en vertu de l'article 83 du *Traité de paix* du 10 février 1947 (*ibid.*, vol. XIV [op. cit.], p. 163).

<sup>450</sup> Dans le mémoire soumis le 1<sup>er</sup> octobre 1947 par le Royaume-Uni à la CIJ à propos de l'Affaire du détroit de Corfou, l'action de l'Albanie était définie comme une « international delinquency » et, vu les circonstances particulières de l'affaire, comme une « offence against humanity » aggravant sérieusement la violation du droit international et l'« international delinquency » commise par l'Etat (*C.I.J. Mémoires* 1949, p. 40, par. 72, al. a et b). Or, la forme de responsabilité dont le Royaume-Uni demandait l'application à l'Albanie était uniquement l'obligation de « réparer », obligation à laquelle elle était tenue « envers le Gouvernement du Royaume-Uni du fait de la violation de ses obligations internationales ». Mais cette limitation était imposée par l'article 36, par. 2, al. d, du Statut de la Cour, qui n'attribue à celle-ci que le pouvoir d'établir la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international. Le Royaume-Uni avait porté l'affaire devant la CIJ après que l'adoption du projet de résolution auparavant présenté par elle au Conseil de sécurité — et qui qualifiait la pose non notifiée de mines en temps de paix de « crime contre l'humanité » — avait été bloquée par le vote contraire d'un membre permanent du Conseil (*ibid.*, p. 369).

<sup>451</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (op. cit.), p. 1025 et suiv.

sentence du même tribunal, du 30 juin 1930, sur 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* (affaire Cysne)<sup>452</sup>. Dans les cas d'espèce, le tribunal a estimé comme légitime l'application d'une sanction sous forme de représailles à la double condition qu'elles soient proportionnées au fait illicite et que l'Etat lésé ait préalablement cherché sans y réussir à obtenir la réparation du préjudice subi. L'existence de formes différentes de responsabilité ne faisait donc pas de doute pour le tribunal. Ce qui, par contre, ne ressort pas expressément des sentences en question, c'est si, de l'avis du tribunal, le refus par l'Etat coupable d'accorder la réparation devait être vraiment considéré comme le seul cas où l'application d'une sanction pourrait être tenue pour légitime.

10) Dans les cas directement soumis à leur jugement, et à l'exception de ceux où une conclusion différente était explicitement ou implicitement prévue par un traité particulier, les instances judiciaires et arbitrales internationales n'ont reconnu qu'à l'Etat directement lésé dans ses propres « intérêts juridiques » le droit de présenter une réclamation pour faire valoir la responsabilité de l'Etat auteur d'un fait internationalement illicite. Appelée à se prononcer sur ce point, la CIJ, dans son arrêt du 18 juillet 1966 relatif aux *Affaires du Sud-Ouest africain*, s'est refusée à admettre que le droit international actuel connaissait « une sorte d'*actio popularis* » et reconnaissait « un droit pour chaque membre d'une collectivité d'initier une action pour la défense d'un intérêt public »<sup>453</sup>. Toutefois, dans un arrêt postérieur (5 février 1970), rendu dans l'*Affaire de la Barcelona Traction*, la Cour a ajouté une précision d'une grande importance pour la question ici examinée. Se référant à la détermination des sujets ayant un intérêt juridique au respect des obligations internationales, la Cour a déclaré :

Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats 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*.

Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide, mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général (*Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23); d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel<sup>454</sup>.

Ce passage a été l'objet d'interprétations divergentes, mais il semble incontestable que, par de telles affirmations, la Cour ait entendu faire une distinction de base entre les obligations internationales et, partant, entre les agissements commis en violation de ces obligations. En outre, elle a implicitement reconnu que cette distinction doit avoir une influence sur la détermination des sujets auto-

risés à fait valoir la responsabilité de l'Etat. D'après la Cour, il existe en effet un nombre, à vrai dire restreint, d'obligations internationales qui, de par l'importance que leur objet a pour la communauté internationale dans son ensemble, sont — à la différence des autres — des obligations au respect desquelles tous les Etats ont un intérêt juridique. Il en découle, toujours d'après la Cour, que la responsabilité engagée par la violation de ces obligations n'est pas seulement engagée envers l'Etat qui a été la victime directe de la violation. Elle se trouve engagée aussi envers tous les autres membres de la communauté internationale, tout Etat devant donc être considéré, en cas de violation de ces obligations, comme justifié à faire valoir — vraisemblablement par la voie judiciaire — la responsabilité de l'Etat auteur du fait internationalement illicite.

11) L'analyse des opinions des tribunaux internationaux qui précède montre donc que ces instances n'excluent pas, en principe, l'existence de régimes différents de responsabilité de l'Etat pour faits internationalement illicites. Au contraire, elles paraissent parfois soutenir l'idée que, dans certaines hypothèses du moins, une autre forme de responsabilité pourrait se substituer à l'obligation de réparer, et que des sujets autres que celui qui est directement lésé seraient autorisés à faire valoir la responsabilité découlant du fait illicite. Ce que l'on ne peut pas toujours en déduire, c'est une réponse à la question de savoir si, indépendamment même d'un refus de réparer, l'application d'une forme de responsabilité autre que la réparation — et évidemment plus grave que celle-ci — serait justifiée en raison de l'objet spécifique de l'obligation internationale violée et de son importance pour la communauté internationale. Toutefois, aussi isolée que la manifestation d'une telle opinion dans un jugement international puisse encore paraître, le passage cité de l'arrêt de la CIJ dans l'*Affaire de la Barcelona Traction* et, en particulier, les conclusions que l'on peut en tirer pour ce qui est du sujet ayant droit à faire valoir la responsabilité apparaissent comme un facteur important à l'appui de la thèse qui prône la distinction de deux régimes distincts de responsabilité internationale selon l'objet de l'obligation internationale violée et, par conséquent, fonde sur cette distinction celle de deux types différents de faits internationalement illicites de l'Etat.

12) En ce qui concerne la *pratique des Etats* en la matière, on remarque, au cours du XX<sup>e</sup> siècle, une évolution indéfinissable. Il faut distinguer à ce propos deux phases successives : celle qui précède la seconde guerre mondiale et celle qui débute après sa fin. Pendant la première période, l'idée paraît dominer dans la conviction des Etats que l'objet de l'obligation violée n'a pas d'incidence sur le régime de la responsabilité applicable à un fait internationalement illicite — et ce même si l'on rencontre déjà dans cette période quelques manifestations d'une évolution vers une conviction différente. Les Etats a tant participé, sous les auspices de la SDN, aux travaux de la codification de la responsabilité internationale pour dommages causés à des étrangers n'ont jamais manifesté à cette occasion l'avis que l'objet de l'obligation internationale violée devrait avoir une incidence sur le régime de responsabilité rattaché à cette violation. En revanche, si les réponses des gouvernements à la « demande d'informations » soumise par le Comité préparatoire de la Conférence de 1930<sup>455</sup> ainsi que

<sup>452</sup> *Ibid.*, p. 1056 et suiv.

<sup>453</sup> Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 47.

<sup>454</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32.

<sup>455</sup> Le point II de la demande indiquait qu'un Etat qui manquerait de se conformer à son obligation « engagerait sa responsabilité et devrait réparation en la forme qui pourrait être appropriée » (v. SDN, *Bases de discussion...* [op. cit.], p. 20). Pour les réponses des

les débats qui ont eu lieu au sein de la Conférence<sup>456</sup>, permettent, certes, d'affirmer qu'à l'époque les Etats reconnaissaient unanimement que la violation de n'importe quelle obligation internationale entraînait à sa charge l'obligation de réparer, elles ne permettent pas pour autant de conclure aussi que les mêmes Etats étaient d'avis que l'obligation de réparer était la seule forme de responsabilité engagée par un fait internationalement illicite. Il ressort d'ailleurs aussi de ces travaux, bien que d'une manière indirecte, que les gouvernements reconnaissaient la faculté de l'Etat lésé d'agir en représailles contre l'Etat auteur de la violation d'une obligation internationale relative au traitement des étrangers<sup>457</sup> — généralement à la condition d'avoir préalablement engagé vainement l'action en réparation. Ils étaient également d'accord pour reconnaître qu'il existait plusieurs formes de « réparation » pouvant être appliquées « selon les circonstances »<sup>458</sup>. Toutefois, les prises de position des gouvernements ne laissent pas entendre que ceux-ci aient fait un rapport quelconque entre la matière formant l'objet de l'obligation internationale violée — ou entre son caractère plus ou moins essentiel pour la communauté internationale — et l'applicabilité d'une forme de réparation plutôt que d'une autre, ou la légitimité ou non d'agir en représailles. L'objet de l'obligation violée n'a pas été considéré non plus comme ayant une incidence sur la détermination du sujet autorisé à faire valoir la responsabilité de l'Etat auteur du fait internationalement illicite<sup>459</sup>. Sur ces bases, la formulation d'une distinction entre deux ou plusieurs catégories de faits internationalement illicites en fonction de l'objet de l'obligation était en fait exclue. On pourrait, bien sûr, objecter que le domaine restreint (traitement des étrangers) auquel se référait en 1930 le travail de codification concernait une matière offrant peut-être moins que d'autres l'occasion d'y distinguer des obligations d'une importance exceptionnelle et dont la violation pourrait être très grave pour la communauté internationale dans son ensemble. Cependant, abstraction faite de la possibilité qu'en cette matière aussi des faits internationalement

illicites de cette catégorie puissent se produire, il serait vraisemblablement arbitraire de présumer que, rapportées à d'autres domaines, les prises de position des gouvernements auraient été alors différentes. Il ne faut pas oublier que ces prises de position étaient souvent formulées en des termes très généraux et ne se référaient donc pas uniquement au domaine faisant l'objet de la tentative de codification.

13) L'attitude adoptée par les Etats dans des situations concrètes confirme ce que l'on vient de dire. Lors de différends dus à la violation d'une obligation internationale déterminée, les parties intéressées se sont souvent heurtées sur le point de savoir si l'Etat auteur de la violation était ou non tenu de rétablir l'Etat lésé dans la situation d'avant la violation, ou de fournir une prestation à titre de dédommagement ou de peine pécuniaire. Un autre grave point de litige a été de savoir si l'Etat lésé était ou non justifié à infliger une sanction à l'Etat auteur du fait internationalement illicite. Les parties ont, enfin, discuté du montant de la réparation due ou des limites de la sanction autorisée d'après le droit international. Mais il n'a pas été question de faire appel à l'objet de l'obligation violée pour soutenir que le choix entre les différentes formes possibles de responsabilité devait se faire sur la base de cet objet; on ne s'est pas non plus référé à l'objet de l'obligation pour en tirer des conséquences quant à la détermination du sujet autorisé à faire valoir la responsabilité internationale.

14) Toutefois, des indices d'une évolution qui se dessine apparaissent déjà, comme il a été indiqué ci-dessus, dans la période précédant la seconde guerre mondiale. Pendant l'entre-deux-guerres, l'affirmation progressive du principe interdisant le recours à la guerre comme moyen de règlement des différends internationaux est, dans la conscience juridique des membres de la communauté internationale, allée de pair avec celle de la conviction qu'un manquement à ladite interdiction ne pouvait pas être traité en infraction « comme les autres ». Point n'est ici besoin de rappeler l'influence décisive que certains grands traités multilatéraux, et en particulier le Pacte de la SDN et le Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale, de 1928 (« Pacte de Paris » ou « Pacte Briand-Kellogg »), ont eue pendant cette période sur l'évolution de l'attitude générale du droit international d'égard de la licéité de l'emploi de la force pour régler les différends internationaux. Pendant la même période, le projet de « Traité d'assistance mutuelle » élaboré en 1923 par la SDN qualifiait déjà la guerre d'agression de « crime international »<sup>460</sup>. Le préambule du Protocole pour le règlement pacifique des différends internationaux (Genève, 1924) définissait la guerre d'agression comme une infraction à la solidarité qui unit les membres de la communauté internationale et comme un « crime international »<sup>461</sup>, la résolution adoptée le 24 septembre 1927 par la SDN confirmait également cette définition<sup>462</sup>. Finalement, la résolution adoptée le

gouvernements, voir *ibid.*, p. 20 et suiv., et *Supplément au tome III (op. cit.)*, p. 2.

<sup>456</sup> Voir, pour ces débats, SDN, *Actes de la Conférence...* (*op. cit.*), p. 129 et suiv. L'article 3 adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence était rédigé comme suit :

« La responsabilité internationale de l'Etat comporte le devoir de réparer le dommage subi en tant qu'il est la conséquence de l'inobservation de l'obligation internationale » (*ibid.*, p. 237; et *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3).

<sup>457</sup> La « demande d'informations » traitait des représailles non pas sous l'angle des conséquences entraînées par la violation d'une obligation internationale, mais sous celui des circonstances excluant la responsabilité. Pour les réponses des gouvernements, voir SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 128 et suiv., et *Supplément au tome III (op. cit.)*, p. 4 et 22. La base de discussion n° 25, rédigée en conformité avec les réponses des gouvernements, reconnaissait, dans certaines circonstances, le caractère légitime de l'exercice de représailles.

<sup>458</sup> Le point XIV de la « demande d'informations » énumérait une série de formes de réparation allant de l'exécution de l'obligation dont on avait auparavant refusé de s'acquitter aux réparations pécuniaires et autres, et incluant aussi les indemnités dues à titre de pénalité pour l'infraction. La base n° 29 élaborée par le Comité préparatoire à la suite des réponses des gouvernements mentionnait, à côté de l'obligation de réparer les préjudices causés par l'inobservation de l'obligation, celle « de donner une satisfaction à l'Etat qui a été lésé dans la personne de ses ressortissants, sous la forme d'excuses plus ou moins solennelles et, dans les cas appropriés, par la punition des coupables » (SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 151).

<sup>459</sup> Voir les réponses au point XIII de la « demande d'informations » (SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 140 et suiv.; et *Supplément au tome III (op. cit.)*, p. 4, 23 et suiv.).

<sup>460</sup> Voir SDN, *Journal officiel*, 4<sup>e</sup> année, n° 12 (décembre 1923), p. 1521. La difficulté de se mettre d'accord sur la signification du terme « agression » a seule empêché que le projet soit adopté. Mais les parties contractantes étaient d'accord pour considérer la guerre d'agression comme un « crime international ».

<sup>461</sup> Voir SDN, *Journal officiel*, *Supplément spécial n° 21*, p. 21. Le Protocole fut adopté à l'unanimité par les 48 Etats Membres de la SDN. Signé par 19 Etats, il ne put recueillir qu'une seule ratification.

<sup>462</sup> Voir SDN, *Journal officiel*, *Supplément spécial n° 53*, p. 22. La résolution fut adoptée à l'unanimité.

18 février 1928 par la VI<sup>e</sup> Conférence panaméricaine déclarait que la guerre d'agression était « un crime international contre le genre humain »<sup>463</sup>. Certes, rien n'est dit, dans ces actes, du régime de responsabilité à appliquer en cas de violation de l'interdiction de commettre un acte d'agression. Mais il est impossible que les Etats aient pu être convaincus qu'une telle violation (qu'on n'hésite pas de qualifier de « crime ») n'entraîne pas de conséquences autres que celles qui font normalement suite à des faits internationalement illicites de bien moindre gravité. Le jour où l'on interdit le recours à la force comme moyen de poursuite de la politique internationale, on ne peut qu'admettre comme conséquence logique que la violation d'une telle interdiction entraîne nécessairement l'application de sanctions ayant elles-mêmes un caractère coercitif et la possibilité d'intervention à cet effet de sujets autres que l'Etat directement attaqué. Il ne faut d'ailleurs pas oublier non plus que le Pacte de la SDN prévoyait déjà un régime spécial de responsabilité pour toute violation de l'obligation, inscrite dans le Pacte, de ne pas recourir à la force pour le règlement des différends internationaux avant d'avoir utilisé au préalable les procédures de règlement pacifique disponibles. Les articles 16 et 17 préoyaient en effet un régime de responsabilité consistant à soumettre l'« agresseur » à des « sanctions » que tous les Etats Membres étaient tenus de lui appliquer.

15) La nécessité de distinguer, dans la catégorie générale des faits internationalement illicites des Etats, une catégorie à part, comprenant les illicéités exceptionnellement graves, se fait en tout cas sentir de manière toujours plus évidente depuis la fin de la seconde guerre mondiale. Plusieurs facteurs ont sans doute contribué à cette évolution plus marquée. Le terrible souvenir des ravages sans précédent causés par le conflit mondial, l'effrayant coût de cette guerre en vies humaines, en biens et richesses de toute sorte, la crainte d'un retour possible des souffrances endurées — et même de la disparition de larges fractions de l'humanité et de toute trace de civilisation que provoquerait un nouveau conflit au cours duquel tout l'arsenal d'armes de destruction massive serait employé —, tous ces facteurs ont enraciné dans la conscience des peuples la conviction de l'importance primordiale de l'interdiction du recours à la force comme moyen de règlement des différends internationaux. Le sentiment d'horreur laissé par les massacres systématiques de millions d'êtres humains perpétrés par le régime nazi, l'exécution ressentie pour les atteintes les plus brutales à la vie et à la dignité de l'homme, ont mis en évidence la nécessité de faire en sorte que non seulement le droit interne des Etats, mais avant tout le droit de la communauté internationale elle-même énonce des règles impératives pour la sauvegarde et le respect des droits fondamentaux des peuples et de l'être humain — tout cela a poussé à l'affirmation la plus énergique de l'interdiction de crimes tels que le génocide, l'*apartheid* et d'autres pratiques inhumaines du même genre. La solidarité de larges couches de la population mondiale dans la lutte de libération menée par les peuples soumis à la domination coloniale, la fermeté avec laquelle ces peuples sont décidés à défendre ce bien suprême de la liberté aujourd'hui acquise, sont les éléments décisifs qui ont amené à la reconnaissance affirmée du droit de tout peuple de se constituer en entité politique indépendante et

à l'interdiction en général de toute action mettant en cause l'indépendance d'un autre Etat. Plus récemment, les nécessités du développement économique et social des uns et des autres et les merveilleuses réalisations de la science et de la technique — mais aussi les terribles dangers engendrés par leurs progrès — ont amené les Etats à prendre conscience de la nécessité impérieuse de protéger les biens communs les plus essentiels de l'humanité et, surtout, de sauvegarder et de préserver l'environnement humain au profit des générations actuelles et futures. De nouvelles règles de droit international sont ainsi apparues, d'autres en voie de formation ont définitivement été acquises, d'autres encore, qui existaient déjà, ont pris une nouvelle vigueur et une signification plus marquée; ces règles mettent à la charge des Etats des obligations dont le respect répond à un intérêt collectif accru de la communauté internationale tout entière. Et, progressivement aussi, la conviction est née qu'une violation éventuelle des obligations imposées par des règles de cette nature ne peut pas être considérée et traitée comme une violation « comme les autres », que nécessairement elle représente un fait internationalement illicite beaucoup plus grave, une infraction qui doit se qualifier autrement, et donc comporter la soumission à un autre régime de responsabilité.

16) Trois données paraissent à la Commission revêtir une signification importante comme preuve directe ou indirecte de cette conviction : a) la distinction, récemment consacrée dans le cadre des règles du droit international, d'une catégorie spéciale de règles dites « impératives » ou de *jus cogens*; b) l'avènement du principe en vertu duquel l'individu-organe qui a violé par son comportement des obligations internationales d'un contenu déterminé doit lui-même être considéré, en dépit du fait qu'il a agi en qualité d'organe de l'Etat, comme personnellement punissable, et cela d'après des règles de droit pénal interne particulièrement sévères; c) le fait que la Charte des Nations Unies rattache des conséquences spécialement déterminées à la violation de certaines obligations internationales.

17) Pour ce qui est du premier point, il n'est guère nécessaire de retracer ici tout le processus qui a amené à distinguer formellement, dans le cadre des règles générales du droit international, la catégorie particulière des règles de *jus cogens*. Il importe de souligner que l'apparition, sur le plan international aussi, de ce type de règles, prouve que, dans la conscience juridique des membres de la communauté internationale, l'objet des obligations imposées aux Etats par le droit des gens est pris en considération aux fins d'une différenciation à faire entre deux sortes de règles et, donc, d'obligations juridiques — d'une différenciation entraînant, pour la violation respective des unes et des autres, l'applicabilité de conséquences juridiques différentes. L'importance pour la communauté des Etats du contenu des normes du *jus cogens* international est telle qu'on en vient à interdire la dérogation à ces normes par voie de convention particulière entre deux ou divers membres de ladite communauté, comme le stipule l'article 53 de la Convention de Vienne<sup>464</sup>. Bien sûr, l'interdiction

<sup>463</sup> Cet article se lit comme suit :

<sup>463</sup> La résolution fut adoptée à l'unanimité par les 21 Etats présents à la Conférence. [Pour texte, voir A. Alvarez, *Le panaméricanisme et la sixième Conférence panaméricaine, tenue à La Havane en 1928*, Paris, Les Editions internationales, 1928, p. 184.]

« Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. »

de déroger à certaines règles n'implique pas nécessairement et automatiquement que la violation des obligations qui en découlent doit être soumise à un régime de responsabilité différent de celui qui fait suite à la violation des obligations créées par les autres règles. Mais l'on conçoit mal que l'évolution de la conscience juridique des Etats en ce qui concerne l'idée de l'inadmissibilité d'une dérogation à certaines règles n'ait pas été accompagnée d'une évolution parallèle dans le domaine de la responsabilité des Etats. Il semblerait en effet contradictoire que l'on continue à appliquer les mêmes conséquences à la violation d'obligations découlant des règles définies comme « impératives » et à la violation d'obligations découlant des règles auxquelles il est permis de déroger par voie d'accords particuliers. De même, il semblerait contradictoire que, en cas de violation d'une règle d'une importance telle pour la communauté internationale dans son ensemble qu'on la qualifie d'« impérative », on voie toujours le rapport de responsabilité s'établir uniquement entre l'Etat auteur de la violation et l'Etat directement lésé par celle-ci.

18) La Convention de Vienne donne, dans son article 53, une définition générale des normes qui doivent être considérées comme ayant un caractère impératif (*jus cogens*), l'un des éléments de la définition étant qu'une norme de ce genre doit être « acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble ». Le but de cette définition est de servir de critère aux Etats et aux tribunaux internationaux<sup>465</sup> pour identifier *in concreto* ces normes. La Convention, pas plus d'ailleurs le projet d'articles de la CDI qui a été à la base de son élaboration, ne donne donc pas d'exemples concrets de normes impératives du droit international général. Au cours des débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission de l'Assemblée générale avant la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, ainsi qu'à la Conférence même, des représentants des Etats ont cependant cité parfois quelques exemples de normes ayant à leur avis un tel caractère. D'une façon générale, on peut dire que la plupart des exemples mentionnés correspondent, pour l'essentiel, à ceux qu'ont avancés les membres de la CDI lors du débat sur le projet d'articles sur le droit des traités, où l'on trouve cités, comme des cas de traités « nuls » en tant que portant dérogation à une norme impérative du droit des gens,

[...] a) le traité qui envisage un emploi illicite de la force contraire aux principes de la Charte; b) le traité qui envisage l'exécution de tout autre acte constituant un crime au regard du droit international; et c) le traité qui envisage ou tolère l'accomplissement d'actes tels que la traite des esclaves, la piraterie ou le génocide, à la répression desquels tout Etat est tenu de coopérer. [...] comme autres exemples possibles, il a été question des traités qui violent les droits de l'homme, l'égalité des Etats ou le principe de l'autodétermination<sup>466</sup>.

19) Le deuxième point ne paraît pas moins significatif aux fins considérées ici. On sait qu'aujourd'hui le droit

international charge les Etats de la répression des crimes appelés « crimes de droit international » (« crimes under international law »); on range dans cette catégorie unique les « crimes contre la paix », les « crimes contre l'humanité » et les « crimes de guerre » proprement dits<sup>467</sup>.

<sup>467</sup> Les principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg et par le jugement de ce tribunal ont été confirmés par l'Assemblée générale dans sa résolution 95 (I), du 11 décembre 1946. Dans sa résolution 177 (II), du 21 novembre 1947, l'Assemblée générale chargea la CDI de formuler ces principes et de préparer un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

En 1950, la Commission a établi une formulation des principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg et par le jugement de ce tribunal (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 [A/1316]*, p. 12).

Le principe I dispose que

« Tout auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce fait et passible de châtement. »

Le principe VI énumère les crimes de droit international suivants :

« a. Crimes contre la paix :

« i) Projeter, préparer, déclencher ou poursuivre une guerre d'agression ou une guerre faite en violation de traités, accords et engagements internationaux;

« ii) Participer à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa i.

« b. Crimes de guerre :

« Les violations des lois et coutumes de la guerre, qui comprennent, sans y être limitées, les assassinats, les mauvais traitements ou la déportation pour les travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction perverse des villes ou villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires.

« c. Crimes contre l'humanité :

« L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes. »

Le texte révisé du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité a été soumis par la CDI à l'Assemblée générale en 1954 (*ibid.*, neuvième session, Supplément n° 9 [A/2693], p. 11). L'article 1<sup>er</sup> du projet déclare que

« Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité définis dans le présent code sont des crimes de droit international, et les individus qui en sont responsables seront punis ».

L'article 2 énumère les différents actes qui, d'après le projet, sont des « crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ». Le projet se limite à traiter des « crimes » qui compromettent ou mettent en péril le maintien de la paix et de la sécurité internationales. En 1957, l'Assemblée générale a ajourné l'examen du projet de code jusqu'au moment où elle reprendrait la question de la définition de l'agression. En 1968, il a été décidé de ne pas reprendre la question ni celle de la juridiction criminelle internationale et d'en reporter l'examen à une session ultérieure, lorsque les travaux visant à arrêter une définition de l'agression seraient plus avancés.

Des conventions internationales particulières concernant des « crimes de droit international » ont cependant été conclues sous les auspices des Nations Unies, telles que, par exemple, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, p. 277), la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, du 26 novembre 1968 (*ibid.*, vol. 7 4, p. 73), et la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, du 30 novembre 1973 (non encore en vigueur) [résolution 3068 (XXVIII) de l'Assemblée générale, annexe]. Une conférence de plénipotentiaires, réunie en application des dispositions de la résolution 608 (XXI) du Conseil économique et social, a adopté la Convention relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 266, p. 3), supplémentaire à la Convention relative à l'esclavage, signée à Genève le 25 septembre 1926 (SDN, *Recueil des Traités*, vol. LX, p. 253). Le

(Suite de la note 467 page suivante)

<sup>465</sup> L'article 66 de la Convention de Vienne prévoit une procédure de règlement judiciaire devant la CIJ ou l'arbitrage pour la solution des différends concernant l'application ou l'interprétation des articles de la convention relatifs au *jus cogens*.

<sup>466</sup> *Annuaire*... 1966, vol. II, p. 270, doc. A/6309/Rev.1, deuxième partie, chap. II, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », art. 50, par. 3 du commentaire. Il est intéressant de noter qu'en donnant ces exemples certains membres avaient mis en évidence la nécessité de ne pas croire à une identité de portée de la notion de normes « impératives » du droit international et de celles, à leur avis plus restreinte, de « crimes au regard du droit international ».

20) Le système de répression de ces « crimes » prévus par le droit international d'après la seconde guerre mondiale se caractérise, comme il a été indiqué, par le fait de considérer comme « punissables » les individus auteurs d'agissements commis par eux en leur qualité d'organes de l'Etat, mais aussi par le fait de reconnaître à des tribunaux d'Etats autres que l'Etat auquel appartiennent les organes en question la faculté — qui souvent est aussi un devoir — de soumettre à jugement et de punir ces agissements<sup>468</sup>. Les dérogations aux critères habituels du droit international que cela comporte sont manifestes. En outre, des « principes de coopération internationale » ont été proclamés aux fins de la recherche, de l'arrestation et de l'extradition « des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité »<sup>469</sup>. Ces principes excluent également la possibilité d'accorder l'asile territorial « à des individus dont on a de sérieuses raisons de penser qu'ils ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité »<sup>470</sup>; ils excluent aussi la possibilité de refuser l'extradition de ces individus en invoquant la nature « politique » des crimes perpétrés par eux<sup>471</sup>. Enfin, les Etats ont souscrit à l'obligation de considérer comme « imprescriptibles » les crimes dont il s'agit<sup>472</sup>.

21) Cela dit, il faut s'empresse de préciser qu'il serait erroné d'assimiler la faculté-devoir reconnue à certains Etats de punir les individus auteurs de crimes du type décrit à la « forme spéciale » de responsabilité internationale applicable à l'Etat dans les cas en question<sup>473</sup>. L'obli-

gation de punir personnellement les individus-organes coupables de crimes contre la paix, contre l'humanité, etc., ne constitue pas, pour la Commission, une forme de responsabilité internationale de l'Etat, et une telle punition n'épuise en aucun cas la poursuite de la responsabilité internationale incombant à l'Etat pour les faits internationalement illicites qui, de par le comportement de ses organes, lui sont attribués dans de tels cas. Le châtement des dirigeants de l'appareil étatique qui ont déclenché une guerre d'agression ou qui ont organisé un génocide ne libère pas pour autant l'Etat lui-même de sa propre responsabilité internationale pour un tel fait. A l'inverse, il n'est pas dit non plus que, en ce qui concerne l'Etat, n'importe quel « crime de droit international » commis par l'un de ses organes et pour lequel son auteur est tenu pour personnellement punissable en dépit de sa qualité d'organe étatique doive automatiquement être considéré, non seulement comme un fait internationalement illicite dudit Etat, mais encore un fait entraînant à sa charge une forme « spéciale » de responsabilité. Aux fins de la matière formant l'objet du présent article, le fait que les organes de l'Etat auteurs de certains agissements ont été rendus passibles d'une punition à titre personnel est surtout important parce qu'il témoigne indéniablement de l'importance exceptionnelle attribuée aujourd'hui par la communauté internationale au respect d'obligations ayant un certain objet. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les obligations décrites dans les paragraphes qui précèdent, pour la violation desquelles on a prévu le châtement personnel de leurs auteurs, correspondent dans une large mesure à celles qu'imposent certaines règles de *jus cogens*. Le contenu particulièrement important de certaines obligations internationales, le fait que leur respect conditionne en réalité la vie de la société internationale, sont les facteurs qui, dans bien des cas du moins, ont fait exclure toute possibilité de déroger par des conventions particulières aux règles qui les imposent. Ce sont aussi les facteurs qui ont fait apparaître leur violation comme étant sans commune mesure avec un manquement à d'autres obligations. La nécessité de prévenir la violation d'obligations aussi essentielles semble bien justifier à la fois que l'individu-organe d'une telle violation soit tenu pour personnellement punissable, et qu'en même temps l'Etat auquel appartient ledit organe soit soumis à un régime spécial de « responsabilité internationale ».

22) L'incidence du troisième point mentionné *supra*<sup>474</sup> sur la question dont il s'agit ici est évidente. Elle découle du fait que, en formulant l'obligation « primaire » que l'on doit aujourd'hui considérer comme la plus essentielle — ou comme l'ensemble d'obligations le plus essentiel — du droit international, la Charte des Nations Unies assortit cette formulation d'une détermination explicite des conséquences applicables à une violation éventuelle. Il peut être utile de résumer brièvement le système de la Charte à ce sujet. Le paragraphe 3 de l'Article 2 prévoit que

Les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger<sup>475</sup>.

gations d'un contenu déterminé est ou non une responsabilité internationale « pénale », mais si elle est ou non une responsabilité « différente » de celle qui découle de la violation des autres obligations internationales de l'Etat.

<sup>474</sup> Voir ci-dessus par. 16, c.

<sup>475</sup> De cette disposition découle l'ensemble des dispositions du Chapitre VI (Règlement pacifique des différends) de la Charte

(Suite de la note 467)

préambule de la convention supplémentaire rappelle que la Déclaration universelle des droits de l'homme, que l'Assemblée générale a proclamée comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations, dispose que nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude et que l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes.

<sup>468</sup> La faculté-devoir de punir les auteurs de ces crimes est généralement reconnue à l'Etat sur le territoire duquel lesdits crimes ont été commis, que cet Etat s'identifie ou non avec celui dont ces individus sont les organes. Voir p. ex. la résolution 3 (I), sur l'extradition et le châtement des criminels de guerre, adoptée le 13 février 1946 par l'Assemblée générale des Nations Unies; l'article VI de la convention sur le génocide [pour référence, v. ci-dessus note 467]; et le point 5 de la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale, du 3 décembre 1973, énonçant les « Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crime de guerre et de crimes contre l'humanité ». Parfois, à la juridiction de l'Etat sur le territoire duquel les crimes ont été perpétrés, s'ajoute celle d'une cour criminelle internationale qui serait éventuellement constituée (art. VI de la Convention sur le génocide). Enfin, il n'est pas exclu que, dans certains cas, les auteurs de crimes de droit international puissent être punis par tout Etat ayant juridiction sur eux d'après leur propre droit interne (art. V de la convention sur l'*apartheid* [pour référence, v. ci-dessus note 467]).

<sup>469</sup> Voir points 2, 4, 5, 6, 8 et 9 de la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale, du 3 décembre 1973.

<sup>470</sup> Point 7 de la résolution 3074 (XXVIII), et article 1, par. 2, de la Déclaration sur l'asile territorial, adoptée par l'Assemblée générale le 14 décembre 1967 (résolution 2312 (XXII)).

<sup>471</sup> Voir p. ex. art. VII de la convention sur le génocide et art. XI de la convention sur l'*apartheid*.

<sup>472</sup> Voir Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité [pour référence, v. ci-dessus note 467].

<sup>473</sup> Il semble évident que l'on ne saurait parler d'une responsabilité internationale « pénale » de l'Etat à propos de l'applicabilité de peines à la personne de certains de ses organes, que ce soit dans un pays ou dans un autre. D'ailleurs, même si l'on voulait représenter plus correctement comme une responsabilité internationale pénale de l'Etat celle qui se traduirait dans l'application de mesures nettement répressives et afflictives, il est douteux qu'il soit utile d'étendre au droit international des catégories juridiques spécifiques du droit interne. Aux fins considérées ici, l'essentiel n'est pas tant de savoir si la responsabilité entraînée à la charge de l'Etat par la violation d'obli-

Ce principe se trouve complété par celui qui figure au paragraphe 4 du même article, qui stipule que

Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies.

Pour garantir le respect de l'obligation ainsi formulée par les Etats Membres — et même par les Etats non membres<sup>476</sup> —, le chapitre VII de la Charte prévoit la possibilité soit d'une action préventive contre une violation de la paix dont la menace se dessinerait, soit d'une « action coercitive » destinée « au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales » au cas où la violation aurait été perpétrée<sup>477</sup>. La compétence pour le constat de « l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression » est attribuée par l'Article 39 au Conseil de sécurité, qui, à la suite d'une telle constatation, « fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises [...] pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ». Quant à ces mesures, dont le caractère éminemment « collectif » est souligné par plusieurs dispositions<sup>478</sup>, l'Article 41 énumère celles qui n'impliquent pas le recours à la force armée<sup>479</sup> et l'Article 42 celles qui impliquent un tel recours et qui peuvent être entreprises si celles qui sont prévues à l'Article 41 étaient ou se révélaient inadéquates<sup>480</sup>. En outre, et en attendant que le Conseil de sécurité ait pu prendre les mesures nécessaires pour organiser et mettre à exécution une telle action coercitive collective, la possibilité d'une action coercitive immédiate, « individuelle ou collective », est aussi prévue à l'Article 51, qui, en vue d'un emploi spécifique de la force à titre de « légitime défense » prévoit la levée provisoire de l'interdiction générale de cet emploi. Cette levée concerne l'Etat Membre victime d'une agression armée ainsi que d'autres Membres se considérant également menacés par l'action de l'agresseur, ou simplement liés à la victime de l'agression par des accords de sécurité collective, et notamment par l'un de ces accords régionaux qui forment l'objet du Chapitre VIII (Art. 52 à 54) de la Charte<sup>481</sup>. Les Articles 5

et 6 complètent le cadre des dispositions de la Charte quant aux conséquences de la violation de l'une des obligations juridiques établies par la Charte en ce qui concerne la poursuite des buts institutionnels des Nations Unies<sup>482</sup>. La première de ces deux dispositions prévoit la possibilité qu'un Membre « contre lequel une action préventive ou coercitive a été entreprise par le Conseil de sécurité » soit suspendu de « l'exercice des droits et privilèges inhérents à la qualité de Membre ». La deuxième prévoit la possibilité de l'exclusion de l'Organisation d'un Membre qui « enfreint de manière persistante les principes énoncés dans la [...] Charte ».

23) La Commission ne juge pas nécessaire, aux fins de la formulation du présent article, de s'engager dans une analyse théorique des différentes mesures pouvant être prises dans le cadre du système des Nations Unies afin d'établir notamment lesquelles d'entre elles peuvent être qualifiées, d'un point de vue strictement juridique, de « sanctions ». Elle ne juge pas non plus nécessaire de retracer l'historique des circonstances qui ont empêché, tout au moins en partie la constitution du système prévu au Chapitre VII de la Charte, ni d'examiner ici dans quelle mesure on a partiellement remédié à la faculté du Conseil de sécurité d'agir par voie de décisions obligatoires pour les Membres en utilisant la possibilité qu'a ledit Conseil d'agir par voie de recommandations, ou celle qu'a l'Assemblée générale de faire des recommandations sur la base, par exemple, de sa résolution 377 (V), du 3 novembre 1950, intitulée « L'union pour le maintien de la paix ». Enfin, il n'est pas non plus question d'analyser ici les procédures suivies dans la pratique en ce qui concerne les opérations pour le maintien de la paix » (« peace-keeping « operations »). Ce qui, par contre, présente un intérêt certain aux fins de la formulation du présent article, c'est la question de savoir comment s'identifient les grandes catégories d'obligations juridiques dont la Charte des Nations Unies entend spécialement assurer le respect et pour la violation desquelles l'application de mesures spéciales de répression a été prévue.

bilité de réaliser les autres accords qui auraient dû être conclus en vertu de l'Article 43, et même de mettre en œuvre les dispositions transitoires de sécurité prévues à l'Article 106 (Chap. XVII).

<sup>482</sup> A première vue, le paragraphe 2 de l'Article 94 de la Charte semblerait étendre indirectement à toutes les obligations juridiques internationales les garanties spécialement établies pour le respect des obligations imposées aux Etats Membres en vue de la poursuite des buts institutionnels de l'Organisation. En réalité, il n'y a qu'une seule obligation qui, d'après cette disposition, est garantie par la possibilité d'une action du Conseil de sécurité : à savoir celle que met à la charge des Membres le paragraphe 1 du même article, de « se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie ». La faculté que le paragraphe 2 de l'Article 94 donne à l'Etat intéressé d'invoquer l'action du Conseil de sécurité est en quelque sorte, dans le système juridique des Nations Unies, le pendant de ce qu'était dans le droit international général classique la faculté d'appliquer des mesures de représailles à l'Etat qui refusait d'exécuter l'obligation de réparation imposée pour un fait internationalement illicite.

A ce propos, il faut aussi noter que la « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies », adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 2625 (XXV), du 24 octobre 1970, proclame, comme un des corollaires du principe que les Etats s'abstiennent dans leurs relations internationales de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, que ces Etats ont le devoir de s'abstenir « d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force ». D'autre part, à propos de l'action militaire britannique menée à Harib (République arabe du Yémen) le 28 mars 1964, le Conseil de sécurité, dans sa résolution 188 (1964), du 9 avril 1964, a condamné les représailles « comme étant incompatibles avec les buts et les principes des Nations Unies ».

<sup>476</sup> Le paragraphe 6 de l'Article 2 prévoit en effet que

« L'Organisation fait en sorte que les Etats qui ne sont pas Membres des Nations Unies agissent conformément à ces principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales. »

<sup>477</sup> L'Article 5 emploie l'expression « action préventive ou coercitive ».

<sup>478</sup> Le paragraphe 5 de l'Article 2 prévoit en général que

« Les Membres de l'Organisation donnent à celle-ci pleine assistance dans toute action entreprise par elle conformément aux dispositions de la présente Charte et s'abstiennent de prêter assistance à un Etat contre lequel l'Organisation entreprend une action préventive ou coercitive. »

Les dispositions qui mettent en évidence le caractère collectif des mesures que le Conseil peut prendre sont celles des Articles 43, 45, 48, 49 et 50.

<sup>479</sup> Celles-ci peuvent comprendre « l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radio-électriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques ».

<sup>480</sup> L'action qu'il est loisible au Conseil de sécurité d'entreprendre « peut comprendre des démonstrations, des mesures de blocus et d'autres opérations exécutées par des forces aériennes, navales ou terrestres de Membres des Nations Unies ».

<sup>481</sup> Ces accords et, en général, tout le système de garanties prévu par l'Article 51 ont pris une importance accrue à la suite de l'impossi-

24) Les éléments de base permettant de répondre à une telle question sont fournis, de l'avis de la Commission, par la disposition déjà citée du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte, qui engage les Etats Membres à ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force, et par celles qui, à l'Article 1, énoncent les buts des Nations Unies : prévenir et écarter les menaces à la paix et réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, assurer le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. Au sujet de ces dispositions statutaires, il faut d'ailleurs mentionner le fait que, d'après la *communis opinio*, les obligations énoncées dans ces dispositions de la Charte sont désormais entrées dans la coutume internationale et lient tous les Etats, qu'ils soient ou non Membres des Nations Unies<sup>483</sup>.

25) La possibilité d'appliquer à un Etat une action coercitive engagée et organisée par l'ONU elle-même est liée par la Charte à la poursuite du premier des buts (Art. 1<sup>er</sup>, par. 1) assignés à l'Organisation, celui que les auteurs de la Charte ont indéniablement considéré comme le plus essentiel pour la vie et la survie de la société internationale. Les faits internationalement illicites pour la prévention et pour la répression desquels cette possibilité exceptionnelle de recours à une action coercitive collective a été conçue se résument dans les trois expressions « menace à [contre] la paix », « rupture de la paix » et « acte d'agression », qui sont aussi mentionnées dans l'article par lequel s'ouvre le Chapitre VII (Art. 39). De grands efforts ont été faits dans le cadre des Nations Unies pour parvenir à une définition de la notion d'agression, efforts qui ont été couronnés de succès par l'adoption, le 14 décembre 1974, de la « Définition de l'agression » établie par la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale. Cette définition conçoit l'agression comme « la forme la plus grave et la plus dangereuse de l'emploi illicite de la force » et qualifie à son tour la guerre d'agression de « crime contre la paix » qui « donne lieu à responsabilité internationale ». Elle énonce une longue série d'actes dont « l'un quelconque [...] réunit [...] les conditions d'un acte d'agression », en précisant que l'énumération détaillée ainsi faite n'est pas limitative et que le Conseil de sécurité peut qualifier d'autres actes d'agression, conformément aux dispositions de la Charte, vu notamment que « la question de savoir s'il y a eu acte d'agression [doit] être examinée compte tenu de toutes les circonstances propres à chaque cas ».

26) Toutefois, le lien établi par la Charte entre la possibilité d'entreprendre une action coercitive collective sous les auspices de l'Organisation et la condition de l'existence d'une « menace à la paix », d'une « rupture de la paix » ou d'un « acte d'agression » explique aussi d'autres développements qui se sont produits au sein des Nations Unies. Ce lien est à l'origine des efforts déployés par de nombreux Etats pour faire considérer ladite condition comme

<sup>483</sup> Ce fait est souligné par la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats. La validité universelle et inconditionnelle des buts et principes de la Charte des Nations Unies « en tant que fondement des relations entre Etats », quels que soient leurs dimensions, leur situation géographique, leur niveau de développement ou leur système politique, économique et social, a aussi été réaffirmée solennellement par d'autres textes tels que la Déclaration sur le renforcement de la sécurité internationale, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 2734 (XXV), du 16 décembre 1970, où il est dit que « la violation de ces principes ne saurait être justifiée par aucune circonstance ».

remplie même dans des cas où les agissements déplorés n'entrent pas, à proprement parler, dans la notion classique de la menace ou de l'emploi de la force dans les relations internationales. Les agissements pris en considération à cette fin sont surtout le maintien par la force d'une domination coloniale ou le maintien par la force, à l'intérieur d'un Etat, d'un régime d'*apartheid* ou de discrimination raciale<sup>484</sup>. La Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats fait écho à l'Article 1, par. 2, de la Charte en mentionnant, comme une application du « principe que les Etats s'abstiennent dans leurs relations internationales de recourir à la menace ou à l'emploi de la force », le devoir de tout Etat

[...] de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait de leur droit à l'autodétermination, à la liberté et à l'indépendance les peuples mentionnés dans la formulation du principe de l'égalité de droits et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

La même déclaration énonce, précisément comme une application du « principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes » le devoir de tout Etat

de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait les peuples mentionnés ci-dessus dans la formulation du présent principe de leur droit à disposer d'eux-mêmes, de leur liberté et de leur indépendance<sup>485</sup>.

De son côté, la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée par l'Assemblée générale par sa résolution 1904 (XVIII), du 20 novembre 1963, affirme à l'article 1<sup>er</sup> que

La discrimination entre les êtres humains pour des motifs de race, de couleur ou d'origine ethnique [...] doit être condamnée [...] comme un fait susceptible de troubler la paix et la sécurité entre les peuples.

<sup>484</sup> La thèse prônée par les représentants de ces pays dans les différents organes des Nations Unies revient avant tout à soutenir, sur la base des paragraphes 2 et 3 de l'Article 1 de la Charte, que le recours par un Etat à la force pour garder un peuple, vivant sur le territoire de cet Etat ou sur un territoire administré par lui, sous un régime d'*apartheid* ou de domination coloniale doit être qualifié d'emploi de la force « incompatible avec les buts des Nations Unies ». Par conséquent, cet emploi est considéré comme interdit aux termes du dernier membre de phrase de l'Article 2, par. 4. Reste cependant le fait que cette dernière disposition n'interdit aux Membres le recours à la menace ou à l'emploi de la force que « dans leurs relations internationales ». Les pays concernés soutiennent alors parfois que les peuples soumis aux régimes mentionnés doivent être considérés comme des sujets de droit international distincts avant de devenir des Etats indépendants, et même avant d'attendre le statut international d'insurgés. Ils font aussi valoir, d'ailleurs, que le recours par un Etat à la force pour maintenir une domination coloniale ou un régime d'*apartheid* doit être considéré comme un fait susceptible d'entraîner des conséquences dangereuses sur le plan des relations internationales proprement dites et, partant, comme un fait entrant dans la notion générale de « menace à la paix » et justifiant, comme tel, le recours à des mesures de contrainte.

<sup>485</sup> La Déclaration ajoute que

« Lorsqu'ils réagissent et résistent à une telle mesure de coercition dans l'exercice de leur droit à disposer d'eux-mêmes, ces peuples sont en droit de chercher et de recevoir un appui conforme aux buts et principes de la Charte. »

Elle proclame également le devoir de tout Etat de favoriser, conjointement avec d'autres Etats ou séparément,

« la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe [...] »

27) En ce qui concerne le maintien par la force d'une *domination coloniale*, l'Assemblée générale, faisant référence à la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, figurant dans sa résolution 1514 (XV), du 14 décembre 1960, formule durant dix ans une série de résolutions d'une teneur à peu près égale. Elle déclare que la persistance du régime colonial « constitue une menace à la paix et à la sécurité internationales », « met en danger la paix et la sécurité internationales », ou « constitue un grave obstacle au maintien de la paix et de la sécurité internationales »<sup>486</sup>. Après 1970, le langage des résolutions de l'Assemblée définit désormais « les guerres coloniales menées pour éliminer les mouvements de libération nationale en Afrique australe » comme incompatibles « avec la Charte des Nations Unies » et comme constituant une « menace à la paix et à la sécurité internationales »<sup>487</sup>. L'Assemblée générale invite les Etats Membres directement, en des termes qui se font de plus en plus pressants, à « apporter [...] une aide morale et matérielle [...] aux mouvements de libération nationale »<sup>488</sup>, et elle reconnaît « la légitimité » de la lutte menée par les peuples coloniaux pour exercer « leur droit à l'autodétermination et à l'indépendance par tous les moyens nécessaires dont ils disposent »<sup>489</sup>.

L'Assemblée adopte aussi une série de résolutions relatives à des cas précis. Dans le cas des *territoires administrés par le Portugal*, par exemple<sup>490</sup>, l'Assemblée recommande aux Etats Membres la rupture des relations diplomatiques avec la métropole, la fermeture des ports, le boycottage des marchandises, l'abstention de toute assistance au Gouvernement portugais, l'interdiction de la vente et de la fourniture d'armes, etc.<sup>491</sup>. En 1967, dans sa résolution 2270 (XXI), l'Assemblée générale condamne énergiquement la guerre coloniale menée par le gouvernement portugais d'alors contre les peuples pacifiques des territoires sous sa domination, guerre qui constitue, de l'avis de l'Assemblée, « un crime contre l'humanité » et « une menace grave à la paix et à la sécurité internationales ».

Dans le cas de la *Namibie*, après l'abrogation du mandat de l'Afrique du Sud sur ce territoire, l'Assemblée générale demande à cet Etat de retirer dudit territoire toutes ses

forces militaires, administratives, de police, etc. L'Assemblée voit une violation flagrante de l'intégrité territoriale de la Namibie dans la persistance de la présence sud-africaine<sup>492</sup>. Outre qu'elle reconnaît la légitimité de la lutte menée « par tous les moyens » par le peuple de la Namibie contre « l'occupation illégale de son pays », et invite les Etats et les organisations internationales à aider le peuple namibien dans sa lutte, l'Assemblée générale constate que la situation dans ledit territoire « constitue une menace à la paix et à la sécurité internationales »<sup>493</sup>. Elle invite donc le Conseil de sécurité à adopter les mesures prévues au Chapitre VII de la Charte<sup>494</sup>. Aussi bien l'Assemblée que le Conseil invitent les Etats Membres à adopter une série de mesures pour contraindre l'Afrique du Sud à retirer son administration de ce territoire. Appelée à son tour à se prononcer, la CIJ, dans son avis consultatif du 21 juin 1971, a affirmé l'obligation de l'Afrique du Sud de retirer son administration du territoire de la Namibie en soulignant que

Tant qu'elle laisse subsister cette situation illégale et occupe le territoire sans titre, l'Afrique du Sud encourt des responsabilités internationales pour violation persistante d'une obligation internationale<sup>495</sup>.

La Cour a également indiqué qu'il appartenait au Conseil de sécurité d'indiquer les mesures à prendre pour mettre fin à la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie, et elle a affirmé le devoir des Etats même non membres de s'associer à l'action des Nations Unies concernant ce territoire. De l'avis de la Cour,

la cessation du mandat et la déclaration de l'illégalité de la présence sud-africaine en Namibie sont opposables à tous les Etats, en ce sens qu'elles rendent illégale *erga omnes* une situation qui se prolonge en violation du droit international<sup>496</sup>.

Enfin, le cas de la *Rhodésie du Sud* est celui qui donne lieu aux prises de position les plus avancées. Le Conseil de sécurité, saisi de la question, n'hésite pas à reconnaître que la situation rhodésienne représente « une menace à la paix et à la sécurité internationales » et décide en conséquence l'application de certaines mesures sur la base de l'Article 41 de la Charte<sup>497</sup>. Le Conseil comme l'Assemblée demandent aux Etats Membres de prendre des mesures contre le régime rhodésien; l'Assemblée générale réitère en particulier sa requête habituelle d'aide matérielle, morale, politique et humanitaire au peuple zimbabwe, engagé dans sa lutte « légitime » pour la liberté et l'indépendance<sup>498</sup>.

28) En ce qui concerne l'*apartheid* et la discrimination raciale dans des pays nommément indiqués, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité adoptent, à partir de 1960, des résolutions dans lesquelles on dit de la situation en Afrique du Sud qu'elle « met en danger » et même « met gravement en danger » la paix et la sécurité inter-

<sup>486</sup> Voir résolutions 2105 (XX) [1965], 2189 (XXI) [1966], 2326 (XXII) [1967], 2465 (XXIII) [1968], 2548 (XXIV) [1969] et 262 (XXV) [1970].

<sup>487</sup> Résolution 2878 (XXVI), du 20 décembre 1971. Cette résolution vise « la persistance du colonialisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations », y incluant le racisme *l'apartheid* et aussi le colonialisme économique. Les résolutions 2908 (XXVII) [1972], 3163 (XXVIII) [1973] et 3328 (XXIX) [1974] ont une teneur identique.

<sup>488</sup> Diverses résolutions, dont la résolution 2708 (XXV), du 14 décembre 1970, adressent la même invitation aux institutions spécialisées et aux autres organismes des Nations Unies.

<sup>489</sup> Ces résolutions de l'Assemblée générale ne font que développer le principe énoncé dans le premier point de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux [résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale], où il est déclaré que « La sujétion des peuples à une subjugation, à une domination et à une exploitation étrangères constitue un déni des droits fondamentaux de l'homme, est contraire à la Charte des Nations Unies, et compromet la cause de la paix et de la coopération mondiales. »

<sup>490</sup> Pour la reconnaissance de la légitimité de la lutte menée par les « peuples [...] des [...] territoires sous domination portugaise [...] par tous les moyens nécessaires dont ils disposent », voir entre autres les résolutions 2107 (XX) [1965], 2270 (XXII) [1967], 2707 (XXV) [1970], 3113 (XXVIII) [1973]. La résolution de 1973 est la dernière adoptée à l'égard du Portugal, le changement de régime et de politique au sujet des territoires coloniaux étant intervenu peu après.

<sup>491</sup> Voir notamment la résolution 2107 (XX), déjà citée, la résolution 2795 (XXVI), de 1971, et la résolution 3113 (XXVIII), déjà citée.

<sup>492</sup> Résolution 2325 (XXII) [1967].

<sup>493</sup> Résolution 3399 (XXX) [1975]. Voir aussi résolution 2678 (XXV) [1970].

<sup>494</sup> Résolution 2678 (XXV).

<sup>495</sup> Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 54.

<sup>496</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>497</sup> Voir résolutions 232 (1966), 253 (1968), 277 (1970), 320 (1972), 328 (1973), 333 (1973).

<sup>498</sup> Voir, entre autres, les résolutions de l'Assemblée générale 2022 (XX) [1965], 2652 (XXV) [1970] et 3396 (XXX) [1975].

nationales<sup>499</sup>. A partir de 1965, l'Assemblée générale attire régulièrement l'attention du Conseil de sécurité sur le fait que la situation dans ce même pays constitue une « menace », et même une « menace grave », à la paix et à la sécurité internationales, et que des mesures économiques et autres du type prévu au Chapitre VII de la Charte s'avèrent indispensables pour résoudre le problème de l'*apartheid*<sup>500</sup>. En même temps, l'Assemblée générale s'adresse directement aux Etats Membres, d'abord pour les inviter à adopter des mesures propres à faire abandonner à l'Afrique du Sud sa politique d'*apartheid* et les engager à rompre les relations diplomatiques, consulaires, économiques, politiques et militaires avec ce pays<sup>501</sup>, puis aussi pour leur demander d'adopter des mesures coercitives telles que le blocus de ports, le boycottage de marchandises, etc. Enfin, l'Assemblée générale reconnaît la légitimité du combat mené par la population opprimée par l'*apartheid*<sup>502</sup> et fait appel aux Etats Membres en des termes de plus en plus pressants pour qu'ils apportent leur appui politique, moral et matériel et une « assistance accrue » à ceux qui combattent l'*apartheid*. Une allusion indirecte à la sanction prévue à l'Article 6 de la Charte se retrouve aussi dans ces résolutions<sup>503</sup>. Le Conseil de sécurité, de son côté, admet successivement que la situation en Afrique du Sud « risquerait de menacer la paix et la sécurité internationales », « trouble gravement la paix et la sécurité internationales », « constitue une menace potentielle à la paix et à la sécurité internationales ». Il ne recourt pas directement aux mesures prévues à l'Article 42 de la Charte, mais invite quand même les Membres à décréter l'« embargo » sur les fournitures d'armes, de munitions et de véhicules militaires à l'Afrique du Sud<sup>504</sup>.

29) Un examen objectif de la pratique des Etats dans le cadre des Nations Unies permet donc de constater que le maintien par la force d'une domination coloniale, tout comme celui d'une politique coercitive d'*apartheid* ou de discrimination raciale absolue, paraît désormais être considéré dans le système juridique de l'Organisation — et

vraisemblablement aussi dans le droit international général — comme la violation d'une obligation internationale établie qui veut qu'on s'abstienne de ces pratiques ou qu'on y mette fin. Il semble également possible de constater que des infractions de cette nature, surtout si elles se perpétuent, sont considérées comme particulièrement graves et susceptibles d'entraîner des conséquences de droit plus sévères que celles qui sont rattachées à des faits internationalement illicites de moindre importance. On ne peut certes pas encore relever une vraie convergence de vues quant au type d'« actions » ou de « mesures » susceptibles d'être légitimement prises à l'encontre des faits mentionnés, non plus que sur d'autres points délicats de droit<sup>505</sup>, mais ce fait ne semble pas infirmer, de l'avis de la Commission, la conclusion principale, à savoir que la communauté internationale paraît désormais reconnaître la gravité particulière de faits internationalement illicites tels que le maintien par la force d'une domination coloniale ou d'une politique d'*apartheid*<sup>506</sup>.

30) Enfin, il est un autre domaine dans lequel l'attitude des Etats fait ressortir que ceux-ci et les peuples qu'ils représentent ont pris et prennent de plus en plus conscience des conséquences gravement préjudiciables que peuvent avoir certaines activités, et se rendent compte de la nécessité que le droit international impose des limites fermes à une liberté par trop dangereuse. D'où l'affirmation progressive, dans la conscience des membres de la communauté internationale, du caractère indispensable de certaines interdictions, affirmation qui va de pair avec celle de la conviction que la violation de ces interdictions,

<sup>499</sup> Voir Conseil de sécurité, résolutions 134 (1960), 181 (1963), 191 (1964), et Assemblée générale, résolutions 1598 (XV), de 1961, 1663 (XVI), de 1961, 1761 (XVII), de 1962, 1881 (XVIII), de 1963.

<sup>500</sup> Voir Assemblée générale, résolutions 2054 (XX) [1965], 2202 (XXI) [1966], 2307 (XXII) [1967], 2396 (XXIII) [1968], 2506 (XXIV) [1969], 2671 F (XXV) [1970], 2775 F (XXVI) [1971], 2923 E (XXVII) [1972], 3151 G (XXVIII) [1973], 3324 E (XXIX) [1974], 3411 G (XXX) [1975].

<sup>501</sup> Voir résolution 2646 (XXV) [1970], qui englobe aussi dans cette recommandation « d'autres régimes racistes en Afrique australe ».

<sup>502</sup> D'abord, l'Assemblée générale assigne à ce combat le but d'assurer les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tout le peuple sud-africain sans distinction de race, de langue ou de religion (Charte, Art. 1<sup>er</sup>, par. 3), puis celui d'exercer son droit inaliénable à l'autodétermination (Art. 1<sup>er</sup>, par. 2). A partir de 1970, les résolutions reconnaissent la légitimité de la lutte menée par le peuple sud-africain par tous les moyens à sa disposition. Voir aussi, à ce sujet, les résolutions 2646 (XXV) [1970] et 3377 (XXX) [1975], cette dernière réaffirmant le bien-fondé de « la lutte des peuples opprimés pour se libérer du racisme, de la discrimination raciale, de l'*apartheid*, du colonialisme et de la domination étrangère ». En des termes plus modérés, la légitimité du combat mené par le peuple de l'Afrique du Sud « pour s'assurer les droits de l'homme et les droits politiques » est aussi reconnue par le Conseil de sécurité [résolutions 282 (1970) et 311 (1972)].

<sup>503</sup> La résolution 2646 (XXV) affirme que « tout Etat dont la politique ou la pratique officielle se fonde sur la discrimination raciale, et notamment l'*apartheid*, enfreint les buts et les principes de la Charte et ne devrait donc pas avoir sa place à l'Organisation des Nations Unies ».

<sup>504</sup> Voir Conseil de sécurité, résolutions 134 (1960), 181 (1963), 191 (1964), 282 (1970) et 311 (1972).

<sup>505</sup> Par exemple, l'idée de la légitimité selon la Charte de l'application par des Etats tiers de mesures coercitives impliquant l'emploi de la force à l'encontre d'Etats qui pratiquent l'*apartheid* ou qui maintiennent leur domination coloniale sur d'autres pays est fortement mise en doute par un ensemble assez important d'Etats. Il en va de même pour la légitimité, toujours d'après la Charte, de l'aide armée qu'un Etat tiers apporterait à la lutte d'un peuple pour sa libération de la domination étrangère. Divers gouvernements doutent en effet que l'Assemblée générale — ou le Conseil de sécurité, d'ailleurs — ait le pouvoir de lever par voie de simples recommandations l'interdiction du recours à la force que la Charte a établi pour toute hypothèse, hormis celle, exceptionnelle, de la légitime défense, ou celle, également exceptionnelle, de la participation à une action entreprise, sur sa « décision », par le Conseil de sécurité. Les Etats en question ne souscrivent pas non plus à l'idée de définir en droit comme « légitime défense », selon les termes de l'Article 51 de la Charte, l'action armée menée par un peuple pour se soustraire à l'*apartheid* ou à la domination coloniale. Ils ne peuvent donc pas admettre que l'intervention éventuelle d'un autre Etat dans le combat soit présentée comme une participation à une « légitime défense collective », toujours selon les termes de l'Article 51. Enfin, ces mêmes Etats ont beaucoup de difficulté à accepter — avec les conséquences qui en découleraient — de voir des « relations internationales » aux termes de l'Article 2, par. 4, dans les relations entre un Etat et un peuple soumis à sa domination coloniale, du moins tant que ce peuple n'a pas acquis cette capacité juridique internationale limitée que le droit international reconnaît, dans certain es conditions, aux mouvements insurrectionnels.

<sup>506</sup> Les positions adoptées par les Etats à l'égard de conventions conclues pour la prévention et la répression de certains « crimes internationaux », comme celles qu'ont trait au génocide et à l'*apartheid*, semblent confirmer les conclusions ébauchées. En rédigeant la convention sur le génocide [pour référence, v. ci-dessus note 467], adoptée à l'unanimité, les Etats n'ont pas vraiment entendu placer ce crime, du point de vue des conséquences qui lui seraient rattachées, sur le même plan que, par exemple, un acte d'agression qualifiée. Les dispositions de la convention sur l'*apartheid* [pour référence, v. ci-dessus note 467] rappellent, par contre, de très près celles de la Charte concernant l'action à entreprendre sur la base du Chapitre VII en cas d'atteinte à la paix et à la sécurité internationales. Toutefois, c'est précisément à cause de ce rapprochement que la convention en question n'a pas pu être adoptée à l'unanimité et n'a encore recueilli que peu de signatures et de ratifications.

surtout si elle atteignait des proportions massives, représenterait un fait internationalement illicite d'une gravité exceptionnelle.

31) Comme on a déjà eu l'occasion de le noter, la conviction s'est de plus en plus faite dans les consciences que les étonnants progrès de la science moderne, s'ils ont permis et permettent des réalisations merveilleuses et hautement bienfaisantes pour les êtres humains, rendent en revanche possibles des atteintes aux effets terriblement destructeurs non seulement à leurs potentialités de développement économique et social, mais à leur santé et à la possibilité même de survie des générations actuelles et futures. En même temps, l'accroissement continu de la population mondiale, la nécessité impérieuse d'augmenter la production de biens de consommation pour faire face à cet accroissement et plus encore à l'exigence d'une amélioration du niveau de vie de larges masses humaines, ont porté au premier plan de l'attention mondiale les problèmes de la sauvegarde, de la préservation et, si possible, de l'amélioration de l'environnement humain.

32) On connaît les risques auxquels cet environnement se trouve exposé par l'homme armé des moyens actuels : la pollution, par un facteur ou par un autre, de vastes zones de l'atmosphère, des mers ou des terres, la destruction de la faune de certains vastes espaces maritimes et, par là, de ressources essentielles pour l'alimentation de populations entières, la transformation de régions fertiles en terres arides et improductives, la dissémination de poisons, de bactéries et d'autres agents chimiques aux effets mortels pour les hommes et pour les animaux, la modification des conditions météorologiques et le changement des climats, l'altération de la nappe phréatique et de la qualité des eaux potables ou destinées à l'irrigation — et ce ne sont là que des exemples, car la réalité risque de dépasser l'imagination. C'est à ce sujet que des réunions fréquentes de savants et de diplomates jettent des cris d'alarme depuis des années et que des efforts croissants sont déployés, au sein de l'ONU surtout, pour arriver à imposer aux Etats l'obligation de s'abstenir de certaines pratiques et de veiller également au respect par leurs sujets de certaines interdictions. Jusqu'ici, certes, les résultats de ces efforts n'ont été que très partiels. Si par exemple on est parvenu, dans le domaine chimique et bactériologique, à l'adoption par tous les Etats d'un instrument collectif prévoyant jusqu'à la destruction des stocks existants d'armes de ce genre<sup>307</sup>, par contre l'interdiction des expériences nucléaires<sup>308</sup> n'a encore pu être qu'incomplète et assortie de possibilités de retrait des obligations établies, de sorte qu'elle n'a pas été unanimement acceptée. Toutefois, des progrès sont en vue, notamment en ce qui concerne la prévention d'actions sur l'environnement et le climat à des fins militaires et à d'autres fins hostiles et incompatibles avec le maintien de la sécurité internationale et le bien-être et la santé de l'être humain : l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé d'inscrire à l'ordre du jour provisoire de sa trente et unième session la question de la conclusion d'une convention en la matière<sup>309</sup>. En outre,

<sup>307</sup> Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, annexée à la résolution 2826 (XXVI) de l'Assemblée générale, du 16 décembre 1971.

<sup>308</sup> Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, du 5 août 1963 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 480, p. 43).

<sup>309</sup> La question figure sous le titre suivant : « Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles : rapport de la

plusieurs manifestations de l'opinion des Etats sur ces différents points prouvent que des règles non écrites se sont formées ou sont en voie de formation dans la coutume internationale. La Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, adoptée à Stockholm le 16 juin 1972, proclame que la protection et l'amélioration de l'environnement est une question « d'importance majeure » qui affecte le bien-être des populations et le développement économique « dans le monde entier », et qu'elle constitue « un devoir pour tous les gouvernements ». Elle engage donc les Etats à coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la protection contre la pollution et autres dommages écologiques<sup>310</sup>. Dans ces conditions, il semble indéniable que les règles de droit international général existant en la matière — et celles qui viendront nécessairement s'y ajouter à l'avenir — ne peuvent qu'apparaître dans une large mesure comme des règles « impératives » aux yeux de la communauté internationale dans son ensemble. Il semble non moins indéniable que les obligations découlant de ces règles ont pour objet la sauvegarde d'intérêts tellement vitaux pour la communauté internationale qu'une violation grave de ces obligations ne peut qu'être considérée par toutes les composantes de cette communauté comme un fait internationalement illicite particulièrement sérieux, comme un « crime international » — et comme un crime non moins répréhensible que certains de ceux qui ont déjà fait l'objet des instruments juridiques mentionnés précédemment.

33) En résumé, la Commission est d'avis qu'en dépit des divergences qui subsistent sur tel ou tel aspect dans l'attitude des différents groupes d'Etats au sein des organes collectifs des Nations Unies, une tendance d'ensemble s'en dégage tout de même nettement quant au sujet dont il est question ici. Il semble impossible de nier que, à la condamnation aujourd'hui unanime et prioritaire de toute forme d'atteinte directe à la paix et à la sécurité internationales, les Etats associent actuellement aussi une réprobation quasiment universelle d'autres agissements. Le droit international contemporain en est arrivé à condamner définitivement le fait, pour certains Etats, de garder par la force d'autres peuples sous une domination coloniale ou d'imposer par la contrainte des régimes internes basés sur la discrimination et la ségrégation raciale la plus absolue ainsi que d'autres pratiques qui portent atteinte à la vie et à la dignité de l'être humain, ou encore de mettre gravement en danger par leur action la réservation et la conservation de l'environnement humain. C'est la communauté internationale dans son ensemble — et non pas seulement telle ou telle de ses composantes — qui estime désormais que de tels faits contreviennent à des principes solennellement inscrits dans la Charte — et, même en dehors de la Charte, à des principes aujourd'hui si profondément ancrés dans la conscience universelle qu'ils sont devenus des règles particulièrement essentielles du droit international général. Il existe de suffisantes manifestations de l'opinion des Etats pour en conclure que, de l'avis général, certains de ces faits constituent vraiment des « crimes internationaux », c'est-à-dire des illicéités internationales plus graves que d'autres, et devant comme telles entraîner des consé-

Conférence du Comité du désarmement » (résolution 3475 [XXX], du 11 décembre 1975).

<sup>310</sup> Voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), p. 3 et 5 (paragraphe 2 du préambule et principe 22 de la Déclaration).

quences juridiques plus sévères. Il ne s'ensuit évidemment pas que tous ces crimes soient égaux, c'est-à-dire atteignent le même degré de gravité et impliquent nécessairement toutes les réactions plus sévères qu'entraîne, par exemple, le crime international par excellence, à savoir la guerre d'agression. Ajoutons que les comptes rendus des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale consacrée à l'examen des travaux de la CDI en matière de responsabilité<sup>511</sup> confirment d'une manière autorisée les conclusions mentionnées ci-dessus.

34) Pour en terminer avec cette longue recherche sur la conviction manifestée par les Etats à propos de la question essentielle à laquelle le présent article est appelé à offrir une solution, il semble opportun de dire encore que les infractions aux obligations en question ne sont considérées par les Etats comme entrant dans la catégorie des « crimes internationaux » que si elles présentent en soi un certain degré de gravité. La Charte elle-même fait une distinction entre cas de « menace contre la paix », de « rupture de la paix » et d'« acte d'agression ». Même en ce qui concerne un « acte » de cette nature, l'article 2 de la « Définition de l'agression » adoptée par l'Assemblée générale<sup>512</sup> indique qu'il est nécessaire de tenir compte de la « gravité » de l'acte. En ce qui concerne les faits internationalement illicites représentés par la violation d'obligations relatives au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, à la sauvegarde de l'être humain ou à la préservation de l'environnement, la pratique des Etats ne semble là encore révéler la reconnaissance d'un véritable « crime international » que si ces faits en tant que tels revêtent une gravité particulière. Comme preuve de cette conviction des gouvernements, on peut citer — pour ce qui a trait en particulier aux obligations relatives au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales énoncées dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans les Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que dans d'autres instruments collectifs — le langage des résolutions adoptées par l'Assemblée générale et le Conseil économique et social, où il est fait fréquemment référence à des pratiques « systématiques », « constantes », « persistantes » ou comportant des violations « massives », « graves », « flagrantes » de ces droits et libertés<sup>513</sup>. C'est ce genre d'infractions que l'Assemblée générale semble donc distinguer d'autres violations possibles, moins graves, d'obligations existant dans le même domaine, et c'est ce genre de violations que l'on a en vue lorsqu'on y reconnaît des « crimes internationaux »<sup>514</sup>.

<sup>511</sup> Voir les comptes rendus des débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission en 1960 et en 1963 à propos du domaine auquel l'œuvre de codification de la responsabilité internationale devait s'étendre, ainsi que ceux qui ont eu lieu en 1973, 1974 et 1975 lors de l'examen du rapport annuel de la CDI.

<sup>512</sup> Résolution 3314 (XXIX), annexe.

<sup>513</sup> Voir p. ex., en ce qui concerne l'Assemblée générale, les résolutions 2144 (XXI), du 26 octobre 1966, 2547 B (XXIV), du 15 décembre 1969, 3219 (XXIX), du 6 novembre 1974, et 3448 (XXX), du 9 décembre 1975; pour ce qui est du Conseil économique et social, les résolutions 1235 (XLII), du 6 juin 1967, 1503 (XLVIII), du 27 mai 1970, et 1919 (LVIII), du 15 mai 1975.

<sup>514</sup> Des mécanismes particuliers ont même été établis au sein de la Commission des droits de l'homme pour l'étude des situations créées par des violations « flagrantes et systématiques » des droits et libertés en question, conformément à la résolution 728 F (XXVIII) du Conseil économique et social, du 30 juillet 1959. Voir à ce propos les décisions 3 (XXX), du 6 mars 1974, et 7 (XXXI), du 24 février 1975, de la Commission des droits de l'homme. Voir aussi la résolution 1 (XXIV), du 13 août 1971, de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.

35) On remarque dans les *opinions des auteurs d'ouvrages scientifiques* une évolution semblable à celle qu'on a relevée dans l'attitude de divers gouvernements. Pour ne pas trop alourdir le présent rapport, la Commission ne fera pas mention ici des auteurs qui, tout en considérant ouvertement certaines obligations internationales comme plus importantes que d'autres et leur violation comme un fait internationalement illicite particulièrement grave, ne tirent cependant de cela aucune conséquence spécifique en ce qui concerne le régime de la responsabilité applicable. En revanche, la Commission croit devoir inclure dans la liste des auteurs qui préconisent une distinction sur cette base entre deux catégories de faits internationalement illicites tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, attribuent des conséquences juridiques différentes à des types de faits internationalement illicites différenciés en raison de l'objet de l'obligation violée — cela sans tenir compte du fait que parfois ces auteurs, à la différence de ce que la Commission a décidé de faire<sup>515</sup>, ne font pas entrer certaines de ces conséquences juridiques dans la notion globale de responsabilité internationale<sup>516</sup>.

36) L'idée d'une différenciation à faire entre des régimes divers de la responsabilité internationale en fonction de l'objet de l'obligation violée n'est pas un nouveauté dans l'histoire de la doctrine juridique. Il y a un siècle déjà, le juriste suisse J.C. Bluntschli l'énonçait en des termes qui se rapprochent beaucoup de ceux qui sont employés par certains auteurs contemporains. D'après ce juriste, lorsqu'un Etat a simplement manqué de s'acquiescer de son obligation envers un autre Etat, ce dernier ne peut exiger que l'exécution tardive de l'obligation ou le redressement du préjudice subi. Exceptionnellement, en cas d'atteinte à son honneur ou sa dignité, l'Etat en question peut aussi exiger une satisfaction adéquate. Si l'infraction comporte un empiètement réel sur le domaine juridique d'un autre Etat ou une perturbation induite dans la jouissance de ses biens, la simple élimination du fait illicite et la restauration de la situation de droit ou le dédommagement ne suffisent plus. L'Etat lésé peut exiger en plus qu'il y ait satisfaction, amende et, suivant les circonstances, que des garanties ultérieures soient données contre une répétition de l'infraction. Si, enfin, l'infraction est encore plus grave et arrive à une rupture, par la force, de la paix, le droit de l'Etat lésé peut aller jusqu'au châtement de l'agresseur. Quant à la détermination du sujet ou des sujets de droit international autorisés à faire valoir la responsabilité de l'Etat coupable d'une infraction internationale, Bluntschli soutient que lorsque la violation représente un danger

<sup>515</sup> La Commission a indiqué dans le rapport sur sa vingt-cinquième session qu'elle englobe dans l'expression « responsabilité internationale » :

« toutes les sortes de relations nouvelles qui peuvent naître, en droit international, du fait internationalement illicite d'un Etat, que ces relations [...] soient centrées sur l'obligation pour l'Etat coupable de rétablir l'Etat lésé dans son droit et de réparer le préjudice causé ou portent aussi sur la faculté pour l'Etat lésé lui-même ou pour d'autres sujets d'infirmer à l'Etat coupable une sanction admise par le droit international » (*Annuaire... 1973*, vol. II, p. 178, doc. A/9010/Rev.1, chap. II, sect. B, art. 1<sup>er</sup>, par. 10 du commentaire).

<sup>516</sup> Certains auteurs limitent la notion de responsabilité internationale de l'Etat à la sujétion à une sanction représentée par des mesures coercitives; d'autres, plus nombreux, font correspondre cette notion à celle de l'obligation de réparer le dommage causé. Cela étant, il n'est nullement exclu qu'un auteur reconnaisse l'applicabilité de représailles ou de certaines formes de représailles, ou encore d'autres sanctions afflictives, à l'Etat ayant violé une obligation internationale, sans pour autant contredire son assertion que la responsabilité internationale s'identifie avec l'obligation de réparer.

pour la communauté, non seulement l'Etat lésé mais tous les autres Etats qui ont la puissance nécessaire pour sauvegarder le droit international sont en droit d'agir en vue de restaurer et de garantir l'ordre de droit. Et il fournit la liste de ces infractions<sup>517</sup>.

37) La position de Bluntschli est néanmoins une position isolée dans la doctrine de la période qui va de la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>518</sup> jusqu'au déclenchement de la seconde guerre mondiale. Bien que, pendant l'entre-deux guerres surtout, on ait assisté à un grand essor des études sur la responsabilité des Etats, dans aucun ouvrage l'idée d'une distinction à faire entre deux ou plusieurs catégories de faits internationalement illicites, sur la base du critère qui nous intéresse, ne se trouve développée *ex professo*.

38) On peut cependant se demander si l'idée de cette distinction ne ressort pas plutôt de la manière dont les auteurs de cette période décrivent les conséquences du fait internationalement illicite. A ce sujet, il faut dire que dans les écrits de cette période il n'est généralement pas fait mention de la possibilité de se référer à la diversité de l'objet des obligations internationales violées et à l'importance plus ou moins grande de cet objet pour la communauté internationale, afin d'y puiser un critère de différenciation entre les prestations auxquelles l'Etat auteur de l'infraction peut être tenu au titre d'obligations *ex delicto*. Tout d'abord, pour ceux qui excluent *a priori* que le droit international général connait des obligations de cette nature et qui soutiennent qu'une « obligation » de fournir des prestations déterminées, à titre de réparation du dommage ou autre, ne saurait naître que d'un accord entre l'Etat auteur de la violation et l'Etat lésé<sup>519</sup>, le problème ne se pose même pas. Mais cette constatation vaut aussi pour les auteurs — formant la grande majorité — qui soutiennent que le droit international général met précisément à la charge de l'Etat auteur de tout fait internationalement illicite une obligation *ex delicto* consistant à fournir à l'Etat lésé des prestations diverses à titre de « réparation », *lato sensu*, dudit fait. Les tenants de cette conception n'envisagent guère la possibilité de faire de l'objet de l'obligation violée le critère pour décider, dans les différents cas concrets, à quelles prestations spécifiques l'Etat coupable est tenu, et notamment pour décider dans quels cas, aux formes ordinaires de « réparation », on devrait en ajouter d'autres, plus exceptionnelles<sup>520</sup>. Même

en ce qui concerne l'obligation éventuelle — qui, pour certains auteurs, devrait être une obligation supplémentaire s'ajoutant aux autres dans des cas déterminés<sup>521</sup> — de payer, en plus de la somme du dédommagement, une somme à titre d'« exemplary », « punitive » ou « penal damages », on rattache cette conséquence à des aspects concrets du cas d'espèce, et non pas au fait que l'Etat ait violé des obligations d'un objet donné plutôt que d'un autre.

39) On peut ensuite se demander aussi si les auteurs de cette période ne se basent pas sur l'objet de l'obligation violée afin d'établir des distinctions en ce qui touche aux « mesures », coercitives ou autres, que l'Etat lésé lui-même ou d'autres sujets peuvent légitimement prendre à titre de sanction contre l'Etat coupable d'illicéité. A cet égard aussi, il est évident que ceux qui pensent que la faculté de prendre des mesures de contrainte à titre de « sanction » est la seule conséquence rattachée par le droit international général au fait internationalement illicite de l'Etat sont obligatoirement convaincus que cette conséquence fait suite à toute violation d'une obligation internationale, quel qu'en soit l'objet<sup>522</sup>. Cependant, même les auteurs, bien plus nombreux, qui pensent que le droit international général met à la charge de l'Etat auteur de l'infraction une obligation de réparer reconnait, dans certains cas du moins, la licéité du recours par l'Etat lésé à des mesures qui, autrement, seraient illicites, à titre de sanction à l'encontre d'un fait internationalement illicite d'autrui<sup>523</sup>.

l'Etat lésé, et non pas le contenu de l'obligation violée. Voir A. G. Heffter, *Le droit international public de l'Europe*, 3<sup>e</sup> éd., tr. par J. Bergson, Berlin, Schroeder, 1857, p. 204; L. Oppenheim, *op. cit.*, p. 205; F. von Liszt, *Le droit international*, 9<sup>e</sup> éd. (1913), tr. par G. Gidel, Paris, Pédone, 1921, p. 202 et 203; E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, New York, Bank Law Publishing, 1928, p. 413 et suiv.; P. Schoen, « Die Völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, Kern's, Supplément 2 au tome X, 1917 p. 21 et suiv., p. 122 et suiv.; K. Strupp, *loc. cit.*, p. 209 et suiv.; Ch. de Visscher, *loc. cit.*, p. 118 et 119; A. Decencière-Ferrandière, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris, Rousseau, 1925, p. 245 et suiv.; C. Eagleton, *op. cit.*, p. 182 et suiv.; D. Anzilotti, *op. cit.*, p. 421 et suiv.; A. Roth, *Schadenersatz für Verletzungen Privater bei völkerrechtlichen Delikten*, Berlin, Heymann, 1934, p. 97 et suiv.; S. Arató, *Die völkerrechtliche Haftung*, Pécs, Nyomatott Taizs József, 1937, p. 51 et suiv.; M. Whiteman, *Damages in International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1937 (vol. I-II), 1943 (vol. III); L. Reitzer, *op. cit.*; J. Personnaz, *op. cit.*

<sup>521</sup> Sur la question, voir D. Anzilotti, « Le questioni di diritto sollevate dagli incidenti del Carthage e del Manouba », *Rivista di diritto internazionale*, Spolète, VII<sup>e</sup> année, 2<sup>e</sup> série, vol. II, fasc. I, 1913, p. 512 et suiv.; A. Decencière-Ferrandière, *op. cit.*, p. 269 et suiv.; J. H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, Stanford (Calif.), Stanford University Press, 1926, p. 267 et suiv.; C. Eagleton, *op. cit.*, p. 189 et suiv.; et « Measure of damage in international law », *Yale Law Journal*, New Haven (Conn.), vol. XXXIX, n<sup>o</sup> 1, nov. 1929, p. 61 et suiv.; A. Roth, *op. cit.*, p. 166 et suiv.; M. Whiteman, *op. cit.*, p. 716 et suiv., 1610 et 1611, 1874; H. W. Briggs, « The punitive nature of damages in international law and State responsibility for failure to apprehend, prosecute or punish », *Essays in Political Science in Honour of W. W. Willoughby*, éd. par J. M. Mathews et J. Hart, Oxford, Hopkins, 1937, p. 339 et suiv.; H. Lauterpacht, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours...*, 1937-IV, Paris, Sirey, 1938, t. 62, p. 354 et suiv.

<sup>522</sup> H. Kelsen, *loc. cit.*, p. 568 et suiv.

<sup>523</sup> Le domaine des mesures répressives, ou en général coercitives, applicables à l'encontre de l'Etat auteur d'un fait internationalement illicite est traité d'habitude de façon fragmentaire, surtout par les auteurs les plus anciens. On l'évoque dans le cadre d'analyses qui concernent spécifiquement les représailles, l'embargo, le blocus pacifique, l'intervention ou la guerre elle-même. Voir à ce sujet A. G. Heffter, *op. cit.*, p. 204, 215 et suiv.; H. W. Halleck, *International Law or Rules Regulating Intercourse of States in Peace and War*, San Fran-

(Suite de la note 523 page suivante.)

<sup>517</sup> J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen, Beck'schen, 1868, p. 259 et suiv.

<sup>518</sup> On a pris comme première date pour cette analyse celle de la publication, en 1844, du manuel de A. G. Heffter [v. ci-après note 520], où, pour la première fois, on trouve systématiquement posé le problème de la responsabilité internationale des Etats.

<sup>519</sup> Voir notamment H. Kelsen, « Unrecht und Unrechtsfolgen im Völkerrecht », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. XII, n<sup>o</sup> 4, octobre 1932, p. 545 et suiv.

<sup>520</sup> Tous les internationalistes de cette école mentionnent comme formes ordinaires de la réparation la *restitutio in pristinum*, la restitution par équivalence, le dédommagement matériel. Mais la plupart d'entre eux admettent en outre le droit de l'Etat lésé d'exiger parfois une satisfaction. Dans la notion de « satisfaction », ont fait entrer une série de prestations diverses, telle l'adoption par l'Etat coupable de mesures propres à empêcher la répétition de la violation, la présentation d'excuses, la punition des individus coupables, l'hommage au drapeau, le versement d'une somme symbolique, etc. Certains décrivent de telles prestations comme une forme de redressement du « dommage moral »; d'autres vont jusqu'à y voir un certain aspect pénal. Mais là n'est pas l'important : pour établir dans quels cas ces prestations « supplémentaires » seraient dues par l'Etat auteur de la violation, on prend comme critère les circonstances concrètes dans lesquelles la violation a été perpétrée, et notamment le fait que ces circonstances font ressortir une atteinte à l'honneur et à la dignité de

Pour ceux-ci, l'objet de l'obligation violée constitue-t-il alors le critère pour la détermination des cas où le recours à des formes de sanction serait légitime? Il n'en est rien : quelle que soit l'idée que les auteurs dont on parle se font du rapport entre les deux formes de responsabilité<sup>524</sup>, la réponse à cette question doit, en général du moins, être négative. Toutefois, vers la fin de la période à laquelle on se réfère, des positions différentes se font graduellement jour. Certains auteurs commencent à s'interroger sur le problème de l'existence possible de deux « formes de délit », comportant, la première une simple obligation réintégrative, et la seconde également une possibilité de répression<sup>525</sup>. Il en est aussi qui commencent à voir dans l'agression une infraction différente des autres — un fait internationalement illicite autorisant l'Etat lésé à prendre immédiatement des mesures coercitives à l'encontre de l'Etat auteur du fait illicite, sans être préalablement tenu de demander la réparation<sup>526</sup>. De même, s'il est vrai qu'aucun auteur n'avance explicitement l'idée d'une distinction à faire entre la violation de telle ou telle obligation internationale, pour mettre cette distinction en relation avec l'applicabilité à titre de « sanction » de telle ou telle « mesure », une distinction commence cependant à se dessiner à ce sujet entre l'agression et les autres faits internationalement illicites. En mettant en évidence l'affirma-

tion progressive du principe de l'interdiction du recours à la guerre, divers internationalistes de l'époque étendent cette interdiction aussi à l'emploi de la force à titre de « sanction » à l'encontre d'un fait internationalement illicite<sup>527</sup>. Toutefois, ils font toujours exception pour le cas où ce fait illicite serait un acte d'agression.

40) Pour ce qui est de l'autre aspect des conséquences d'un fait internationalement illicite — à savoir celui de la détermination du sujet autorisé à faire valoir la responsabilité de l'Etat auteur d'un fait de ce genre —, l'idée d'établir une différenciation sur la base de l'objet de l'obligation violée, tout en restant minoritaire, a trouvé pendant cette période un certain nombre d'adeptes. En ce qui concerne le droit à exiger la réparation, il est logique qu'on ne le reconnaisse qu'à l'Etat directement lésé, mais pour ce qui est de la faculté d'avoir recours à des représailles, à l'embargo et à d'autres mesures de sanction, il est des auteurs qui la reconnaissent, dans certains cas, à tout Etat<sup>528</sup>. Ce faisant, ils ont évidemment en vue des faits internationalement illicites d'une certaine gravité. On ne peut cependant pas dire qu'ils établissent un véritable rapport entre l'objet de l'obligation violée dans un cas déterminé et la légitimité, dans ce même cas, de l'intervention d'Etats tiers. Il y a cependant des auteurs qui franchissent cette barrière et indiquent d'une façon plus ou moins précise quelles sont les obligations dont la violation peut autoriser des sujets autres que celui qui est directement lésé à recourir aussi à des mesures de répression<sup>529</sup>. Ce sont notamment deux auteurs américains, frappés par le déclenchement du premier conflit mondial, qui se sont clairement prononcés en faveur d'une différenciation à faire entre faits illicites en fonction de l'objet de l'obligation violée. E. Root en 1915 et A.J. Peaslee en 1916 soutiennent avec vigueur que le droit international doit suivre la même évolution que le droit interne et aboutir à la distinction entre deux catégories d'infractions : celles qui n'intéressent que l'Etat directement lésé et celles qui intéressent au contraire la communauté des Etats tout entière. A l'égard de cette seconde catégorie de faits internationalement illicites, Root envisage que tout Etat soit autorisé à les réprimer, voire même tenu de le faire<sup>530</sup>. Peaslee suggère que la tâche de la répression soit confiée à des organes de la communauté, organes dont il préconise la création après la fin du conflit<sup>531</sup>. L'idée de ce dernier auteur, plus ouverte vers l'avenir, s'insérerait ainsi dans le cadre des propositions tendant en général à l'institutionnalisation de la communauté internationale et au développement de l'organisation internationale; celle de Root se situait par contre dans la tradition des auteurs du XIX<sup>e</sup>

(Suite de la note 523.)

cisco, Bancroft, 1861, p. 52 et 53, 297 et suiv.; H. Wheaton, *Elements of International Law*, 8<sup>e</sup> éd., Boston, Little, Brown, 1866, p. 309 et suiv.; Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Guillaumin, 1887, t. I, p. 266 et suiv.; 1888, t. III, p. 518 et suiv.; P. Heilborn, *Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen*, Berlin, Springer, 1896, p. 351 et suiv.; F. von Liszt, *op. cit.*, p. 296 et suiv.; W.E. Hall, *A Treatise on International Law*, 4<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon, 1895, p. 57 et suiv.; E.M. Borchard, *op. cit.*, p. 446 et suiv.; P. Schoen, *loc. cit.*, p. 141 et suiv.; K. Strupp, *loc. cit.*, p. 179 et suiv., 222; Ch. de Visser, *loc. cit.*, p. 107 et suiv., 116 et suiv.; C. Eagleton, *The Responsibility of States...* (*op. cit.*), p. 218 et 219; L. Reitzer, *op. cit.*, p. 25 et suiv. Voir en outre R. Ago, *loc. cit.*, p. 524 et suiv.; G. Sperduti, « Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Padoue, XXXV<sup>e</sup> année, 4<sup>e</sup> série, vol. XXII, fasc. I-II, 1943, p. 22 et suiv. En matière de représailles, voir P. Lafargue, *Les représailles en temps de paix*, Paris, Rousseau, 1898; et le rapport de M. N. Politis à l'Institut de droit international : « Le régime des représailles en temps de paix », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1934, Bruxelles, Falk, p. 1 et suiv., et la résolution adoptée par l'Institut, *ibid.*, p. 108 et suiv.; Y. de la Brière, « Evolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles », *Recueil des cours...*, 1928-II, Paris, Hachette, 1929, t. 22, p. 241 et suiv.

<sup>524</sup> Certains de ces auteurs conçoivent les deux formes de responsabilité comme cumulatives : dans chaque cas d'espèce, l'Etat lésé par un fait internationalement illicite aurait le droit d'exiger une réparation et en même temps la faculté d'infliger une sanction. D'autres estiment que l'Etat lésé aurait le libre choix entre le recours à l'une ou à l'autre de ces deux formes de responsabilité. D'autres encore — les plus nombreux — soutiennent que l'Etat lésé devrait d'abord essayer d'obtenir la réparation, et ne pourrait avoir recours à des sanctions qu'après avoir essayé un refus à sa demande de réparation (v. p. ex. art. 6 de la résolution de l'Institut de droit international mentionnée à la note précédente). Dans tous ces cas, l'objet de l'obligation violée n'entre pas en ligne de compte.

<sup>525</sup> Ago, *loc. cit.*, p. 530 et suiv.

<sup>526</sup> Reitzer est l'auteur de cette période qui a dédié le plus d'attention au rapport entre la réparation et la sanction. Sur la base d'une analyse minutieuse de la pratique internationale, il conclut que l'Etat victime d'une agression est exceptionnellement en droit de prendre immédiatement des mesures à titre de légitime défense (*op. cit.*, p. 91 et suiv.). C'est d'ailleurs une opinion largement partagée par ceux qui, à l'époque, traitent de la légitime défense. Voir p. ex. Ch. de Visser, *loc. cit.*, p. 107 et suiv.; A. Verdross, « Règles générales du droit international de la paix », *Recueil des cours...*, 1929-V, Paris, Hachette, 1931, t. 30, p. 481 et suiv., 491; E. Giraud, « La théorie de la légitime défense », *Recueil des cours...*, 1934-III, Paris, Sirey, 1934, t. 49, p. 691 et suiv.

<sup>527</sup> Voir en ce sens, entre autres, le rapport de M. N. Politis, *loc. cit.*, p. 48, et la résolution adoptée par l'Institut de droit international, art. 4 (*Annuaire de l'Institut...* [*op. cit.*], p. 709).

<sup>528</sup> P. ex. C. Eagleton, *op. cit.*, p. 224 et 225.

<sup>529</sup> Certains auteurs fournissent à ce sujet des indications très vagues (ainsi W.E. Hall [*op. cit.*, p. 57] parle de cas où un Etat « grossly and patently violates international law in a matter of serious importance »; E. von Ullmann, [*Völkerrecht*, Tübingen, Mohr, 1908, p. 463] de faits de l'Etat qui impliquent la négation des principes fondamentaux de l'ordre international et du droit international). D'autres — et ce sont, comme on l'a vu, les plus anciens — vont jusqu'à dresser une liste des infractions pouvant être châtiées par tous les Etats : c'est, on l'a dit, le cas de Blüntschi; c'est aussi le cas de Heffter (*op. cit.*, p. 204, 207 et 208).

<sup>530</sup> « The outlook for international law », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 10, n° 1 (janvier 1916), notamment p. 2, 8 et 9.

<sup>531</sup> « The sanction of international law », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 10, n° 2 (avril 1916), p. 335 et suiv.

siècle et restait réalisable dans le cadre d'une société non institutionnalisée.

41) Mention à part doit être faite de tout un ensemble d'auteurs dont les théories participent plus directement du droit pénal que du droit international et qui ont nettement pris parti pour la différenciation en question. Ce sont les tenants d'une théorie qui a connu un certain succès pendant la période comprise entre les deux guerres : la théorie dite de la responsabilité pénale de l'Etat. Il y a lieu de se référer plus précisément au courant auquel appartiennent V. V. Pella, Q. Saldaña, H. Donnedieu de Vabres et d'autres, qui préconisent l'adoption d'un code énumérant les violations les plus graves du droit international et précisant les sanctions y relatives. Ces sanctions vont de la peine pécuniaire à l'occupation du territoire et, à la limite, à la perte de l'indépendance. Tous les auteurs en question font dépendre la réalisation de leurs principes de la création d'une cour pénale internationale chargée d'appliquer lesdites sanctions<sup>532</sup>.

42) Pour résumer, les ouvrages scientifiques des années 1850 à 1939 révèlent que la doctrine de l'époque, et surtout celle des années 1915 à 1939, sans avoir été organiquement centrée sur la recherche de la solution du problème à l'examen, ne l'a pourtant pas entièrement ignoré, et a parfois même apporté en la matière une contribution intéressante. L'étude de ces ouvrages montre surtout que les esprits particulièrement sensibilisés aux nécessités de développement de la communauté internationale ont compris qu'il fallait sortir des schémas traditionnels d'une conception exclusivement « civiliste » de la responsabilité internationale. Confusément peut-être, une idée fait son chemin : l'idée qu'il n'existe pas qu'un seul type de fait internationalement illicite, et qu'il ne saurait donc y avoir qu'une seule sorte de responsabilité.

43) Au cours de la période postérieure au deuxième conflit mondial, l'intérêt des milieux scientifiques pour le problème se fait plus intense en même temps que plus vaste. Dès le lendemain de la fin des hostilités — à un moment où la pensée des horreurs de tout genre que l'humanité venait de vivre était encore présente et douloureuse dans les esprits —, deux auteurs se signalent par des prises de position similaires, faites à la même époque et pourtant indépendamment l'une de l'autre : H. Lauterpacht dans la doctrine britannique et D. B. Levin dans la doctrine soviétique. L'un et l'autre se posent la même question : le droit international doit-il distinguer deux catégories différentes de faits internationalement illicites de l'Etat d'après la plus ou moins grande gravité du fait en question ? La coïncidence est significative. Pour Lauterpacht, la réponse est affirmative. « La vaste notion de délit international », écrit-il, « s'étend des violations ordinaires d'obligations prévues par des traités, n'impliquant pas plus qu'un dédommagement pécuniaire, aux violations du

droit international qui représentent un acte criminel dans la signification généralement acceptée du terme<sup>533</sup> ». Levin, de son côté, souligne la nécessité de distinguer les violations simples du droit international des « crimes » internationaux qui minent les bases fondamentales et les principes essentiels de l'ordre juridique de la société internationale<sup>534</sup>. Rappelons encore qu'à la même époque l'internationaliste américain Ph. Jessup reprend l'idée, exprimée par Root en 1916, de la nécessité de traiter les infractions mettant en danger la paix et l'ordre de la communauté internationale comme « des atteintes au droit de toutes les nations ». D'après Jessup, de tels agissements enfreignent un droit qui existe pour la protection de tous les Etats ; tous les Etats sont donc affectés par la violation ou l'affaiblissement de ce droit<sup>535</sup>.

44) Au début des années 50, on note un renouveau de ce courant « pénaliste » qui eut une certaine audience pendant l'entre-deux-guerres<sup>536</sup>. Toutefois, d'une part, le parallèle trop étroit que les auteurs établissent entre le traitement à réserver aux infractions de l'Etat, sujet de droit international, et celui auquel le droit pénal étatique soumet les infractions des individus et, d'autre part, l'exigence qu'ils avancent de la création d'une juridiction criminelle internationale chargée d'établir dans chaque cas concret la responsabilité « pénale » de l'Etat, font que les idées de ce courant doctrinal se heurtent, sur le plan théorique, à l'opposition de la très grande majorité des internationalistes et, sur le plan pratique, à celle des Etats. Les propositions de ce courant d'opinion demeurent donc sans effet pratique, et le souci d'éviter toute confusion avec les théories soutenues par les tenants de cette école décourage quelque peu le reste des auteurs de consacrer une

<sup>533</sup> L. Oppenheim, *International Law : A Treatise*, 6<sup>e</sup> éd. [Lauterpacht], Londres, Longmans, Green, 1947, vol. I, p. 307. L'auteur précise ensuite que la conséquence d'un fait internationalement illicite « ordinaire » consiste en l'obligation de réparer le tort moral et matériel, comprenant éventuellement dans cette réparation une peine pécuniaire. Ce n'est que si l'Etat auteur du fait illicite refusait de verser la réparation que l'Etat lésé pourrait prendre les mesures nécessaires pour faire exécuter (« enforce ») l'obligation de réparer. Par contre, écrit encore Lauterpacht, les conséquences sont différentes en cas de violations qui, « en raison de leur gravité, de leur brutalité, et de leur mépris pour la vie humaine, se situent dans la catégorie des actes criminels tels que généralement compris dans le droit des peuples civilisés » (*ibid.*, p. 321). L'auteur cite comme exemple le massacre en masse, sur ordre du gouvernement, d'étrangers résidant sur le territoire de l'Etat, ainsi que la préparation et le déclenchement d'une guerre d'agression. En pareil cas, conclut Lauterpacht, la responsabilité de l'Etat ne se limite pas à l'obligation de réparer ; elle comprend aussi l'applicabilité de mesures coercitives, telles que la guerre ou les représailles du droit international traditionnel ou les sanctions prévues par l'article 16 du Pacte de la SDN ou par le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies (*ibid.*, p. 321 et 322).

<sup>534</sup> D. B. Levin, « Problema otvetstvennosti v nauke mejdunarodnogo prava », *Izvestia Akademii Nauk SSSR*, n° 2, 1946, p. 105. La distinction préconisée par cet auteur se présente cependant comme une proposition de *jure condendo* plutôt que comme une description du droit en vigueur.

<sup>535</sup> L'idée de Ph. Jessup (*A Modern Law of Nations : An Introduction*, New York, Macmillan, 1948, p. 11 et suiv.) a elle aussi un caractère de *jure condendo*, puisqu'il dit que, si l'on devait accepter le principe « nouveau » d'un intérêt de la communauté à la prévention des violations du droit international, ce droit devrait évoluer « in the direction of more extended governmental functions of an organized international community ».

<sup>536</sup> En 1950, V. V. Pella présenta à la CDI son projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (v. *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, p. 315 et suiv., doc. A/CN.4/39). L'auteur avait déjà exposé ses propositions dans son ouvrage de 1946 : *La guerre-crime et les criminels de guerre* (Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1946).

<sup>532</sup> Voir Q. Saldaña, « La justice pénale internationale », *Recueil des cours ... 1925-V*, Paris, Hachette, 1927, t. 10, p. 227 et suiv., et notamment 296 et suiv. ; V. V. Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, 2<sup>e</sup> éd., Bucarest, Imprimerie de l'Etat, 1926 ; H. Donnedieu de Vabres, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1928, p. 418 et suiv. Voir aussi les travaux de l'International Law Association sur la création d'une cour criminelle internationale, aux sessions de 1922, de 1924 et de 1926 ; ceux de l'Union interparlementaire sur la guerre d'agression, à la session de 1925 ; ceux du Congrès international de droit pénal de 1926 sur la création d'une cour pénale internationale, ainsi que les projets élaborés à ces occasions (*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale — Mémoire du Secrétaire général* [publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.8]).

attention au problème et d'envisager concrètement la possibilité de distinguer deux régimes différents de responsabilité internationale en fonction de l'importance que l'obligation violée revêt pour la communauté internationale<sup>537</sup>.

45) Pour le reste, la littérature juridique des années 50 révèle son intérêt tout particulier pour des aspects « classiques » de la théorie de la responsabilité des Etats. Les recherches de cette décennie apportent des contributions importantes à l'approfondissement des différents aspects du problème des conséquences des faits internationalement illicites; elles s'attachent tout spécialement à l'analyse du rapport entre la réparation et la sanction, ainsi qu'à l'étude et à la différenciation des formes différentes de réparation et de sanction<sup>538</sup>. Cependant, dans l'ensemble, elles ne paraissent pas mettre la diversité éventuelle de ces conséquences en relation avec la violation de certaines obligations plutôt que d'autres.

46) Toutefois, s'il est vrai qu'en général les auteurs des années 50 ne formulent pas en termes théoriques une différenciation entre deux types distincts de faits internationalement illicites, établie sur la base du contenu des obligations violées et devant entraîner sur cette base l'application de régimes de responsabilité différents, il n'en

<sup>537</sup> Fait peut-être exception D. H. N. Johnson : cet auteur souligne avec force l'incohérence qu'il y a à continuer de traiter un acte d'agression comme un simple fait « illégal » n'entraînant qu'une obligation de dédommagement, vu l'existence du mécanisme complexe prévu par la Charte des Nations Unies pour la répression des actes d'agression et vu la définition de l'agression par l'Assemblée générale [résolution 380 (V)] comme étant le plus grave de tous les crimes contre la paix et la sécurité (« The draft code of offences against the peace and security of mankind », *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 4, n° 3, juillet 1955, p. 445 et suiv.). Voir aussi K. Yokota, « War as an international crime », *Grundprobleme des internationalen Rechts, Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch, 1957, p. 455 et suiv. F. V. García Amador, premier rapporteur spécial sur la responsabilité des Etats, distingue lui aussi les faits simplement « illégaux », n'engageant que la responsabilité « civile » de l'Etat, des faits « punissables », qui entraînent la responsabilité « pénale ». La transformation de certains faits de l'Etat considérés auparavant comme simplement illicites ou illégaux en faits punissables est, à ses yeux, la conséquence de la transformation intervenue après la seconde guerre mondiale. Il semble cependant que, d'après lui, la responsabilité « pénale » de l'Etat ne se traduise que par l'obligation de punir les individus-organes ayant adopté le comportement incompatible avec certaines obligations internationales de l'Etat. Sur ce point, l'opinion de García Amador paraît se séparer de celle de Johnson. Voir *Yearbook of the International Law Commission, 1954*, vol. II, p. 24, doc. A/CN.4/80, par. 13; « State responsibility in the light of the new trends of international law », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 49, n° 3 (juillet 1955), p. 345; « State responsibility - Some new problems », *Recueil des cours... 1958-II*, Leyde, Sijthoff, 1959, t. 94, p. 395 et suiv. Voir aussi son premier rapport sur la responsabilité de l'Etat, dans *Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, notamment p. 182 et suiv., 211 et suiv.

<sup>538</sup> Voir notamment, parmi les auteurs qui ont traité de ces différents aspects dans les années 50 et aussi dans la période plus récente, P. A. Zannas, *La responsabilité internationale des Etats pour les actes de négligence*, Montreux, Ganguin et Laubscher, impr., 1952; P.-A. Bissonnette, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international*, Annemasse, Grandchamp, impr., 1952; B. Cheng, *op. cit.*, p. 233 et suiv.; P. Reuter, *loc. cit.*, p. 189 et suiv.; H. Accioly, *loc. cit.*, p. 413 et suiv.; A. Schüle, *loc. cit.*, p. 337 et suiv.; G. Schwarzenberger, « The problem of an international criminal law », *International Criminal Law*, éd. par G. O. W. Mueller et E. M. Wise, South Hackensack (N.J.), Rothman, 1965, p. 13 et suiv.; E. Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 564 et suiv.; G. Ténékidès, *loc. cit.*, p. 689 et suiv.; B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pédone, 1973; H. J. Schlochauer, « Die Entwicklung des völkerrechtlichen Deliktsrechts », *Archiv des Völkerrechts*, Tübingen, 1975, vol. 16, n° 3, p. 265 et suiv. Voir aussi les manuels de P. Guggenheim, G. Schwarzenberger, A. P. Sereni, L. Cavaré, R. Quadri, D. P. O'Connell et D. W. Greig.

est pas moins vrai qu'une différenciation de cette nature ressort en fait de leurs ouvrages. Une infraction spécifique à l'obligation interdisant le recours à l'emploi de la force s'y trouve traitée comme un fait illicite nettement différent des autres. D'après ces auteurs, les limitations habituellement mises à la faculté de réagir à l'encontre de l'Etat auteur d'un fait internationalement illicite s'effacent en cas d'agression et le régime de la responsabilité se fait beaucoup plus sévère. Cette différence de régime se manifeste sous un triple aspect : a) on reconnaît à l'Etat victime de l'agression la faculté de prendre, à l'encontre de l'Etat agresseur, des mesures portant atteinte aux droits de cet Etat, et, exceptionnellement, cette faculté n'est pas subordonnée à l'obligation générale d'avoir essayé au préalable d'obtenir la réparation du préjudice subi<sup>539</sup>; b) on reconnaît que les mesures auxquelles l'Etat victime d'une agression peut avoir un recours immédiat s'étendent, à titre de légitime défense, à l'emploi de la force armée, emploi qui, par contre, est interdit dans les autres cas de réaction à un fait internationalement illicite d'autrui, et même là où la réparation due aurait été refusée<sup>540</sup>; c) on admet, enfin, qu'à la différence de ce qui se passe pour toute autre hypothèse de fait internationalement illicite un Etat tiers puisse apporter son aide à l'Etat victime d'un acte d'agression, et ceci en ayant aussi recours à l'emploi de la force armée<sup>541</sup>. Dans les écrits de cette période, on n'envisage normalement pas d'autres conséquences de l'agression susceptibles d'être infligées à l'Etat coupable une fois que l'agression a pris fin. On n'y envisage pas non plus l'existence d'autres obligations dont la violation entraînerait l'applicabilité d'un régime spécial de responsabilité.

47) C'est au cours des années 60 et 70 que l'idée d'une différenciation à faire entre des espèces distinctes de faits internationalement illicites sur la base de l'importance de l'objet de l'obligation violée prend corps et trouve sa formulation théorique dans les écrits des internationalistes. A ce sujet, on peut noter d'abord la prise de position de nombreux auteurs soviétiques. Tunkin, dans une étude publiée en 1962, arrive à la conclusion que le droit international de l'après-guerre fait désormais une différence entre deux catégories de violation du droit, comportant chacune des formes distinctes de responsabilité. Il inclut dans la première catégorie les infractions qui représentent un danger pour la paix; dans la deuxième, il range toutes

<sup>539</sup> Voir p. ex. D. W. Bowett, *Self-Defence in International Law*, Manchester, University Press, 1958.

<sup>540</sup> En ce qui concerne le système des Nations Unies — et pour beaucoup d'auteurs en ce qui concerne aussi le droit international coutumier —, l'opinion dominante veut qu'il y soit interdit à l'Etat lésé de recourir à l'emploi de la force, même à titre de réaction à un fait internationalement illicite, à moins qu'il ne s'agisse d'une agression armée. Voir par exemple H. Wehberg, « L'interdiction du recours à la force — Le principe et les problèmes qui se posent », *Recueil des cours... 1951-I*, Leyde, Sijthoff, 1952, t. 1, p. 72; et, avec quelques réserves, D. B. Bowett, *op. cit.*, p. 12 et suiv. Pour une opinion minoritaire opposée, voir E. Colbert Speyer, *Retaliation in International Law*, New York, King's Crown Press, 1948, p. 203; J. Stone, *Aggression and World Order — A Critique of United Nations Theories of Aggression*, Londres, Stevens, 1958, p. 94 et suiv.

<sup>541</sup> Voir, avec référence spécifique au système des Nations Unies, J. L. Kunz, « Individual and collective self-defence in Article 51 of the Charter of the United Nations », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 41, n° 4 (octobre 1947), p. 872 et suiv.; H. Kelsen, « Collective security and collective self-defence under the Charter of the United Nations », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 42, n° 4 (octobre 1948), p. 783 et suiv.; D. W. Bowett, « Collective self-defence under the Charter of the United Nations », *The British Year Book of International Law, 1955-56*, Londres, vol. 32, 1957, p. 130 et suiv.

les autres violations d'obligations internationales<sup>542</sup>. En 1966, Levin reprend en des termes pratiquement identiques la distinction établie par Tunkin entre les crimes internationaux et les violations simples et la développe<sup>543</sup>. Parmi les nombreux écrits consacrés à ce sujet et parus au cours des dernières années<sup>544</sup> se signale le chapitre relatif à la responsabilité des Etats du *Kours medjounarodnogo prava*, paru en 1969. Les auteurs de ce cours distinguent deux catégories de violations : celles qui portent atteinte aux droits et intérêts d'un Etat particulier et celles, plus graves, qui « sont des atteintes aux principes fondamentaux des relations internationales, et par cela même lésent les droits et les intérêts de tous les Etats ». Rentrent dans cette dernière catégorie les atteintes à la paix entre les peuples et à la liberté des peuples<sup>545</sup>. De telles façons de voir sont aussi développées dans les ouvrages des auteurs de la République démocratique d'Allemagne comme J. Kirsten, B. Gräfrath et P. A. Steiniger<sup>546</sup>.

<sup>542</sup> L'étude est contenue dans l'ouvrage de G. I. Tunkin cité à la note 409. Le régime de la responsabilité applicable à la violation d'obligations essentielles pour la sauvegarde de la paix comprendrait toutes les formes de responsabilité, de l'obligation de réparer jusqu'à l'application des sanctions les plus sévères admises par le droit international. Par contre, la responsabilité entraînée par la violation des autres obligations internationales resterait dans des limites plus restreintes. En outre, d'après cet auteur, les premières de ces infractions entraîneraient la naissance d'un rapport juridique de l'Etat fautif non pas uniquement avec l'Etat directement lésé, mais avec tous les autres Etats, voire avec des organisations internationales. Cet effet s'étendrait d'ailleurs aussi à la violation d'autres obligations, par exemple à celles qui garantissent la liberté de la haute mer, la conservation des ressources biologiques de la mer, etc.

<sup>543</sup> D. B. Levin, *Otvetstvennost gossouardstv...* (op. cit.), p. 19 et suiv., 44 et suiv., 112 et suiv., 129 et suiv. D'après cet auteur, la catégorie des crimes internationaux englobe aussi les actes constituant une menace à la liberté des peuples. Il ajoute qu'à son avis, en cas de crimes internationaux, la faculté d'infliger les sanctions aux Etats les ayant commis suit immédiatement la perpétration du crime, tandis qu'en cas d'autres infractions on ne saurait infliger des sanctions à leur auteur que si ce dernier n'a pas satisfait à son obligation de réparer. Les sanctions elles-mêmes seraient d'un type différent dans ces deux cas.

<sup>544</sup> Voir, entre autres, L. A. Modjorian, « *Otvetstvennost v sovremennom medjounarodnom pravo* », *Soviet Yearbook of International Law*, 1970, Moscou, Nauka, 1972, p. 143 et suiv.; 152 et suiv.; Y. V. Petrovsky, « *O političeskoj otvetstvennosti gossouardstv* », *ibid.*, p. 157 et suiv., 159 et suiv., 165 et suiv.; P. M. Kuris, op. cit.

<sup>545</sup> Pour ces auteurs, la distinction entre de simples infractions et des « crimes internationaux » comporte des conséquences en ce qui concerne les sujets des rapports juridiques qui se créent à titre de responsabilité : à côté de l'Etat directement lésé, d'autres Etats peuvent, en cas de « crime international », « exiger l'observation des règles du droit international ». La même distinction comporte aussi des conséquences en ce qui concerne les formes de la responsabilité, car le transgresseur est passible de l'application immédiate de sanctions, comprenant des mesures de coercition militaires, sans que l'on ait à attendre qu'il se soustrait à l'obligation de réparer (Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, op. cit., p. 420 et suiv., 430 et suiv., 434 et suiv.).

<sup>546</sup> J. Kirsten (« *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit* », *Völkerrecht, Lehrbuch*, Berlin, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1973, p. 325 et suiv., 337 et suiv.) s'aligne sur les théories de Tunkin et Levin. Gräfrath et Steiniger, par contre, proposent une répartition des faits internationalement illicites en trois groupes en fonction de l'objet de l'obligation violée. La première catégorie comprend les infractions les plus graves, à savoir les violations de la paix, dans lesquelles ces auteurs font entrer l'agression armée et le maintien par la force d'un régime raciste ou d'une domination coloniale. La seconde catégorie comprend, pour ces auteurs, les « violations de la souveraineté des Etats ». Elle réunit les violations de tous les principes fondamentaux du droit international, de la non-intervention à la liberté de navigation en haute mer. La troisième catégorie comprend toutes les autres violations. V. Gräfrath et Steiniger, *loc. cit.*, p. 225 et suiv. (avec projet de convention en la matière); B. Gräfrath, « *Rechtsfolgen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit als Kodifikationskriterium* », *Wissenschaftliche*

48) Durant cette même période, la littérature juridique d'autres pays développe les idées déjà énoncées au cours des années précédentes. Ainsi elle confirme, avant tout, le principe que la violation de l'interdiction du recours à la force est un fait internationalement illicite qui, de par son exceptionnelle gravité, doit entraîner l'applicabilité d'un régime de responsabilité beaucoup plus sévère que celui qui frappe la violation des autres obligations internationales. Elle confirme également que cette différence de régime comporte le triple aspect résumé *supra*<sup>547, 548</sup>. Certains auteurs se détachent cependant du groupe en prônant ouvertement l'adoption, de façon systématique, de la distinction entre « délit » et « crime » international. Pour Verzijl, par exemple, un crime international doit se distinguer d'un délit en ce qu'il ne crée pas seulement l'obligation de l'Etat coupable de rétablir la situation préexistante ou d'indemniser la victime de l'infraction, mais qu'il entraîne l'application de sanctions de la part de la communauté internationale. Il précise que le terme « crime international », créé à l'origine pour qualifier la guerre d'agression, s'est ensuite étendu aux violations graves des lois de la guerre, à des crimes contre l'humanité et autres méfaits analogues<sup>549</sup>. Différents auteurs étendent la catégorie des crimes internationaux à d'autres cas, mais ils le font uniquement pour reconnaître une faculté de répression à des Etats autres que l'Etat directement lésé. D. Schindler, dans son rapport provisoire à l'Institut de droit international sur le principe de la non-intervention dans les guerres civiles, proposait de considérer comme un fait internationalement illicite *erga omnes*, justifiant comme tel l'assistance non militaire des Etats tiers, la perpétuation d'un régime colonial ou de discrimination raciale. Dans son rapport définitif, il mentionne notamment le génocide comme exemple de crime international<sup>550</sup>. I. Brownlie tend à inclure dans la catégorie des crimes internationaux la violation de toute obligation découlant d'une norme de *jus cogens*. Parmi les règles « les plus probables » de cette catégorie, il mentionne celle qui interdit la guerre d'agression, la traite des esclaves, la piraterie, les autres crimes contre l'humanité et les règles qui sanctionnent l'autodétermination des peuples<sup>551</sup>.

*Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin, Gesellschafts- und Sprachwissenschaftliche Reihe*, Berlin, vol. XXII, n° 6, 1973, p. 451 et suiv.; P. A. Steiniger, « *Die allgemeinen Voraussetzungen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten* », *ibid.*, p. 441 et suiv.

<sup>547</sup> Voir ci-dessus par. 46.

<sup>548</sup> Voir p. ex. I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 251 et suiv., 329 et suiv.; R. Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 202, 205, 217 et suiv.; M. Akehurst, « *Reprisals by third States* », *The British Year Book of International Law*, 1970, Londres, vol. 44, 1971, p. 15 et suiv.; J. Delivanis, *La légitime défense en droit international public — Le droit international face à ses limites*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, p. 30 et suiv., 66 et suiv., 148 et suiv.; P. Lamberti Zanardi, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1972, p. 135, 179 et suiv., 276 et suiv.; D. W. Bowett, « *Reprisals involving recourse to armed force* », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 66, n° 1 (janvier 1972), p. 1 et suiv. (avec des réserves); M. L. Forlati Picchio, *La sanzione nel diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1974, p. 64, 178 et suiv., 266 et suiv., 417 et suiv.

<sup>549</sup> J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leyde, Sijthoff, 1973, vol. VI, p. 741 et suiv.

<sup>550</sup> « *Le principe de non-intervention dans les guerres civiles* », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1973, Bâle, vol. 55, p. 483, 508, 561 et 562.

<sup>551</sup> *Principles of Public International Law* (op. cit.), p. 415 et suiv. Brownlie parle de *delicta juris gentium* par opposition à des « tortious reparations obligations between tortfeasor and claimant ».

Dans le même ordre d'idées, certains auteurs se demandent si, en cas de violation d'obligations particulièrement importantes, il ne faudrait pas prévoir la possibilité d'une *actio popularis*<sup>552</sup>.

49) Pour conclure, sur la base de l'analyse effectuée, la Commission croit pouvoir affirmer que, dans la littérature internationaliste des différents pays et des différents systèmes juridiques, les idées ont parcouru un long chemin. Les prises de position qui, dans la doctrine plus ancienne, représentaient la voix isolée de quelques esprits particulièrement ouverts sur l'avenir se sont faites de plus en plus fréquentes et de plus en plus fermes, jusqu'à représenter, dans les ouvrages modernes, une façon de voir solidement étayée. De nombreux hommes de science ont dû suivre, dans leurs écrits, une évolution semblable à celle que l'on relève parallèlement dans l'attitude de divers gouvernements et de leurs représentants, et ils ont même contribué à déterminer et à consolider l'opinion de ces derniers.

50) Vu les aspects relativement nouveaux du problème formant l'objet du présent article, l'étude de l'ensemble des projets de codification n'a pas pu fournir à la Commission beaucoup de suggestions utiles quant à sa solution. Les projets, pour la plupart, sont antérieurs à la seconde guerre mondiale et généralement circonscrits au sujet particulier de la responsabilité pour dommages causés à des étrangers. Ils sont par conséquent centrés sur la détermination de l'obligation de réparer ces dommages. Le seul projet à la fois récent et général quant à son objet est celui qui a été élaboré en 1973 par B. Gräfrath et P. A. Steiniger. Il y est affirmé en principe (art. 6) que « la forme et le contenu de la responsabilité internationale sont établis d'après le caractère de la violation du droit international ». Il y est prévu ensuite des régimes spéciaux de responsabilité applicables à des hypothèses de faits internationalement illicites classés selon la répartition en trois groupes préconisée par les auteurs du projet<sup>553</sup>.

51) Ayant ainsi, dans les pages qui précèdent, analysé successivement l'évolution marquée par la jurisprudence internationale, par la pratique des Etats et par l'opinion des juristes à propos du sujet traité dans l'article 19 du projet, les membres de la Commission sont unanimement parvenus à une double conclusion. En premier lieu, ils ont constaté que l'objet de l'obligation internationale violée n'a pas d'incidence sur la qualification d'internationalement illicite du fait de l'Etat qui réalise une telle violation : quelle que soit la matière à laquelle se réfère l'obligation, quel que soit son contenu spécifique, le fait de l'Etat non conforme à ce qui est requis de ce dernier par cette obligation est toujours et sans conteste un fait internationalement illicite. En second lieu, la Commission a reconnu, en revanche, que l'objet de l'obligation internationale violée avait une incidence indéniable sur la définition du régime de responsabilité rattaché au fait internationalement illicite réalisant la violation en question. Les formes de responsabilité applicables à la violation de certaines obligations d'importance essentielle pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté

internationale diffèrent logiquement de celles qui s'appliquent à la violation d'obligations ayant un autre objet, et les sujets respectivement autorisés à « mettre en œuvre » ces formes diverses de responsabilité peuvent aussi être différents. La Commission en a conclu à la nécessité de distinguer, en fonction de l'objet de l'obligation internationale violée, deux catégories différentes de faits internationalement illicites, nécessairement qualifiés d'une manière différente.

52) Si la Commission a ainsi définitivement admis que certaines illicéités étaient à considérer comme plus graves que d'autres et méritaient par là une qualification adéquate, elle n'a, par contre, pas estimé que la tâche de préciser le régime de responsabilité internationale respectivement applicable aux deux espèces de faits internationalement illicites ainsi différenciés rentre dans le cadre du présent article — ni d'ailleurs du présent chapitre. C'est lorsqu'elle touchera au problème du contenu de la responsabilité et de ses différentes formes que la CDI aura à trancher cette question. Certes, la Commission sait parfaitement que, en procédant à une différenciation des faits internationalement illicites sur la base de l'objet plus ou moins important de l'obligation violée, elle sera forcément amenée à en tirer les conséquences quant à la différenciation du régime de responsabilité applicable. On a déjà mis en évidence que la distinction faite était nécessairement une distinction normative; on a souligné qu'elle n'avait sa place dans le projet que pour autant qu'elle se traduise par une différence dans les conséquences entraînées respectivement par certaines infractions plus graves et par les autres violations d'obligations internationales. Cependant, du point de vue de la systématique du projet, les deux tâches doivent évidemment être remplies chacune à son tour.

53) Pour toutes ces raisons, la Commission a estimé devoir résister à la tentation de donner dès maintenant, ne fût-ce que dans son commentaire au présent article, quelques aperçus de ce qu'elle croit devoir être le régime de la responsabilité applicable aux faits illicites internationaux les plus graves — ceux qu'elle a décidé d'appeler « crimes internationaux ». Cette tentation s'explique aisément, car la Commission, lors de l'examen détaillé de la pratique des Etats et des ouvrages scientifiques, a forcément eu connaissance de nombreuses prises de position à ce sujet (dont certaines, discutables, ont pu provoquer chez ses membres des réactions différentes et des préoccupations légitimes). Toutefois, comme elle devra, à une étape ultérieure de son œuvre de codification de la responsabilité des Etats, indiquer sa position à propos de la détermination des formes différentes que peut prendre la responsabilité internationale et des différents sujets de droit international autorisés, dans les diverses hypothèses, à assurer la « mise en œuvre » de ces formes de responsabilité, elle doit garder rigoureusement de toute prise de position hâtive sur des thèmes aussi délicats et aussi complexes. Dès maintenant, il lui incombe cependant de souligner qu'il serait absolument erroné de croire qu'il existe dans le droit international actuel un régime unique de la responsabilité s'appliquant en général à tout type de fait internationalement illicite, qu'il soit plus ou moins grave, qu'il lèse des intérêts vitaux de la communauté internationale tout entière ou simplement des intérêts d'un membre déterminé de cette communauté. Cela dit, il faut s'empresse d'ajouter qu'il n'est nullement établi — voire qu'il est virtuellement exclu — que, lorsque la Commission examinera la question des formes de responsabilité et celle de la détermination du sujet ou des sujets autorisés à mettre en œuvre ces diverses

<sup>552</sup> En 1966 déjà, Brownlie note une évolution du droit international vers la reconnaissance d'un intérêt juridique au respect de certaines obligations des Etats autres que celui qui a été directement lésé (*ibid.*, p. 389 et 390). A la suite de l'arrêt de la CIJ en l'Affaire de la Barcelona Traction, des auteurs comme Bollecker-Stern (*op. cit.*, p. 83 et suiv.) s'expriment en faveur d'une *actio popularis* dans les hypothèses de violation *erga omnes* indiquées par la Cour.

<sup>553</sup> Voir Gräfrath et Steiniger, *loc. cit.*, p. 227 et suiv.

formes de responsabilité, sa conclusion puisse être qu'il existe un premier régime unique de la responsabilité pour les faits internationalement illicites plus graves, d'une part, et un second régime unique pour les faits illicites restants, de l'autre. La réalité des infractions internationales est multiforme, et les conséquences qu'elles doivent entraîner sur le plan de la responsabilité internationale ne sauraient être figées dans le schéma d'une ou deux prévisions uniques. On a vu d'ailleurs combien la pratique des Etats et les auteurs d'ouvrages de droit ont souligné les différences de gravité qui existent même entre les différents faits internationalement illicites qui pourtant se trouvent réunis sous la qualification commune de « crimes internationaux ». Il en va sûrement de même pour les autres faits internationalement illicites, à propos desquels l'idée qu'ils entraîneraient toujours la naissance d'une obligation unique de réparer les dommages causés, et qu'à leur sujet tout se traduirait à une question de détermination du montant de cette réparation, n'est que l'expression d'une opinion insuffisamment élaborée.

54) La Commission a également reconnu qu'il serait erroné de croire qu'il existe, en matière de responsabilité internationale, un régime de base unique s'appliquant à tous les faits internationalement illicites sans distinction et auquel s'ajouteraient simplement des conséquences supplémentaires en cas de faits illicites constituant des crimes internationaux. Cela peut être vrai pour certains crimes déterminés, mais rien ne dit qu'il n'y en a pas d'autres pour lesquels l'applicabilité de certaines formes particulières de responsabilité exclurait l'applicabilité des conséquences prévues pour les autres illicéités. Il faut écarter l'idée de l'existence d'une sorte de plus petit dénominateur commun du régime de la responsabilité internationale. Il n'est donc pas pensable que la Commission puisse, même si elle le voulait, limiter sa tâche à fixer dans son projet un prétendu régime commun de la responsabilité, valable pour tous les faits internationalement illicites, en laissant par ailleurs à la coutume internationale ou à des instruments conventionnels particuliers le soin d'établir le régime ou, mieux, les régimes de responsabilité applicables aux « crimes » internationaux. Il serait d'autre part fâcheux de donner la fausse impression que, d'après la Commission, le régime de la responsabilité prévu par le droit international général serait le même pour tous les faits internationalement illicites. C'est le droit international général qui différencie aujourd'hui des types distincts de faits internationalement illicites et, par conséquent, des régimes divers de responsabilité internationale; c'est donc dans le cadre de la codification du droit international général qu'il incombe de définir ces types distincts d'infractions et de prévoir les régimes de responsabilité qui s'y rattachent. En outre, on doit garder présent à l'esprit que l'Assemblée générale a demandé à la CDI de codifier tout l'ensemble des règles générales de la responsabilité internationale, quelle que soit la matière à laquelle se réfère l'obligation violée par l'Etat et quelle que soit la gravité de l'infraction pour la communauté internationale — et l'Assemblée a tout particulièrement recommandé de s'occuper avant tout de la responsabilité pour la violation des obligations internationales les plus essentielles. En rédigeant un projet de convention qui exclurait précisément le régime de responsabilité applicable aux violations de ces obligations, la Commission trahirait manifestement ce qu'on attend de son œuvre.

55) La CDI est par ailleurs convaincue que, en codifiant les règles générales qui reconnaissent l'existence de types différents de faits internationalement illicites et qui, en

relation avec cette reconnaissance, prévoient des régimes différents de responsabilité internationale, elle ne risque en rien d'empiéter sur la Charte des Nations Unies et sur le régime spécial de mesures qui y est prévu à l'encontre de certains faits qu'elle entend tout particulièrement prévenir et réprimer. La Commission n'a en aucune façon à interpréter ou à compléter la Charte par les règles qu'elle définit, et encore moins à y déroger. Sa tâche est de codifier le droit international général. Pour autant que certaines prescriptions de la Charte fassent aujourd'hui partie intégrante du droit international général en la matière dont la Commission s'occupe, elles se trouveront logiquement et fidèlement reflétées dans son œuvre. Sinon, vu précisément leur caractère « spécial », et vu de surcroît les prescriptions de l'Article 103, les dispositions de la Charte prévaudront toujours sur celles d'une convention générale de codification. Toute préoccupation qu'on nourrirait à ce sujet n'a donc pas de raison d'être.

56) En conclusion, la CDI, rappelant le plan de travail en matière de codification de la responsabilité des Etats approuvé par elle à sa quinzième session (1963) — plan dans lequel elle avait proclamé la nécessité d'étudier s'il y avait lieu de distinguer des catégories différentes de faits internationalement illicites du point de vue des régimes de responsabilité qui leur sont applicables<sup>554</sup> — et se basant sur les résultats de l'étude jusqu'ici accomplie, a décidé de consacrer dans le présent article (qu'elle a adopté en première lecture à l'unanimité) la distinction entre crimes et délits internationaux et d'y indiquer les critères de base d'une telle distinction. Elle procédera en son temps à la détermination des régimes de responsabilité internationale applicables à ces différents types de faits internationalement illicites.

57) Ces précisions faites, la Commission estime utile d'ajouter les commentaires suivants à propos des différents paragraphes de l'article 19.

58) Le *paragraphe 1* ne fait qu'énoncer le principe de la non-incidence de l'objet de l'obligation internationale violée sur la qualification d'internationalement illicite du fait de l'Etat perpétré en contradiction avec cette obligation. La formulation explicite de ce principe, qui représente le corollaire de celui qu'énonce l'alinéa *b* de l'article 3, a surtout pour but de mettre en évidence, à titre de prémisses et, en quelque sorte, de mise en garde par rapport aux prévisions ultérieures de l'article, que tout fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale quelconque est un fait internationalement illicite et engage la responsabilité de l'Etat. Le fait de distinguer, dans la masse des obligations internationales des Etats, celles que l'on considère comme plus essentielles et comme sauvegardant des intérêts fondamentaux de la communauté internationale, et le fait de traiter les violations de ces obligations en faits spécialement graves et en « crimes internationaux » ne doit pas engendrer l'impression fautive que, finalement, seules ces infractions comptent. Les autres ont aussi leur importance, leur effet de trouble dans la vie internationale, et entraînent nécessairement des conséquences sur le plan de la responsabilité internationale. De ce point de vue, le *paragraphe 1* confère aussi bien le *paragraphe 2*, concernant les infractions plus graves, que le *paragraphe 4*, relatif aux infractions moins graves; il les réunit en soulignant le caractère

<sup>554</sup> Voir deuxième point, al. 1, du programme de travail adopté en 1963 par la Sous-Commission sur la responsabilité des Etats (*Annuaire*... 1963, vol. II, p. 238, doc. A/5509, annexe I, par. 6).

également illicite des faits qui, sous des qualifications différentes, rentrent dans les prévisions respectives des deux paragraphes.

59) C'est le *paragraphe 2* qui se réfère aux infractions les plus graves et qui introduit à leur intention la notion de « crime international ». Après mûre réflexion, la Commission a opté pour le choix de cette dénomination, vu qu'elle est devenue d'un emploi courant dans la pratique des Etats ainsi que dans les ouvrages scientifiques contemporains, et qu'elle est fréquemment employée dans les résolutions émanant d'organes de la SDN, d'abord, et puis de l'ONU, ainsi que dans des instruments internationaux importants, dont la « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies » et la « Définition de l'agression », adoptées par l'Assemblée générale [résolutions 2625 (XXV) et 3314 (XXIX)], respectivement], les conventions sur le génocide et sur l'*apartheid*<sup>555</sup>, etc. Il va de soi qu'en adoptant la dénomination de « crime international » la Commission n'entend se référer qu'à des « crimes » d'Etat, à des faits attribuables à l'Etat comme tel. Une fois de plus, elle tient à mettre en garde contre toute confusion entre l'expression « crime international » employée dans cet article et des expressions similaires (« crime de droit international », « crime de guerre », « crime contre la paix », « crime contre l'humanité », etc.) utilisées dans une série de conventions et d'actes internationaux pour désigner certains forfaits individuels pour lesquels ces instruments exigent des Etats qu'ils punissent adéquatement, et d'après les règles de leur droit interne, les individus coupables. Une fois encore, la Commission saisit cette occasion pour souligner que l'attribution à l'Etat d'un fait internationalement illicite qualifié de « crime international » est tout autre chose que l'incrimination de certains individus-organes pour des agissements liés à l'accomplissement d'un « crime international » de l'Etat, et que l'obligation de punir ces agissements individuels ne constitue pas la forme de responsabilité internationale spécialement applicable à l'Etat auteur d'un « crime international » ou, en tout cas, la seule forme de cette responsabilité.

60) La CDI avait théoriquement le choix entre plusieurs voies pour désigner les obligations internationales dont le contenu est de nature à faire apparaître comme un « crime international » le fait de l'Etat perpétré en violation de l'une de ces obligations. Elle a cependant cru devoir écarter l'idée de dresser une liste des obligations en question, car cette méthode aurait présenté une série d'inconvénients majeurs. En premier lieu, l'établissement d'une telle liste (qui se devrait d'être complète, et même exhaustive) serait pratiquement impossible — et la Commission aurait été tout à fait détournée de ses tâches actuelles si elle avait dû entreprendre un travail de cette nature. En deuxième lieu, l'exécution de ce travail aurait très considérablement accru le risque, que la CDI a toujours entendu éviter, de se laisser entraîner, sous le couvert de la codification de la responsabilité internationale, dans la voie d'une définition du contenu des obligations dont la violation engage la responsabilité internationale. Comme la Commission l'a souligné à plusieurs reprises, en codifiant la responsabilité internationale, elle doit simplement prendre acte de l'existence à la charge des Etats de certaines obligations internationales, les présupposer et les accepter telles qu'elles ont été définies soit par la coutume

internationale soit par des instruments écrits. Vouloir définir elle-même ces différentes obligations signifierait transformer la codification de la responsabilité des Etats en la codification du droit international tout entier. En troisième lieu, enfin, la rédaction d'une liste des obligations dont la violation — dans certaines conditions du moins — représenterait un crime international aboutirait nécessairement à un résultat « rigide », reflétant la situation d'aujourd'hui et ne permettant pas à la règle qu'on entend établir de s'adapter progressivement à l'évolution future du droit international. Si la violation d'une obligation déterminée n'est pas considérée dès à présent comme un crime international, un changement peut se produire à l'avenir dans la conscience juridique des Etats, et il serait peu souhaitable que, pour mettre la convention adoptée aujourd'hui en harmonie avec l'évolution de demain, il faille la soumettre à des amendements continus.

61) La Commission a donc choisi de s'inspirer du système adopté d'abord par elle-même puis par la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités pour la détermination des normes « impératives » du droit international. Ce système consiste à n'indiquer qu'un critère de base pour la détermination des obligations en question : un critère suffisamment clair pour permettre à la pratique et à la jurisprudence internationales de se fixer autour de lui et en même temps suffisamment souple pour ne pas représenter un empêchement à l'évolution de la conscience juridique des Etats en la matière. Le critère formulé au *paragraphe 2* de l'article 19 présente deux aspects. L'un requiert que l'obligation violée soit, de par son contenu, essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale. L'autre, qui complète le premier et offre une garantie indispensable dans une matière aussi délicate, attribuée à la communauté internationale dans son ensemble le jugement quant au caractère essentiel de l'obligation et, partant, quant au caractère « criminel » de sa violation. De prime abord, en lisant le texte du *paragraphe 2*, on pourrait avoir l'impression d'une tautologie. En réalité, ce qu'il dit n'est pas davantage tautologique que ne l'est le texte analogue de l'Article 53 de la Convention de Vienne. Ce que ce dernier article prévoit, c'est que pour pouvoir être « objectivement » considérée comme « impérative », à savoir comme ne tolérant pas de dérogation, une norme de droit international doit être acceptée et reconnue « subjectivement » comme telle par la communauté internationale dans son ensemble. De même, le *paragraphe 2* de l'article examiné ici statue que pour pouvoir être « objectivement » considéré comme un « crime international », passible en tant que tel de conséquences juridiques plus sévères sur le plan de la responsabilité, un fait internationalement illicite doit être « subjectivement » reconnu comme un crime par la communauté internationale dans son ensemble. On sait, d'autre part, ce que l'on entend indiquer par cette référence à la communauté internationale dans son ensemble. On n'entend nullement exiger par là une reconnaissance unanime par tous les membres de cette communauté, et attribuer ainsi à chaque Etat un inconcevable droit de veto. Ce que l'on veut assurer, c'est que le caractère de « crime international » soit reconnu à un fait internationalement illicite donné, non pas seulement par tel ou tel groupe (même majoritaire) d'Etats, mais par toutes les composantes essentielles de la communauté internationale.

62) Cela étant, la Commission estime qu'il ne faudrait pas se laisser induire en erreur par le parallélisme établi ci-dessus entre le critère de base indiqué au présent article

<sup>555</sup> Pour référence, v. ci-dessus note 467.

pour la détermination des faits internationalement illicites à inclure dans la catégorie des crimes internationaux et le critère indiqué à l'Article 53 de la Convention de Vienne pour la détermination des normes du droit international devant être comprises dans la catégorie des normes impératives. Il faut faire attention à ne pas attribuer à ce parallélisme une portée qu'il ne saurait avoir. Il serait erroné de vouloir en conclure simplement que toute violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international serait un crime international, et que seule la violation d'une obligation ayant cette origine pourrait constituer un tel crime. On peut admettre que les obligations dont la violation est un crime sont « normalement » des obligations découlant de règles de *jus cogens* — encore que cette conclusion ne puisse pas être absolue. Mais surtout, s'il peut être vrai que le manquement à une obligation établie par une règle de *jus cogens* constituera souvent un crime international, on ne peut cependant pas nier que la catégorie des obligations internationales pour lesquelles aucune dérogation n'est admise est plus vaste que celle des obligations dont la violation est nécessairement un crime international. Une assimilation trop poussée des deux notions pourrait représenter une simplification tentante, mais elle ne semble pas conceptuellement acceptable.

63) Ayant énoncé au paragraphe 2 de l'article le critère général de base à appliquer pour la détermination concrète des faits internationalement illicites rentrant dans la catégorie des crimes internationaux, la Commission s'est trouvée devant une alternative : se limiter à formuler dans l'article le critère général en question, ou bien l'assortir de précisions complémentaires dans le but de faciliter la compréhension et l'application dudit critère. Elle a noté que les rédacteurs de la Convention de Vienne avaient choisi la première solution et, à un moment donné, certains membres de la Commission ont suggéré de suivre cet exemple. A la réflexion, toutefois, il a paru à la CDI que le problème de la différenciation des crimes internationaux par rapport aux autres faits internationalement illicites était autrement compliqué que celui de la distinction à faire entre les normes impératives du droit international et les normes pour lesquelles une dérogation est admise. C'est pourquoi elle a finalement été unanime à reconnaître qu'il convenait d'adopter la seconde solution. Elle a donc décidé de donner, par une série d'exemples, des indications aptes à fournir une vision plus concrète de la manière dont le principe de base s'articulerait et se spécifierait lors de l'application concrète. C'est ce qu'elle a fait au *paragraphe 3*.

64) Pour être en accord avec l'intention qui était la sienne, la Commission s'est abstenue de toute idée de définir elle-même telle ou telle autre violation d'une obligation internationale comme un crime international. Elle a estimé que ce n'était point à elle d'ériger en crimes internationaux certains agissements et d'esquisser un code pénal international. Voulant donner à ses propres indications des bases objectives, elle s'est donc scrupuleusement référée au droit international actuellement en vigueur, et plus spécifiquement à certains instruments conventionnels — dont notamment la Charte des Nations Unies et quelques autres traités multilatéraux — d'où ressort justement que les violations de certaines obligations internationales sont reconnues comme étant des crimes internationaux, de même qu'à la coutume internationale pour autant qu'il s'en dégage une reconnaissance analogue. C'est dans ces sources établies qu'elle a puisé les exemples cités au *paragraphe 3*. Elle a cependant pris la précaution

d'indiquer expressément que le contenu de ce paragraphe devait toujours se lire à la lumière et sous l'angle de l'application du principe de base énoncé au paragraphe 2. Ce qui signifie que pour établir, dans un cas concret déterminé, si la violation de l'une des obligations internationales citées en exemple est effectivement un crime international et doit en supporter les conséquences, il faudra toujours en chercher confirmation dans ledit critère de base, et s'assurer que l'obligation concrètement violée est réellement une obligation à un tel point essentielle pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale que cette communauté dans son ensemble reconnaît sa violation comme un crime international. Il convient de remarquer que les exemples fournis n'entendent pas du tout être exhaustifs — on ne doit aucunement conclure que le droit international en vigueur n'en connaîtrait pas d'autres. C'est ce qui est mis en évidence par l'expression « un crime international peut notamment résulter ». Enfin, il va sans dire que la référence faite au droit international en vigueur laisse clairement entendre que la situation pourra évoluer à l'avenir. Des faits internationalement illicites qui ne sont pas considérés comme des crimes par le droit international d'aujourd'hui pourront manifestement l'être sur la base du droit international de demain.

65) La technique adoptée au paragraphe 3 dans la formulation des exemples est la suivante : on indique d'abord un domaine déterminé dans lequel le droit international d'aujourd'hui impose aux Etats des obligations qui remplissent les conditions pour que leur violation soit à considérer comme un crime international, puis on cite un ou plusieurs exemples concrets d'obligations existant dans le domaine en question et interdisant des agissements considérés aujourd'hui comme des crimes internationaux typiques par la communauté internationale prise dans son ensemble. Par les mots « comme celle(s) », la Commission a tenu à souligner une fois de plus que l'indication de l'une ou de l'autre obligation n'était donnée que comme un exemple parmi d'autres.

66) Dans la formulation des exemples donnés au paragraphe 3, deux exigences doivent toujours être satisfaites pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un crime international : a) que l'obligation rentrant dans l'un ou dans l'autre des domaines indiqués soit une obligation « d'importance essentielle » pour la poursuite du but fondamental qui caractérise le domaine en question; b) que la violation de cette obligation soit une « violation grave ». On comprend aisément la raison de cette double exigence. Dans chacun des domaines indiqués, on peut relever des obligations dont l'importance pour la poursuite du but fondamental dont il s'agit est primordiale, et d'autres qui n'ont qu'une importance secondaire. Un manquement à l'une de ces dernières obligations ne peut évidemment pas entrer en ligne de compte aux fins d'accuser un Etat d'un crime international. D'autre part, même un manquement à une obligation d'importance essentielle peut ne pas prendre des proportions permettant de le caractériser de crime. Cela ne pourra se faire que si la gravité de la violation est établie. Ce n'est donc que lorsque ces deux conditions se trouvent réunies que l'on peut conclure à l'existence d'un crime international.

67) Les quatre domaines indiqués respectivement sous a, b, c et d du paragraphe 3 sont ceux qui correspondent à la poursuite des quatre finalités fondamentales du maintien de la paix et de la sécurité internationales, de la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, de la sauve-

garde de l'être humain, et de la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain. C'est sur la base des résultats de l'analyse de la jurisprudence internationale, de la pratique des États et de la doctrine la plus autorisée — analyse dont on a fait état tout au long de ce commentaire — que la Commission a établi son choix. Les règles du droit international aujourd'hui d'importance plus grande que d'autres pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale sont dans une large mesure celles dont découlent les obligations comprises dans ces quatre catégories. C'est essentiellement parmi ces règles que l'on rencontre celles que l'ordre juridique international contemporain a promues au rang de *jus cogens*. Et c'est essentiellement parmi les obligations imposées par ces règles aux États que l'on relève celles dans la violation desquelles on n'accepte plus de voir un fait internationalement illicite comme les autres. Point n'est besoin de souligner spécialement l'influence déterminante qu'ont eue dans cette évolution du droit international la Charte des Nations Unies, et notamment les dispositions de celle-ci qui énoncent les buts et les principes des Nations Unies.

68) La sauvegarde de la paix et de la sécurité est depuis très longtemps la préoccupation majeure de la communauté internationale — son intérêt le plus vital. Il n'est pas surprenant que la CDI ait placé en tête de sa liste d'exemples les obligations internationales se référant à ce but fondamental. Les violations de ces obligations représentent, dans la conscience juridique des États, les crimes internationaux les plus graves. Comme exemple concret d'un crime international relatif à ce domaine, la Commission a choisi la violation de l'obligation interdisant l'agression : l'exemple le plus indiscutable, le crime international par excellence. Unanime, la Commission a aussi choisi de n'assortir le terme « agression » d'aucun adjectif. Au sujet de la notion même d'agression, la plupart des membres de la CDI ont fait référence à celle qui ressort de la définition adoptée par consensus dans la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale. Certains membres ont cependant été d'avis que la notion d'agression pourrait avoir un sens plus large que celui qui ressort de ladite définition et englober notamment, à côté de l'agression comportant l'emploi de la force armée, l'agression « économique »<sup>566</sup>. La CDI a cependant été unanime pour reconnaître que ce n'était pas à elle de définir la notion exacte de l'agression, cette tâche étant du ressort d'autres organismes. Elle a d'ailleurs souligné que les violations citées, comme on l'a rappelé ci-dessus, n'avaient qu'un caractère d'exemple.

69) La Commission a donné la deuxième place au domaine des obligations essentielles concernant la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, en considération du deuxième des buts des Nations Unies énoncés par la Charte. Dans ce cadre, elle a été unanime pour choisir comme exemple, indiscutable aujourd'hui, de crime international la violation de l'obligation interdisant l'établissement ou le maintien par la force d'une domination coloniale. L'expression « par la force » doit être

entendue comme signifiant « contre la volonté de la population assujettie » — même si cette volonté ne se traduit pas, ou pas encore, par une opposition armée. Certains membres ont évoqué la possibilité de supprimer cette expression, mais n'ont pas insisté devant l'objection que cette suppression risquait d'élargir indûment la portée du « crime » international auquel on se réfère ici.

70) Dans le cadre général de la poursuite du troisième des buts des Nations Unies, « le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion », la Commission a cru devoir concentrer son attention, aux fins de l'objet propre du présent article, sur le domaine des obligations concernant la sauvegarde de l'être humain. En outre, pour éviter d'étendre la catégorie des crimes internationaux au-delà du raisonnable et pour rester en conformité avec les prévisions du droit international actuellement en vigueur, elle a ajouté ici la précision que la violation susceptible d'être qualifiée de crime international doit être une violation « à une large échelle », c'est-à-dire qu'elle doit se traduire par une pratique massive ou systématique adoptée au mépris de droits et de la dignité de la personne humaine. Comme exemples concrets, elle a expressément indiqué l'esclavage, le génocide, l'*apartheid*, mais n'a pas manqué de noter que d'autres violations caractérisées pouvaient, dans ce domaine, être considérées comme constituant des crimes internationaux.

71) Enfin, dans le cadre tout aussi vaste des préoccupations relatives à la conservation de certains biens essentiels pour le progrès et la survie de l'humanité, la Commission a été particulièrement attentive aux développements récents du droit international au sujet de la sauvegarde et de la préservation de l'environnement humain. Dans ce domaine, elle a choisi comme exemple celui d'une violation des obligations interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers. Certains membres ont exprimé quelques réserves quant au choix de l'exemple de la pollution, la notion n'étant pas, à leur avis, définie avec une précision comparable à celle des autres exemples donnés dans le même paragraphe. Ils n'en ont pas moins exprimé leur plein accord avec la disposition générale de la lettre d du paragraphe 3.

72) Le paragraphe 4 de l'article 19 vise à définir par une expression globale l'ensemble des faits internationalement illicites qui ne rentrent pas dans la catégorie spéciale des « crimes internationaux ». Une telle définition, que certains membres de la Commission n'estiment pas absolument indispensable, paraît par contre particulièrement utile et nécessaire, à d'autres, en vue surtout de l'utilisation à en faire dans la suite du projet, et notamment lors de la détermination des régimes de responsabilité applicables aux différents types de faits internationalement illicites. Aux fins de cette définition, la Commission a provisoirement retenu le terme « délit international ». Employée couramment dans les ouvrages de droit international de langue française, italienne, espagnole et allemande comme synonyme de fait internationalement illicite à une époque où l'on n'envisageait pas encore l'introduction de la catégorie des « crimes internationaux », une telle dénomination a aussi l'avantage d'être utilisée habituellement dans plusieurs systèmes de droit interne pour désigner des faits illicites moins graves que ceux auxquels on se réfère par le terme « crime ». Toutefois, le terme anglais littéralement équivalent, « international delict », est désuet, et il n'est d'ailleurs pas aisé de trouver dans les systèmes de « common law » une terminologie correspondant à celle qui est courante dans les systèmes d'origine romaine. La

<sup>566</sup> A ce sujet, lesdits membres se sont notamment rapportés à leur propre prise de position au sein de la Commission à sa dix-huitième session (v. *Annuaire...* 1966, vol. II, p. 268, doc. A/6309/Rev.1, deuxième partie, chap. II, « Projet d'articles sur le droit des traités », art. 49, par. 3 du commentaire) en faveur de l'inclusion de la pression économique dans le concept de la contrainte, ainsi qu'au contenu de la Déclaration sur l'interdiction de la contrainte militaire, politique ou économique lors de la conclusion de traités, adoptée le 23 mai 1969 à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités (*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence* [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5], p. 307).

Commission reviendra donc sur ce point à un moment ultérieur.

73) En conclusion, la CDI désire souligner qu'elle est consciente de l'importance exceptionnelle du sujet traité dans le cadre du présent article. L'adoption d'une formulation reconnaissant explicitement la distinction entre crimes et délits internationaux est, dans la codification du

droit de la responsabilité internationale, un pas comparable à celui accompli par la reconnaissance explicite de la catégorie des règles de *ius cogens* dans la codification du droit des traités. La Commission est, partant, convaincue que les représentants des gouvernements consacreront une attention toute particulière au présent article lors de la discussion de son rapport.

#### Article 20

##### Violation d'une obligation internationale requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé

Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé lorsque le comportement de cet Etat n'est pas conforme à celui requis de lui par cette obligation.

#### Commentaire \* /

1) La violation par un Etat de n'importe quelle obligation internationale à sa charge donne toujours lieu à un fait internationalement illicite susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'Etat auteur de la violation de l'obligation en question. Cependant, les obligations que le droit international énonce ne sont pas toutes identiques. Elles présentent, au contraire, des aspects de fond différents qui ont des conséquences diverses en ce qui concerne la détermination des conditions dans lesquelles se réalise leur violation ainsi qu'en ce qui concerne la qualification des faits de l'Etat commis en leur violation. Dans le cadre de l'article 19 du projet, la Commission a déjà été amenée à faire une distinction entre « crimes » et « délits » internationaux sur la base de l'importance, plus ou moins essentielle, que le contenu de l'obligation internationale violée revêt pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale prise dans son ensemble. La nécessité de faire une telle distinction découle du fait, on l'a vu, qu'en droit international contemporain des régimes différents de responsabilité sont rattachés aux « crimes internationaux » et aux « délits internationaux », et cela aussi bien pour ce qui est des conséquences entraînées par le fait internationalement illicite pour l'Etat qui l'a commis qu'en ce qui concerne les sujets autorisés à la « mise en œuvre » de ces conséquences. Toutefois, les obligations internationales n'expriment pas seulement des devoirs touchant à différents secteurs des relations interétatiques, à des matières ayant une importance diverse pour la communauté internationale. Elles sont aussi différemment structurées quant à la détermination des voies et des moyens par lesquels l'Etat est censé assurer leur exécution. Il y a des obligations internationales, par exemple, qui s'adressent à l'Etat pour requérir de lui qu'il exerce une activité spécifiquement déterminée ou qu'il s'en abtienne. Mais il y a d'autres cas, par contre, où l'obligation internationale se borne à exiger de l'Etat qu'il assure une certaine situation, un certain résultat, en lui laissant le soin d'y parvenir par les moyens choisis par lui. On qualifie

parfois les obligations rentrant dans le premier groupe d'obligations « de comportement » ou « de moyens » et celles comprises dans le deuxième d'obligations « de résultat »<sup>22</sup>.

2) Question de terminologie mise à part<sup>23</sup>, il est évident que les obligations internationales présentent des structures différentes; elles imposent leurs exigences aux Etats d'une manière qui n'est pas toujours la même. Dans la mesure où cela s'avère nécessaire aux fins du présent projet d'articles, il faut donc tenir compte de ces différents *modes d'être* des obligations internationales. Certes, l'article 16 du projet énonce déjà le principe général d'après lequel il y a violation d'une obligation internationale par un Etat lorsqu'un « fait » dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par cette obligation, mais il ne dit pas comment il est permis de conclure qu'il existe un « fait de l'Etat » non « conforme à ce qui est requis de lui » par l'obligation dont il s'agit quand celle-ci a une structure plutôt qu'une autre. Or, c'est précisément à cet égard que le mode d'être de l'obligation en question a une incidence décisive, car en droit international aussi bien qu'en droit privé la violation d'une obligation requérant formellement l'emploi de moyens spécifiquement déterminés ne se réalise pas de la même manière que celle d'une obligation qui laisse au sujet le choix entre divers moyens. En d'autres termes, pour déterminer si un comportement donné de l'Etat constitue une violation d'une obligation internationale à sa charge, il faut savoir si, d'après son mode d'être, une telle obligation est une obligation « de comportement » ou « de moyens » ou, au contraire, une obligation « de résultat ».

3) Compte tenu de ces considérations, la Commission a estimé nécessaire de faire une distinction, dans le chapitre III du projet, entre la violation des obligations internationales dites « de comportement » ou « de moyens » et la violation des obligations dites « de résultat ». On pourrait se demander — et certains membres de la Commission l'ont fait — si l'adoption d'une telle distinction

---

<sup>22</sup> Prenant son origine dans les systèmes de droit interne et, plus particulièrement, dans ceux qui découlent du droit romain, cette terminologie est fréquemment employée en droit international aussi. Il convient cependant de signaler que, s'il est indubitable que le droit international connaît des obligations rentrant respectivement dans les deux catégories mentionnées, il y aurait quelque risque de confusion à vouloir assimiler trop strictement la distinction et les caractérisations faites à cet égard par ce système juridique à celles qui sont familières, en ce qui concerne une telle distinction, aux systèmes de droit privé et qui sont logiquement influencées par les aspects propres de ces autres systèmes juridiques. En d'autres termes, si dans la plupart des cas une obligation qui est « de comportement » ou « de moyens » dans le sens du droit international l'est en même temps dans le sens du droit civil, tel n'est pas toujours le cas; et cela vaut aussi pour les obligations dites « de résultat ».

<sup>23</sup> La distinction entre ces deux types d'obligations en droit international a été énoncée pour la première fois en des termes explicites par D. Donati, qui en a fait un principe de portée générale (D. Donati, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Turin, Unione tipografico-editrice torinese, 1906, vol. I, p. 343 et suiv.). Elle était déjà implicitement faite par H. Triepel, là où il met en relief la différence entre le droit interne immédiatement ordonné et le droit interne internationalement indispensable (H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899, p. 299) [édition française : *Droit international et droit interne*, tr. par R. Brunet, Paris, Pédone, 1920, p. 297]. La distinction en question ressort également du passage de D. Anzilotti rapporté ci-dessous à la note 27.

ne risquait pas de créer quelques incertitudes, la qualification d'une obligation donnée comme obligation « de comportement » ou « de moyens » ou comme obligation « de résultat » n'étant pas, à leur avis, toujours aisée à faire dans la pratique. Par exemple, dans certains pays du Conseil de l'Europe, la question s'est posée de savoir si la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950)<sup>24</sup> imposait ou non aux parties une obligation « de comportement » — en l'occurrence, l'obligation de promulguer une législation déterminée. Il se peut aussi que, à l'intérieur d'un système de normes régissant une institution de droit international, des obligations « de comportement » ou « de moyens » figurent à côté d'autres qui présentent les caractéristiques d'une obligation « de résultat ». Ainsi, par exemple, les règles générales sur le droit de passage inoffensif dans la mer territoriale énoncées par l'article 14 de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë (1958)<sup>25</sup> sont définies en termes d'obligations « de résultat » plutôt que « de comportement » ou « de moyens ». Cela n'empêche pas le même article d'énoncer une obligation « de comportement » ou « de moyens » en ce qui concerne le cas particulier du passage inoffensif des navires sous-marins dans la mer territoriale, ces derniers étant tenus de passer en surface et d'arborer leur pavillon.

4) Il y a, en effet, des cas où des problèmes d'interprétation peuvent se poser. Toutefois, si dans un de ces cas d'espèce un différend international s'élève quant à la question de savoir si une obligation internationale relève d'un type plutôt que d'un autre, il appartiendra évidemment aux instances de droit international habilitées à le faire de trancher la question. L'existence possible de problèmes particuliers d'interprétation dans certains cas, d'ailleurs marginaux, n'est pas en elle-même une raison suffisante, de l'avis de la Commission, pour écarter du projet la distinction entre les deux types d'obligations internationales mentionnées, étant donné d'une telle distinction est tout à fait fondamentale pour déterminer comment la violation d'une obligation internationale se réalise dans un cas et dans l'autre<sup>26</sup>. L'importance normative et pratique de la distinction entre obligations « de comportement » ou « de moyens » et obligations « de résultat » pour la codification des règles générales régissant la responsabilité internationale aura l'occasion de se manifester, tout particulièrement, lors de l'examen des différents problèmes ayant trait à la détermination du moment et de la durée de la violation d'une obligation internationale, c'est-à-dire de ce que l'on appelle le *tempus commissi delicti* — ce que la Commission a l'intention de faire dans le cadre du dernier article du chapitre III du projet.

<sup>24</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221.

<sup>25</sup> *Ibid.*, vol. 516, p. 205.

<sup>26</sup> Cette distinction n'est d'ailleurs pas la seule à prendre en considération aux fins de la détermination des conditions dans lesquelles la violation d'une obligation internationale se réalise. Dans le cadre d'un article ultérieur du chapitre III du projet, la Commission se propose de tenir compte de la différence entre le cas où la violation d'une obligation internationale est révélée par le simple comportement de l'Etat et le cas où cette violation ne se manifeste que lorsque au comportement de l'Etat s'ajoute un événement extérieur qu'il était justement tenu de prévenir (faits illicites d'événement).

5) Reconnaître l'existence de deux types différents d'obligations internationales d'après leur mode d'être ainsi que l'importance de leur distinction pour déterminer quand et comment se réalise la violation des obligations internationales de l'un et l'autre de ces deux types, ne veut point dire que l'on ait à donner, dans le cadre du présent projet d'articles, des critères pour établir dans quels cas le droit international doit imposer aux Etats des obligations « de comportement » ou « de moyens » et dans quels autres il doit se limiter à mettre à leur charge des obligations « de résultat ». C'est au stade de la formation des normes « primaires » du droit international que cet ordre juridique fait, en quelque sorte, un choix idéal entre les cas dans lesquels il doit se borner à exiger d'un Etat la réalisation concrète d'un résultat déterminé, en respectant la liberté souveraine de l'Etat quant aux moyens pour y parvenir, et les cas où le but qu'il poursuit l'amène à exiger de l'Etat l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé. Ce qu'il importe de souligner au stade actuel, c'est que les conditions de violation d'une obligation internationale varient selon que celle-ci exige de l'Etat une activité spécifiquement déterminée ou se borne à lui demander d'assurer un certain résultat en lui laissant le choix des moyens.

6) L'article 20 du projet ne s'occupe que de la violation d'obligations internationales dont l'exécution requiert l'emploi par l'Etat de moyens spécifiquement déterminés. Il s'agit donc, pour le présent article, d'établir dans quelles conditions il y a violation d'une obligation internationale dans les cas où celle-ci exige de l'Etat qu'il adopte une activité qu'elle prend soin de déterminer spécifiquement ou qu'il s'abstienne d'une telle activité. Ce type d'obligations se rencontre fréquemment en droit international dans le domaine où l'activité étatique requise doit se dérouler sur le plan des rapports directs d'Etat à Etat. Les obligations « de résultat », dont la violation forme l'objet de l'article 21 du projet, prédominent par contre là où c'est la réalisation d'une situation dans le cadre du système de droit interne de l'Etat qui est requise. Il est alors normal que le droit international respecte la liberté de l'Etat et se limite à lui indiquer le résultat à obtenir, lui laissant par ailleurs le choix des moyens propres à l'atteindre<sup>27</sup>. Néanmoins, dans ce cas aussi, il arrive parfois que le droit international s'introduise en quelque sorte dans la sphère de l'Etat pour exiger l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé par telle ou telle autre branche de son appareil étatique. Il va sans dire que les obligations « de comportement » ou « de moyens » sont plus fréquemment prévues par le droit international conventionnel que par le droit coutumier.

7) Le comportement spécifiquement déterminé que certaines obligations internationales exigent de l'Etat peut

<sup>27</sup> Cette caractéristique des obligations internationales a été mise en lumière par D. Anzilotti (« La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. XIII, n° 1 [janv.-févr. 1906], p. 26). « C'est pour cela, ajoute-t-il, que, la plupart du temps, l'Etat fait moins des actes prescrits par le droit international que des actes qu'il a lui-même librement choisis comme étant les plus propres à assurer l'exécution de son devoir envers les autres Etats. » Voir aussi, du même auteur, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, réimpr. dans *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padoue, CEDAM, 1956, t. 1<sup>er</sup>, p. 117.

être un comportement actif aussi bien qu'un comportement d'omission. Il peut concerner différents domaines d'activité étatique. Il arrive, par exemple, que des obligations internationales exigent une action ou une omission d'organes législatifs ou, plus généralement, normatifs de l'Etat : une action consistant à adopter ou à abroger une norme déterminée, quelle que soit sa forme ou dénomination (loi, décret, règlement, etc.), ou, à l'inverse, à ne pas édicter ou à ne pas abroger certaines normes déterminées. Cependant, il y a également des obligations internationales qui prévoient que l'action ou l'omission spécifiquement déterminée exigée de l'Etat est accomplie par des organes exécutifs ou par des organes judiciaires. L'action ou omission requise peut, en outre, être d'ordre juridique aussi bien que d'ordre purement matériel.

8) La distinction évoquée ci-dessus ne doit pas faire perdre de vue que toute obligation internationale poursuit un but ou, si l'on veut, un résultat, y compris les obligations dites « de comportement » ou « de moyens ». Inversement, toute obligation internationale exige de la part de l'Etat obligé un certain comportement, et cela même dans le cas des obligations dites « de résultat ». Ce qui distingue le premier type d'obligations du deuxième, ce n'est pas que les obligations « de comportement » ou « de moyens » ne visent pas un but ou résultat donné, mais le fait qu'un tel but ou résultat doit être atteint par des activités, comportements ou moyens « spécifiquement déterminés » par l'obligation internationale elle-même, ce qui n'est pas le cas pour les obligations internationales dites « de résultat ». Là est le critère distinctif essentiel pour que l'obligation internationale puisse être qualifiée d'obligation « de comportement » ou « de moyens ». Il ne suffit pas, par exemple, qu'une obligation énonce, comme le fait l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, que les Etats doivent régler leurs différends internationaux par des « moyens pacifiques » pour qualifier sans autre une telle obligation d'obligation « de comportement » ou « de moyens ». En réalité, comme le même article l'indique, les Etats restent libres de choisir le « moyen pacifique » qu'ils considèrent le plus approprié pour régler le différend qui les oppose. D'autre part, la détermination spécifique de l'activité requise, qui fait qu'une obligation internationale doit être qualifiée d'obligation « de comportement » ou « de moyens », peut présenter des degrés divers de précision. Il se peut, par exemple, que l'obligation internationale précise que l'Etat doit adopter « une loi », mais il se peut aussi que l'obligation requiert de l'Etat l'adoption de « mesures législatives ». Dans cette dernière hypothèse, par exemple, l'obligation, tout en étant une obligation « de comportement » ou « de moyens », laisse quand même à l'Etat quelque latitude lui permettant de procéder soit par la voie d'une loi proprement dite, soit par une autre voie normative propre à son système juridique. Le contenu de l'acte normatif à adopter peut aussi parfois être défini dans tous ses détails, et d'autres fois simplement indiqué beaucoup plus sommairement. Il est évident, par exemple, qu'il y a une différence entre les obligations internationales qu'imposent aux Etats parties les conventions, par exemple, « de droit uniforme » et celles qu'énoncent les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre à propos de la répression

des abus et des infractions commises en violation de ces conventions, à savoir que

Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant<sup>28</sup>.

Pourtant, il est hors de doute que dans le premier cas comme dans le second on est en présence d'une obligation internationale « de comportement » ou « de moyens », car l'activité requise de l'Etat est toujours spécifiquement déterminée comme une activité consistant à poser des « normes ».

9) Le fait que les obligations internationales définies comme obligations « de comportement » ou « de moyens » exigent de l'Etat des actions ou omissions spécifiquement déterminées d'une branche ou d'une autre de l'appareil étatique — autrement dit le fait que ces obligations s'introduisent en quelque sorte dans le domaine de la compétence interne des Etats pour leur indiquer la manière même dont ils doivent s'acquitter de l'obligation en question — ne signifie nullement que les effets de l'exécution d'obligations de ce type se manifestent seulement dans le domaine interne de l'Etat. Au contraire, comme on l'a noté ci-dessus<sup>29</sup>, les obligations de cette nature sont surtout présentes dans le domaine des relations interétatiques directes. Ainsi, une obligation « de comportement » ou « de moyens » comme celle qui veut que les forces armées ou les forces de police d'un pays ne pénètrent pas sur le territoire d'un autre pays sans le consentement de ce dernier est censée produire ses effets non pas dans le domaine interne de l'Etat, mais bel et bien dans la sphère des relations directes entre Etats. Il en est de même, par exemple, en ce qui concerne l'obligation « de comportement » ou « de moyens » concernant les modalités du passage inoffensif des navires sous-marins dans la mer territoriale d'un autre Etat. En général, on doit observer que le domaine dans lequel une obligation internationale « de comportement » ou « de moyens » déploie ses effets dépend, en dernière analyse, de l'intérêt juridique international qu'une telle obligation est censée protéger. Des obligations internationales « de comportement » ou « de moyens » peuvent exister dans n'importe quel secteur du droit international. Elles ne sont pas l'apanage d'un secteur déterminé de ce dernier, même si, en fait, ce type d'obligations internationales est plus fréquent dans certains secteurs que dans d'autres. En tout cas, le fait que les effets de l'obligation se manifestent à l'intérieur de l'Etat ou directement sur un plan interétatique n'affecte en rien le point de savoir quand et comment se réalise la violation de ce type d'obligations internationales. Dans un cas comme dans l'autre, cette réalisation se constate de la même manière.

10) Les conventions internationales dites « de droit uniforme » offrent l'un des exemples les plus typiques d'obligations exigeant une activité spécifiquement déterminée d'organes « législatifs » de l'Etat. Ces obligations, comme

<sup>28</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 63, 117, 237 et 387.

<sup>29</sup> Par. 6.

on l'a noté, ne se limitent pas à prévoir que l'Etat doit exercer une activité dans le domaine législatif : elles précisent aussi quel doit être le contenu précis de la législation exigée. En règle générale, l'Etat est tenu, d'après ces obligations, de reproduire dans sa législation le texte même de la loi uniforme annexé à la convention internationale dont il s'agit. Par exemple, d'après l'article I, par. 1, de la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1964)<sup>30</sup> :

Chaque Etat contractant s'engage à introduire dans sa législation, selon sa procédure constitutionnelle, au plus tard à la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à son égard, la Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels [...] formant l'annexe à la présente Convention.

Les conventions de La Haye de droit international privé, certaines conventions internationales du travail, certains accords du droit international sanitaire, les dispositions élaborées par certaines organisations et institutions internationales, etc., contiennent souvent des formules analogues. Un exemple classique peut être trouvé dans l'article 24 de la Convention établissant le statut définitif du Danube (1921)<sup>31</sup>, qui prévoyait expressément que la Commission du Danube élaborerait un règlement de navigation et de police et que

Chaque Etat mettra ce règlement en vigueur sur son propre territoire par un acte de législation ou d'administration [...].

11) Des exemples d'obligations internationales exigeant d'accomplir une activité déterminée dans le domaine législatif peuvent être également trouvés dans des conventions internationales poursuivant d'autres buts.

L'article 10, par. 1, du Traité d'Etat portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique (Vienne, 15 mai 1955)<sup>32</sup>, par exemple, engage l'Autriche à codifier les principes établis aux articles 6, 8 et 9 du Traité et à les mettre en vigueur. A l'inverse, le même paragraphe requiert de l'Autriche d'abroger ou de modifier toutes les mesures législatives et administratives adoptées entre le 5 mars 1933 et le 30 avril 1945 qui sont incompatibles avec les principes énoncés aux articles 6, 8 et 9 du Traité.

D'après l'article 2, par. 1, al. c, de la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>33</sup> :

Chaque Etat partie doit prendre des mesures efficaces pour [...] modifier, abroger ou annuler toute loi et toute disposition réglementaire ayant pour effet de créer la discrimination raciale ou de la perpétuer là où elle existe.

De même, l'article 3, al. a, de la Convention de 1960 concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement<sup>34</sup> prévoit que les Etats s'engagent à « abroger toutes dispositions législatives et administratives [...] qui comporteraient une discrimination dans le domaine de l'enseignement ».

12) A côté d'obligations internationales qui exigent une activité spécifiquement déterminée d'organes législatifs, le droit international connaît également des obligations dont le comportement actif spécifiquement demandé s'adresse aux organes exécutifs de l'Etat. A titre d'exemple, on peut mentionner les obligations spécifiques de livrer des armements et d'autres objets, de livrer ou de couler des navires, de démanteler des ouvrages fortifiés, qui apparaissent si fréquemment dans les traités de paix. Ainsi, l'article 115 du Traité de Versailles<sup>35</sup> prévoyait la destruction des fortifications, des établissements militaires et des ports de l'île d'Héligoland « par les soins et aux frais du Gouvernement allemand ». Dans l'article 145 et dans l'article 195 et autres articles de la partie V de ce traité, ainsi que dans les articles 40, 41 et 42 du Traité de paix avec l'Italie, du 10 février 1947<sup>36</sup>, et dans des dispositions analogues des autres traités de paix conclus à la fin de la seconde guerre mondiale, on peut aussi trouver des exemples d'obligations internationales requérant une action spécifique de la part d'organes exécutifs de l'Etat. Les clauses insérées dans certains traités imposant aux parties le recours à un moyen spécifiquement déterminé (négociation, médiation, conciliation, arbitrage, règlement judiciaire) pour le règlement de différends relatifs à l'application ou à l'interprétation des dispositions du traité peuvent également être citées comme exemples d'obligations internationales requérant un certain comportement actif d'organes exécutifs de l'Etat.

13) Il y a, enfin, des obligations internationales qui exigent une action spécifique déterminée devant être exécutée par les organes judiciaires de l'Etat. Des exemples typiques d'obligations internationales exigeant une action spécifiquement déterminée d'organes judiciaires sont fournis par les dispositions des traités de paix qui, comme l'annexe XVII, sect. A, du Traité de paix de 1947 avec l'Italie, mettent à la charge des autorités compétentes de procéder à la révision de certaines dispositions et ordonnances des tribunaux de prises. D'autres exemples sont fournis par certaines conventions internationales en matière de compétence juridictionnelle, de reconnaissance de décisions étrangères ou d'assistance judiciaire, comme les articles 2 (par. 1), 31 et 32 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>37</sup>.

14) Le comportement spécifiquement déterminé requis de l'Etat par une obligation internationale peut tout aussi bien être, comme il a été indiqué ci-dessus<sup>38</sup>, un comportement d'omission. Une fois de plus, le comportement en question peut concerner les organes législatifs de l'Etat aussi bien que les organes exécutifs ou judiciaires. Un exemple d'obligation internationale requérant spécifiquement de l'Etat de ne pas abroger une législation déterminée se trouve dans l'article 10 du Traité d'Etat autri-

<sup>30</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 834, p. 107.

<sup>31</sup> SDN, *Recueil des Traités*, vol. XXVI, p. 173.

<sup>32</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 217, p. 223.

<sup>33</sup> *Ibid.*, vol. 660, p. 195.

<sup>34</sup> *Ibid.*, vol. 429, p. 93.

<sup>35</sup> G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Weicher, 1922, 3<sup>e</sup> série, t. XI, p. 323.

<sup>36</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 49, p. 3.

<sup>37</sup> *Journal officiel des Communautés européennes*, Luxembourg, 31 décembre 1972, 15<sup>e</sup> année, n° L 299, p. 32.

<sup>38</sup> Voir par. 7.

chien déjà mentionné<sup>39</sup>. D'après les dispositions énoncées dans cet article, l'Autriche s'engage à maintenir en vigueur les lois déjà adoptées pour la liquidation des vestiges du régime nazi ainsi que la loi du 3 avril 1919 relative à la maison de Habsbourg-Lorraine.

15) Un comportement d'omission de la part d'organes exécutifs est également spécifiquement requis par certaines obligations internationales. Nombreuses sont les obligations internationales qui requièrent les autorités administratives, et notamment les autorités de police, de ne pas pénétrer dans certains locaux qui jouissent d'une protection spéciale, tel le siège d'une mission diplomatique ou d'un poste consulaire ou d'une organisation internationale (voir par exemple l'article 22, par. 1, de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques<sup>40</sup>), ni soumettre certaines personnes spécialement protégées à l'arrestation ou à la détention (voir par exemple l'article 29 de la même convention). L'obligation est faite par le droit international général aux forces de police et aux forces armées de tous pays de ne pas pénétrer dans le territoire d'un autre pays sans le consentement de ce dernier, de ne pas y procéder à des arrestations, etc. Le droit international interdit également aux avions d'un Etat de pénétrer dans l'espace aérien d'un autre Etat sans le consentement de ce dernier. Des traités de paix prévoient même, parfois, l'obligation spécifique de ne pas entretenir ou rassembler des forces armées dans une région déterminée du territoire propre de l'Etat. Un exemple bien connu de ce type d'obligation était l'article 43 du Traité de Versailles<sup>41</sup>, qui interdisait à l'Allemagne d'entretenir ou de rassembler des forces armées et d'exécuter des manœuvres militaires sur la rive gauche du Rhin et, sur la rive droite, à l'ouest d'une ligne située à 50 kilomètres du fleuve.

16) Dans d'autres cas, ce sont les organes judiciaires de l'Etat qui sont spécifiquement requis par l'obligation internationale de ne pas exercer leur juridiction par rapport à des Etats étrangers, à certains de leurs organes ou au sujet de certaines catégories de différends, etc. Ainsi, par exemple, l'article 43, par. 1, de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires<sup>42</sup> interdit aux autorités judiciaires de l'Etat de résidence d'exercer leur juridiction sur les fonctionnaires consulaires pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires. L'article II, par. 3, de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958)<sup>43</sup> engage le tribunal d'un Etat contractant saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage à s'abstenir de tout exercice de la juridiction et à renvoyer les parties à l'arbitrage si l'une d'elles le demande. D'autres conventions internationales prévoient l'obligation de suspendre certains jugements pendant le déroulement parallèle d'un jugement dans un autre Etat.

17) Normalement, les conventions internationales énoncent d'une manière explicite l'activité spécifiquement

déterminée qu'elles requièrent de telle ou telle branche de l'appareil étatique. Parfois, cependant, certaines conventions ne formulent pas expressément, ou ne mentionnent que partiellement, l'exigence d'une activité spécifiquement déterminée, mais cette exigence se déduit quand même du contexte de la convention. C'est le cas, par exemple, des articles 1 et 2 de la Convention n° 55 de l'OIT concernant les obligations de l'armateur en cas de maladie, d'accident ou de décès des gens de mer<sup>44</sup> ou de l'article 4 de la Convention n° 123 concernant l'âge minimum d'admission aux travaux souterrains dans les mines<sup>45</sup>. Les formulaires adressés aux Etats à propos de l'observance des prescriptions de ces conventions confirment qu'elles exigent une certaine activité « législative » de la part des Etats parties aux conventions en question<sup>46</sup>. La caractérisation d'une obligation conventionnelle comme obligation « de comportement » ou « de moyens » plutôt que « de résultat » peut donc être le résultat d'une interprétation. Il va sans dire que, dans le cas d'obligations internationales coutumières, une telle caractérisation ne pourra se faire qu'à la suite du processus normal d'après lequel l'existence et le contenu de toute règle coutumière sont établis en droit international.

18) Dans les hypothèses que l'on vient d'envisager et qui, en dépit de leur variété, se caractérisent toutes par le fait que l'obligation internationale dont il s'agit requiert de l'Etat un comportement d'action ou d'omission spécifiquement déterminé, les conséquences de ce mode d'être de l'obligation quant à la détermination de l'existence d'une violation éventuelle sont évidentes. Il pourra toujours arriver, dans un cas d'espèce ou dans un autre, qu'il soit difficile d'établir en fait la conduite tenue par les organes de l'Etat, et il pourra toujours se poser des questions en ce qui concerne la vérification du contenu exact de l'obligation existant à la charge de l'Etat. Mais, par contre, il ne pourra y avoir de doute, de l'avis de la Commission, quant à la conclusion que, là où l'action ou l'omission relevée en fait se trouve être non conforme au comportement qui était spécifiquement requis de l'organe dont l'action ou l'omission émane, il y a violation immédiate de l'obligation en question, sans qu'aucune autre condition ne soit requise pour une telle constatation. Celle-ci ne saurait être influencée par le fait que la non-

<sup>44</sup> *Conventions et recommandations adoptées par la Conférence internationale du Travail, 1919-1966*, Genève, BIT, 1966, p. 376.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 1270.

<sup>46</sup> Par exemple, le formulaire relatif à la Convention n° 55 de l'OIT contient la prescription suivante : « Prière de donner la liste des lois et des règlements administratifs, etc., qui appliquent les dispositions de la convention. Prière d'annexer au rapport des exemplaires desdites lois [...] ». En réponse à une question posée à ce sujet par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, le BIT répondit, le 13 novembre 1950, que « les organismes compétents de l'Organisation internationale du Travail considèrent qu'il appartient à chaque membre de l'Organisation de décider, sur la base de sa pratique constitutionnelle et de son droit national, si, en fait, une législation spéciale est nécessaire ou non pour donner effet aux dispositions d'une convention ». La référence à la pratique constitutionnelle concernait manifestement les cas où, en vertu de cette pratique, la ratification d'une convention fait automatiquement entrer dans le droit national (*the law of the land*) les dispositions de la convention, ce qui donne en réalité à l'acte de ratification la valeur d'un acte de législation interne aussi. Voir *Le Code international du Travail, 1951*, Genève, BIT, 1954, vol. I, p. 975, note 352.

<sup>39</sup> Ci-dessus par. 11.

<sup>40</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.

<sup>41</sup> Pour référence, v. ci-dessus note 35.

<sup>42</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261.

<sup>43</sup> *Ibid.*, vol. 330, p. 3.

conformité du comportement qui a été adopté avec celui qui aurait dû l'être ait ou non engendré des conséquences concrètement préjudiciables. Si, par exemple, une convention internationale impose à l'Etat, comme le fait le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale le 16 décembre 1966<sup>47</sup>, à l'article 10, par. 3, de sanctionner par la loi l'interdiction d'employer les enfants et adolescents « à des travaux de nature à compromettre leur moralité ou leur santé, à mettre leur vie en danger ou à nuire à leur développement normal », cette obligation est violée du seul fait que la loi prévoyant la punition de telles pratiques n'a pas été édictée, même si aucun cas concret d'emploi d'enfants aux travaux indiqués n'a été constaté dans le pays en question. De même, si une convention, comme celle de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>48</sup>, impose (art. 2, par. 1, al. c) à l'Etat d'abroger les dispositions législatives qui ont pour effet de créer une telle discrimination, cette obligation est violée du seul fait que les dispositions en question n'ont pas été formellement abrogées, même là où elles n'auraient jamais été appliquées en fait ou ne sauraient plus l'être.

19) La pratique des Etats et la jurisprudence internationale confirment le bien-fondé de la conclusion qui précède. Il ressort de cette pratique et de cette jurisprudence que lorsque l'obligation internationale requiert de l'Etat une activité spécifiquement déterminée — action ou omission — de la part de l'un de ses organes, l'activité d'un organe de l'Etat qui n'est pas conforme à celle que l'obligation en question requiert de lui réalise sans plus une violation de l'obligation. On ne saurait trouver à ce propos de formulation de principe plus précise que celle qu'a donnée le Gouvernement suisse dans sa réponse au point III, n° 1, de la demande d'informations adressée aux Etats par le Comité préparatoire de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930), et où l'on peut lire ce qui suit :

Le fait de ne pas édicter une loi peut engager en soi la responsabilité internationale d'un Etat si un accord auquel celui-ci participe oblige expressément les parties contractantes à prendre certaines mesures législatives. En revanche et à défaut d'une disposition conventionnelle de ce genre, ce n'est pas le fait de ne pas édicter une loi qui engage la responsabilité d'un Etat, mais bien le fait que cet Etat n'est pas en mesure de satisfaire, par quelque moyen que ce soit, à ses obligations internationales<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Résolution 2200 A (XXI), annexe.

<sup>48</sup> Voir ci-dessus note 33.

<sup>49</sup> Le point III, n° 1, de la demande d'informations du Comité préparatoire était ainsi libellé :

« La responsabilité de l'Etat se trouve-t-elle engagée dans les cas suivants :

« Si l'Etat adopte des dispositions législatives incompatibles avec les droits reconnus par traité à d'autres Etats ou avec ses autres obligations internationales ? Si l'Etat néglige d'adopter les dispositions législatives nécessaires à l'exécution des obligations qui lui sont imposées par traité ou de ses autres obligations internationales ? »

C'est à propos de la deuxième question que le Gouvernement suisse s'exprimait tel qu'il a été indiqué ci-dessus. Voir SDN, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75.M.69.1929.V), p. 25 et 29.

La distinction entre les deux formes de réalisation de la violation d'une obligation internationale, liées respectivement aux divers modes d'être de l'obligation, est clairement mise en évidence dans cette prise de position explicite. En ce qui concerne en particulier l'hypothèse à laquelle cet article se réfère, le Gouvernement suisse s'exprime nettement dans le sens que, là où l'obligation internationale requiert spécifiquement de l'Etat l'adoption d'une mesure déterminée (en l'espèce l'adoption d'une loi), le simple fait négatif de ne pas adopter cette mesure constitue comme tel une violation de l'obligation internationale en question et, si aucune circonstance ne s'y oppose, engage la responsabilité de l'Etat.

20) L'application du principe ainsi énoncé à des cas pratiques ne fait pas de doute non plus. Sur ce point, il est particulièrement intéressant d'examiner les cas dans lesquels il est question de la violation de certaines conventions internationales du travail, par exemple lorsqu'un des Etats ayant ratifié une convention n'a pas édicté les dispositions législatives requises par ladite convention ou, surtout, n'a pas abrogé les lois dont la convention exigeait précisément l'abrogation. Le « rapport de la commission instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner la plainte déposée par le Gouvernement du Ghana au sujet de l'observation par le Gouvernement portugais de la Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957 », par exemple, a notamment mis en évidence que les obligations internationales que certaines conventions instituent à la charge de l'Etat exigent l'abrogation formelle de telle ou telle autre disposition législative, et que l'on ne saurait tenir pour satisfaisante aux fins de l'application de la convention « une situation dans laquelle une disposition légale incompatible avec les exigences de la convention subsiste, mais est considérée comme tombée en désuétude » ou comme abrogée de fait. Et la commission d'enquête souligne que « la pleine conformité de la loi avec les exigences de la convention est donc indispensable », même si en elle-même elle n'est pas suffisante, car il faut encore « que la loi soit pleinement et strictement appliquée en pratique »<sup>50</sup>. Le « rapport de la commission instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner la plainte déposée par le Gouvernement du Portugal au sujet de l'observation par le Gouvernement du Libéria de la Convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930 » fait ressortir que la commission d'enquête qui s'est occupée de cette affaire a fait sienne l'opinion exprimée par la commission qui avait eu à connaître de la plainte précédemment mentionnée. C'est en faisant application de l'article 23 de la convention, qui impose aux autorités compétentes de l'Etat de « promulguer une réglementation complète et précise sur l'emploi du travail forcé ou obligatoire », et en s'y référant expressément, que la commission a conclu que « jusqu'au 31 août 1961, date de la plainte, la législation du Libéria était incompatible avec l'obligation incombant à cet Etat en vertu de la Constitution de l'Organisation de donner effet aux dispo-

<sup>50</sup> BIT, *Bulletin officiel*, vol. XLV, n° 2, Supplément II, avril 1962, par. 716, p. 247. La Commission d'enquête était composée de MM. P. Ruegger, E. Armand-Ugon et I. Forster.

sitions de la convention en droit et en fait, et incompatible avec les dispositions particulières des articles 23 à 25 de la convention<sup>51</sup> »<sup>52</sup>.

21) Dans d'autres cas concrets, ce n'est pas le manquement à l'obligation spécifique d'édicter ou d'abroger une disposition législative qui a formé l'objet d'un différend entre Etats, mais l'inobservance de l'obligation également spécifique d'accomplir un certain acte de nature administrative ou, surtout, de s'en abstenir, comme l'obligation interdisant de pénétrer dans le siège d'une mission diplomatique ou dans la demeure privée d'un agent diplomatique étranger<sup>53</sup> ou dans les locaux d'un consulat étranger<sup>54</sup>. Dans d'autres situations encore, le différend a été causé par un manquement à l'obligation assurant l'immunité de juridiction des agents diplomatiques<sup>55</sup>. Dans tous ces cas, le principe de base appliqué a été uniforme, à savoir que l'adoption par une autorité administrative ou judiciaire quelconque d'un comportement différent de celui qu'exigeait spécifiquement l'obligation internationale a été considérée comme constituant immédiatement une violation de cette obligation.

22) Les positions prises par les auteurs d'ouvrages scientifiques qui ont traité de la question examinée ici coïncident avec celles qui découlent de la logique des principes et que la pratique des Etats et la jurisprudence internationale confirment. H. Triepel avait expressément déduit de la distinction établie par lui quant à l'influence possible du droit international sur le droit interne que, lorsqu'une règle de droit international ou un traité imposent à l'Etat le devoir d'avoir une loi déterminée, la non-adoption ou l'abrogation de cette loi constitue une violation du droit international ou du traité — cela même si, malgré la non-adoption ou l'abrogation de la loi interne internationalement ordonnée, l'Etat était en mesure « de réaliser effectivement tout ce qui peut ou doit être réalisé d'après la loi », et entendait le faire<sup>56</sup>. Plus récemment, plusieurs auteurs ont approfondi la question et ont mis en évidence l'incidence que le mode d'être d'une obligation internationale a nécessairement sur la détermination de l'existence d'une violation de cette obligation. Ces auteurs ont fait ressortir notamment que, là où l'obligation exige d'un Etat un comportement (actif ou omissif) qui doit être nécessairement exercé dans certaines formes et par des organes déterminés, tout

comportement que l'Etat adopte et qui n'est pas conforme à celui qui est spécifiquement requis constitue en tant que tel une infraction directe de l'obligation juridique internationale existante, de sorte que, si toutes les autres conditions requises sont réalisées, on se trouve en face d'un fait illicite international<sup>57</sup>.

23) Compte tenu des considérations qui précèdent, la Commission est d'avis que, lorsqu'une obligation internationale exige l'adoption par telle ou telle branche de l'appareil étatique d'un comportement spécifiquement déterminé, l'obligation en question se trouvera exécutée dans le cas où le comportement spécifiquement requis par l'obligation aura été adopté; dans le cas contraire, il faudra conclure à sa violation. En conséquence, l'article 20 dispose qu'il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé lorsque le comportement adopté en fait par cet Etat n'est pas conforme à celui que requiert cette obligation. Le principe d'après lequel en droit international la violation d'une obligation « de comportement » ou « de moyens » se réalise par la non-conformité du comportement adopté avec le comportement requis par l'obligation est ainsi clairement affirmé.

24) La Commission a considéré qu'il convient de parler dans le libellé de l'article d'un comportement « spécifiquement déterminé », afin de bien faire ressortir le type même d'obligations internationales dont il est question dans l'article, car, pour que l'on puisse qualifier une obligation internationale d'obligation « de comportement » ou « de moyens », il ne suffit pas que l'obligation requière de l'Etat un comportement déterminé de n'importe quelle manière. Il faut, au contraire, qu'une telle détermination soit bien précise, en d'autres termes que l'obligation détermine d'une façon « spécifique » ce qui est exigé de telle ou telle autre branche de l'appareil étatique. La Commission a également jugé préférable d'employer l'expression globale « un comportement » plutôt que la double expression « une action ou une omission », car il existe des cas, comme celui d'une obligation imposant à l'Etat de s'abstenir d'une « pratique » spécifiquement déterminée, où le comportement adopté par l'Etat en violation de l'obligation en question consiste en une « série » d'actions du même type plutôt que dans une action particulière. Finalement, la Commission a conclu que la formule « lorsque le comportement de cet Etat n'est pas conforme à celui requis de lui par cette obli-

<sup>51</sup> BIT, *Bulletin officiel*, vol. XLVI, n° 2, Supplément II, avril 1963, par. 416, p. 182. La Commission d'enquête était composée de MM. E. Armand-Ugon, T. P. P. Goonetilleke et E. Castrén.

<sup>52</sup> L'article 25 de la convention complète l'article 23 en demandant que la loi impose des sanctions pénales pour le fait d'exiger illégalement du travail forcé ou obligatoire.

<sup>53</sup> Voir à ce sujet les cas cités par G. H. Hackworth dans *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1942, vol. IV, p. 562 et suiv.

<sup>54</sup> Voir G.H. Hackworth, *op. cit.*, p. 716 et suiv.; A.-Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, C.N.R.S., 1965, vol. III, p. 408 et suiv.; S.I.O.I.-C.N.R., *La prassi italiana di diritto internazionale*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana, 1970, 1<sup>re</sup> série (1861-1887), vol. I, p. 469 et 470.

<sup>55</sup> Voir les cas cités par G.H. Hackworth, *op. cit.*, p. 533 et suiv.; A.-Ch. Kiss, *op. cit.*, p. 340 et 341; S.I.O.I.-C.N.R., *op. cit.*, p. 384 et suiv.

<sup>56</sup> H. Triepel, *op. cit.*, p. 297 de l'édition française.

<sup>57</sup> Voir R. Ago, « La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale », *Archivio di diritto pubblico*, mai-août 1938-XVI, Padoue, CEDAM, 1938, vol. 3, fasc. 2, p. 231 et suiv.; et « Le délit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1939-II*, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 508 et suiv. Voir aussi, tout spécialement, G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7<sup>e</sup> éd., Padoue, CEDAM, 1967, p. 332; P. Reuter, « La responsabilité internationale », *Droit international public* (cours), Paris, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956, p. 56 et suiv.; A.P. Sereni, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1962, t. III, p. 1533 et suiv. Pour un examen des aspects particuliers de la question en rapport avec l'activité législative de l'Etat, voir Ch. de Visscher, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana*, Leyde, Brill, 1924, t. II, p. 97; E. Vitta, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, Milan, Giuffrè, 1953, p. 87 et suiv.; A.S. Bilge, *La responsabilità internazionale des Etats et son application en matière d'actes législatifs* [thèse n° 471], Istanbul, Tsitouris, impr., 1950, p. 101 et suiv.

gation » — formule qui suit de près le libellé de l'article 16 du projet — est la plus appropriée pour indiquer quand on peut conclure à la réalisation de la violation d'une obligation « de comportement » ou « de moyens ». Cette formule a été préférée à d'autres comme « du simple fait de l'adoption d'un comportement différent de celui qui était spécifiquement requis », car, de l'avis de la Commission, elle exprime avec plus d'exactitude l'idée que le comportement adopté peut ne pas coïncider d'une manière pour ainsi dire absolue avec le comportement requis par l'obligation, sans que l'on puisse vraiment affirmer pour autant que l'obligation a été violée. L'action ou l'omission de l'Etat pourrait, par exemple, aller au-delà des exigences mêmes de l'obligation. Dans un cas de ce genre, si les exigences de l'obligation étaient parfaitement satisfaites par le comportement adopté en fait par l'Etat, on ne pourrait certainement pas y voir une violation de l'obligation en question.

Article 21

Violation d'une obligation internationale requérant d'assurer un résultat déterminé

1. Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'assurer, par un moyen de son choix, un résultat déterminé si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas le résultat requis de lui par cette obligation.

2. Lorsqu'un comportement de l'Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat, il n'y a violation de l'obligation que si l'Etat manque aussi par son comportement ultérieur à assurer le résultat requis de lui par cette obligation.

Commentaire \*/

1) L'article 21 a pour objet d'établir comment conclure à la violation d'une obligation internationale qui se borne à exiger de l'Etat qu'il assure une certaine situation, un résultat déterminé, tout en lui laissant le soin d'y parvenir par des moyens de son choix. Ces obligations, dites obligations « de résultat », sont beaucoup plus fréquentes en droit international qu'en droit interne, et ceci en raison même de la nature spécifique des sujets du droit des gens. Comme le commentaire de l'article 20 le met en relief, les commandements du droit international s'arrêtent en effet dans bien des cas, surtout dans les cas où leur exécution doit se faire dans le cadre intérieur de l'Etat, aux frontières extérieures de l'appareil étatique. Les obligations internationales de cette nature se limitent le plus souvent, par souci de respect de la liberté intérieure de l'Etat, à demander à celui-ci la réalisation du résultat voulu par elles sans pour autant exiger qu'un tel résultat soit atteint par des actions ou des omissions spécifiquement déterminées par ces mêmes obligations.

2) Les obligations internationales « de résultat » ne requièrent donc pas de l'Etat un comportement spécifiquement déterminé — ou, si l'on veut, un comportement d'organes étatiques spécifiquement désignés. Cela dit, il est toujours possible de procéder, à l'intérieur de l'en-

semble vaste et varié que constituent les obligations internationales dites « de résultat », à des distinctions supplémentaires selon le degré variable de permissivité qu'elles comportent quant à la réalisation du résultat voulu par l'obligation. Cette permissivité peut se manifester, tout d'abord, dans une liberté initiale de choix. Il y a des cas où l'obligation internationale ne donne pas la moindre indication quant aux moyens que l'Etat peut utiliser pour assurer le résultat voulu par l'obligation, mais il y a également des cas où l'obligation, tout en n'exigeant pas spécifiquement le recours à un moyen déterminé, marque une préférence pour un moyen donné, souligne qu'un tel moyen paraît somme toute le plus apte à réaliser le résultat exigé de l'Etat par l'obligation. Aux fins qui nous intéressent, cette différence n'entraîne pas de conséquences. Dans un cas comme dans l'autre, si la latitude laissée à l'Etat ne concerne que le choix initial du moyen à utiliser, il est évident que, une fois ce choix fait, ou bien le résultat voulu par l'obligation aura été atteint, ou bien l'on se trouvera devant une violation définitive de l'obligation en question.

3) Toutefois, la permissivité quant aux moyens qui caractérisent les obligations internationales « de résultat » se manifeste aussi, parfois, dans la possibilité offerte à l'Etat de porter remède *a posteriori* aux effets d'un comportement initial ayant mené à une situation en opposition avec le résultat voulu par l'obligation. Il se peut donc que le droit international ne requière qu'un résultat final, non seulement en laissant l'Etat libre de choisir au départ les moyens à utiliser, mais encore en lui permettant, s'il n'atteint pas le résultat par le premier moyen choisi, de recourir à cette fin à un autre moyen. Dans toutes les obligations appartenant à ce deuxième groupe d'obligations « de résultat », on relève que l'Etat qui a d'abord adopté un comportement actif ou omissif allant à l'encontre du résultat requis de lui par l'obligation se voit accorder une nouvelle possibilité d'exécuter l'obligation en question. En d'autres termes, dans certaines conditions, et pour autant que le résultat en question ne soit pas devenu définitivement irréalisable à la suite du comportement initial, ces obligations admettent que l'Etat remédie à la situation qui s'est provisoirement produite et assure, bien qu'avec retard, ledit résultat en ayant exceptionnellement recours à un comportement autre, capable d'effacer les conséquences du premier.

4) Dans les cas auxquels on a fait allusion, la possibilité de porter *a posteriori* remède aux effets négatifs d'un premier comportement étatique va de pair avec une liberté initiale de choix des moyens. Mais il n'en va pas toujours ainsi. Il y a d'autres cas où la possibilité de réaliser encore un résultat conforme à celui que requiert l'obligation internationale en corrigeant, par un autre moyen, le résultat non conforme qui s'est momentanément produit n'est pas uniquement accordée à l'Etat dans des hypothèses où ce dernier disposait d'une liberté initiale de choix entre différents moyens normaux d'exécution de l'obligation. L'Etat peut être doté de cette faculté même lorsqu'il ne disposait pas au départ d'une véritable liberté de choix. C'est alors précisément la faculté ultérieure de remédier par un nouveau comportement aux conséquences de l'action ou de l'omission initialement commise qui met en évidence la latitude dont l'Etat dispose;

\* Annuaire ... 1977, vol. II (deuxième partie), p. 20 à 31.

c'est cette faculté ultérieure qui, même si le contenu de l'obligation laissait un doute à ce sujet, fait ranger l'obligation en question parmi les obligations « de résultat » et non pas parmi celles « de comportement » ou « de moyens »<sup>58</sup>.

5) Ensuite, il y a même des obligations internationales « de résultat » si libérales qu'il est loisible à l'Etat, non seulement d'atteindre le résultat voulu par l'obligation en remédiant par un nouveau comportement aux conséquences provisoirement inacceptables d'une première activité, mais même de s'acquitter encore de son obligation par un résultat de rechange. Dans une telle hypothèse, la faculté laissée à l'Etat par l'obligation de remédier *a posteriori* ne s'étend pas, comme dans les cas précédents, à la seule obtention tardive du même résultat, mais comporte la possibilité de réaliser l'obligation en assurant un résultat considéré en quelque sorte comme équivalent à celui que le premier comportement de l'Etat aurait rendu irréalisable.

6) Il faut se référer d'abord, dans la recherche des exemples à donner, à l'hypothèse où tout ce qui ressort de l'obligation est la liberté initiale de choix des moyens à utiliser pour son exécution. Parfois, c'est le texte du traité lui-même qui, en prévoyant certaines obligations, souligne expressément que le choix des moyens propres à atteindre le but visé par ces obligations est laissé à l'Etat. L'article 14 du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier<sup>59</sup>, par exemple, dit que

Les recommandations comportent obligation dans les buts qu'elles assignent, mais laissent à ceux qui en sont l'objet le choix des moyens propres à atteindre ces buts.

L'alinéa troisième de l'article 189 du Traité instituant la Communauté économique européenne<sup>60</sup> indique également que

La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

D'autre part, la pleine liberté de choix que possède l'Etat ressort parfois du fait que l'obligation internationale engage en général les Etats qu'elle lie à prendre « toutes les mesures appropriées » afin d'assurer un résultat donné, sans nullement spécifier quelles peuvent être ces mesures appropriées. Ainsi, par exemple, l'article 2, par. 1, de la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>61</sup> dit que

<sup>58</sup> Il est assez rare que les règles, même conventionnelles, qui imposent à l'Etat des obligations internationales fassent explicitement mention de la possibilité qu'elles lui laissent, dans certains cas, de remédier *ex post facto* à la situation éventuellement créée en premier lieu par une action ou une omission de ses organes qui irait à l'encontre du résultat internationalement requis. Ce sera normalement en interprétant la clause pertinente d'après l'ensemble des dispositions de la convention qui la contient, d'après sa *ratio* et son esprit, ou encore à la lumière des règles applicables du droit international coutumier, que l'on pourra établir si une obligation donnée admet ou non d'être exceptionnellement exécutée par un comportement autre au cas où celui qui a été adopté d'abord aurait failli à la tâche.

<sup>59</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 261, p. 141.

<sup>60</sup> *Ibid.*, vol. 294, p. 17.

<sup>61</sup> Pour référence, voir ci-dessus note 33.

Les Etats parties condamnent la discrimination raciale et s'engagent à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale [...].

De même, en matière de protection des organes représentatifs d'autres Etats, l'article 22, par. 2, de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques<sup>62</sup> affirme que

L'Etat accréditaire a l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie,

et l'article 29 de la même convention dispose que « l'Etat accréditaire [...] prend toutes mesures appropriées pour empêcher toute atteinte à [la] personne [de l'agent diplomatique], sa liberté et sa dignité ». On retrouve une formulation presque identique dans les articles 31, par. 3, et 40 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires<sup>63</sup>, dans les articles 25, par. 2, et 29 de la Convention de 1969 sur les missions spéciales<sup>64</sup>, et dans les articles 23, par. 2, al. a, et 28 de la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel<sup>65</sup>.

7) Dans des cas peut-être plus nombreux, la liberté de choix reconnue à l'Etat ressort implicitement du fait que l'obligation internationale se borne à fixer le résultat à assurer, sans que le texte dans lequel cette obligation se trouve consignée ne soulève en aucune façon la question des moyens par lesquels ledit résultat sera atteint. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>66</sup> et certaines conventions internationales du travail en fournissent des exemples. Des dispositions de même caractère figurent d'ailleurs dans de nombreux autres textes. Ainsi, par exemple, les dispositions conventionnelles par lesquelles les Etats s'obligent à accorder à d'autres Etats le traitement de la nation la plus favorisée dans un domaine convenu de relations se bornent à indiquer normalement le but à atteindre, sans préciser les moyens par lesquels il doit être assuré. La situation à laquelle l'on se réfère ici est normale en ce qui concerne les obligations internationales d'origine coutumière aussi bien que les obligations inter-

<sup>62</sup> *Idem*, note 40.

<sup>63</sup> *Idem*, note 42.

<sup>64</sup> Résolution 2530 (XXIV) de l'Assemblée générale, annexe.

<sup>65</sup> *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales*, vol. II, *Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.12), p. 201.

<sup>66</sup> Pour référence, voir ci-dessus note 24.

L'article 1<sup>er</sup> de la convention dispose que

« Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention. »

Or, les articles du titre I sont ainsi rédigés : « Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude » (art. 4, par. 1), « Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire » (art. 4, par. 2), « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. [...] » (art. 5, par. 1), etc. Il en ressort implicitement que l'Etat est libre de choisir les moyens qu'il estime les plus aptes à garantir qu'une personne ne puisse être tenue en esclavage, que sa sûreté soit assurée, etc.

nationales conventionnelles concernant la protection des étrangers<sup>67</sup>, obligations dont l'exécution comme la violation présentent en outre des aspects particuliers qui seront examinés à l'article 22 du projet.

8) Des exemples d'obligations qui, tout en n'exigeant pas le recours à un moyen spécifiquement déterminé, expriment quand même une préférence pour tel ou tel autre moyen ne manquent pas non plus en droit international. Il suffit, par exemple, de se reporter à l'article 2, par. 1, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>68</sup>, qui dispose que

Chacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir [...] en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives,

ou à l'article 2, par. 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>69</sup>, en vertu duquel

Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur.

Nul doute que, dans ces cas, le moyen législatif est expressément indiqué sur le plan international comme étant le plus normal, le plus approprié pour la réalisation des buts visés par le pacte, mais le recours à un tel moyen n'est pas spécifiquement imposé, n'est pas requis à titre exclusif; l'Etat est libre, s'il le désire, d'utiliser un autre moyen, pour autant que ce dernier lui permette également d'assurer *in concreto* le plein exercice des droits individuels prévus par le pacte. Tous ces exemples, comme ceux qui sont cités aux précédents paragraphes du présent commentaire, entrent dans le cadre de l'hypothèse où l'obligation laisse à l'Etat en tout cas une liberté initiale de choisir les moyens à utiliser pour réaliser le résultat requis par cette obligation.

9) D'autres exemples, en revanche, illustreront l'hypothèse d'une obligation internationale dont l'Etat peut exceptionnellement s'acquitter encore en recourant à un nouveau moyen de réaliser le résultat requis, au cas où le comportement initialement adopté aurait échoué. A ce sujet, il convient de mentionner, tout d'abord, des cas où une telle permissivité supplémentaire ne fait que s'ajouter à une normale liberté de choix au départ quant aux moyens à utiliser pour assurer l'exécution de l'obligation. Cette liberté de choix initial caractérise par exemple,

<sup>67</sup> Par exemple, le mémoire du Gouvernement italien dans l'Affaire des phosphates du Maroc (Exceptions préliminaires) soulignait :

« La Puissance protectrice a le choix de ces moyens, elle peut les établir de la manière qu'elle estime la plus appropriée à l'organisation des pouvoirs publics du Protectorat; mais il faut que ces moyens soient aptes à assurer aux étrangers le traitement conforme aux conventions internationales et aux droits acquis. » (*Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de Justice*, publié sous la direction de P. Guggenheim, série I, *Cour permanente de justice internationale*, vol. I, *Droit international et droit interne*, par K. Marek, Genève, Droz, 1961, p. 679.)

<sup>68</sup> Résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale, annexe.

<sup>69</sup> *Ibid.*

comme on l'a vu, la plupart des obligations internationales relatives à la protection des droits de l'homme. Quand le Pacte international relatif aux droits civils et politiques établit que « Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien » (art. 12, par. 2), que « Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique » (art. 16), ou que « Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts » (art. 22, par. 1), il ressort avant tout de l'objet même de ces dispositions et de leur formulation que l'Etat est libre d'adopter les mesures qu'il croit les plus appropriées, dans le cas qui est le sien, pour garantir aux individus ces libertés et ces droits. Il peut même, à la rigueur, ne pas adopter de mesures du tout, pourvu que le résultat soit concrètement assuré, à savoir que tout homme ou femme désireux de quitter le pays soit en fait libre de s'en aller, que la personnalité juridique ne lui soit pas déniée, qu'il ne soit pas fait obstacle à sa liberté d'association, etc. Mais de l'ensemble du Pacte il ressort encore une conclusion: En admettant, par exemple, que l'Etat ait choisi de s'acquitter de ses engagements par la voie administrative, l'éventuelle décision négative prise à l'égard du droit d'une personne par la première autorité appelée à se prononcer à son sujet ne rend normalement pas définitivement impossible la réalisation par l'Etat du résultat internationalement requis de lui. Ce résultat pourra être considéré comme acquis même lorsqu'il aura fallu qu'une autorité supérieure intervienne pour annuler la décision de la première autorité et que ce ne sera que grâce à cette action ultérieure que la personne aura obtenu le respect du droit dont elle entendait se prévaloir<sup>70</sup>.

10) En l'absence de toute disposition expresse à son sujet, cette conclusion pourra découler du contexte de l'accord, de son esprit, de ses but et objet, des règles coutumières, enfin, dans le cadre desquelles l'interprétation dudit accord s'inscrit. Prenons, toujours à titre d'exemple, l'article III, par. 1, de l'Accord général du GATT<sup>71</sup>, où on lit que

Les parties contractantes reconnaissent que les taxes et autres impositions intérieures [...] ne devront pas être appliquées aux

<sup>70</sup> Si des doutes persistaient quant au bien-fondé de cette conclusion, le fait de la présence dans le Pacte d'une clause (art. 41, par. 1, al. c) relative à l'épuisement des recours internes suffirait à les éliminer. Une conclusion analogue s'impose naturellement pour toutes les obligations prévues par des conventions qui contiennent une clause explicite de ce genre, comme la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [pour référence, v. ci-dessus note 24] (art. 26), ou la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale [pour référence, v. ci-dessus note 33] (art. 11, par. 3, et 14, par. 7, al. a), car cette clause a précisément pour effet d'empêcher d'établir comme définitivement non obtenu le résultat requis de l'Etat par l'obligation qu'elle accompagne, tant qu'il subsiste la possibilité d'obtenir ce résultat par l'un des autres moyens dont l'Etat dispose. Il serait cependant erroné de croire que la conclusion indiquée ne se justifie que dans des cas, qui rentrent dans le cadre des prévisions spécifiques de l'article 22 du présent projet, où la convention d'où découlent certaines obligations contient une clause prévoyant explicitement qu'on ne peut inculper sur le plan international l'Etat de ne pas s'être acquitté de ses obligations tant que les recours internes disponibles n'ont pas été épuisés.

<sup>71</sup> GATT, *Instruments de base et documents divers*, vol. IV (numéro de vente : GATT/1969-1).

produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale,

et le paragraphe 2 du même article, qui dispose que

Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires. [...].

Aucune clause prévoyant explicitement la conclusion indiquée ci-dessus n'accompagne ces dispositions. Mais leur but, leur raison d'être, est d'éviter que les produits nationaux ne finissent par bénéficier concrètement d'une protection aux dépens des produits similaires étrangers. Ce que l'on veut de l'Etat partie à l'accord est qu'il assure en dernier ressort le résultat que les produits étrangers ne se trouvent pas désavantagés sur le marché intérieur parce que leur prix serait grevé d'une imposition fiscale plus sévère que les produits du pays. On ne saurait donc interpréter les dispositions citées comme exigeant que l'on empêche absolument tout acte, même provisoire, de taxation erronée d'un produit étranger. Au cas où, à un moment donné, il serait appliqué à l'un de ces produits un tarif différent de celui qui vaut pour un produit national similaire, au cas où un acte de perception indue aurait lieu, le résultat visé par les obligations énoncées dans les articles cités sera également atteint si l'Etat s'emploie à annuler ou à réduire dûment l'imposition discriminatoire et à restituer les montants abusivement perçus. Le but recherché — l'égalité de traitement entre produits étrangers et produits nationaux — sera ainsi également assuré<sup>72</sup>. Prenons, dans d'autres domaines, l'une des nombreuses conventions prévoyant l'assistance judiciaire entre Etats, ou l'extradition des coupables de certains crimes, ou les conventions qui imposent de punir les responsables d'une pratique d'esclavage ou d'*apartheid*, les auteurs d'un acte de génocide, de terrorisme, etc. Il est évident que l'omission éventuellement commise par une première autorité administrative ou judiciaire ayant refusé l'assistance convenue ou l'extradition due, ou qui aurait manqué à appliquer la punition prévue, ne représente pas nécessairement une violation définitive des obligations en question. Le résultat requis par ces obligations sera

intervient pour corriger les effets du comportement de

<sup>72</sup> Que l'on compare, sous cet angle, l'obligation internationale à laquelle on se réfère ici avec, par exemple, l'obligation énoncée à l'article 34 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques [pour référence, v. ci-dessus note 40], qui dispose que « l'agent diplomatique est exempt de tous impôts et taxes, personnels ou réels, nationaux, régionaux ou communaux ». Ici, la *ratio* de l'obligation est tout autre : ce que la convention requiert est que, dans l'intérêt fondamental de l'exercice sans entraves de la fonction qui lui est confiée, l'agent diplomatique ne soit pas gêné dans son activité par l'application de mesures fiscales, tout comme il ne doit pas l'être par l'application de mesures de police, de juridiction, etc. A la différence de l'obligation prise en considération dans le texte, celle-ci est l'une de celles qui imposent à l'Etat d'adopter un comportement d'omission spécifiquement déterminé — l'une de celles dont on s'est occupé à l'article 20 : l'Etat ne saurait se considérer en règle avec son devoir international parce qu'il aurait par la suite restitué à l'agent diplomatique les montants indûment exigés de lui, ou parce qu'il aurait relâché le diplomate indûment arrêté, etc.

la première autorité étatique intervenue dans le cas d'espèce.

11) Les exemples qui ont été donnés<sup>73</sup> d'obligations internationales permettant à l'Etat de remédier par un comportement ultérieur aux conséquences non conformes à l'obligation découlant d'un comportement initialement adopté concernent tous des obligations prévues par des conventions internationales. Mais il va sans dire que l'on relève des exemples non moins valables parmi les obligations internationales d'origine coutumière : par exemple, l'obligation coutumière qui requiert de l'Etat d'arrêter et de punir les coupables d'un attentat contre une personnalité officielle étrangère se trouvant sur le territoire dudit Etat, ou également les coupables d'une attaque au siège d'une mission diplomatique, ou encore les personnes qui, par leurs manifestations écrites, auraient porté atteinte à la dignité d'un chef d'Etat étranger. Il serait manifestement excessif de dire que ces obligations seront considérées sans autre comme non remplies si, par exemple, des membres d'une police locale laissent s'échapper lesdits coupables, ou si un tribunal de première instance les acquitte. Le résultat requis par ces obligations internationales coutumières est qu'en dernier ressort la justice se soit assurée les personnes coupables, que ce soit à l'aide de la police locale ou de la police centrale intervenue à défaut de la première, et que ces personnes soient dûment punies, même si ce n'est que par un tribunal de deuxième ou de troisième instance. En d'autres termes, le résultat visé par l'obligation sera toujours considéré comme atteint, même au cas où une première mesure allant à l'encontre de ce qui était requis aura été corrigée par une mesure ultérieure capable d'effacer les conséquences de la première.

12) Les obligations internationales ne requérant que d'assurer un certain résultat peuvent prendre une forme encore plus permissive que celle qui consiste à laisser à l'Etat le libre choix initial des moyens pour atteindre le résultat visé, ou aussi que celle qui consiste à lui permettre de parvenir encore audit résultat en effaçant complètement par un nouveau comportement les conséquences d'un éventuel comportement initial allant à l'encontre de la réalisation dudit résultat. Il existe des cas dans lesquels l'obligation internationale admet que, là où le comporte-

sable le résultat principal requis, l'Etat puisse encore se considérer comme quitte en assurant un résultat de rechange. Prenons, par exemple, l'obligation de droit international coutumier qui impose à l'Etat d'exercer une certaine vigilance pour prévenir des atteintes indues à la personne ou aux biens des étrangers. Si, dans un cas concret, l'Etat n'a pas pu empêcher qu'une atteinte de cette nature se produise, l'Etat a encore la possibilité de s'acquitter de son obligation en offrant le dédommagement du préjudice subi par l'étranger victime de l'atteinte. On parvient à une conclusion analogue en ce qui concerne l'article 9, par. 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>74</sup>, qui dispose notamment que « nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention

<sup>73</sup> Ci-dessus par. 9 et 10.

<sup>74</sup> Résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale, annexe.

arbitraires ». L'obligation ainsi formulée doit être mise en parallèle avec les paragraphes 4 et 5 du même article, qui disposent respectivement que

Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale,

et que

Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégales a droit à réparation.

Cette juxtaposition fait ressortir que l'Etat pourra se considérer comme ayant agi conformément à ses devoirs internationaux même au cas où, ayant manqué d'assurer le résultat principal visé par l'obligation posée par l'article 9, il aura néanmoins assuré le résultat de rechange de réparer le préjudice causé à la personne victime d'une arrestation ou d'une détention indues<sup>75</sup>.

13) Une fois constatée l'existence d'une gamme variée d'obligations internationales « de résultat », il s'agit d'analyser comment se détermine en droit international, dans les diverses hypothèses décrites, la violation d'une obligation de cette nature. Cette tâche est bien moins simple à remplir que dans le cas des obligations « de comportement » ou « de moyens » considérées à l'article 20, où l'existence de la violation ressort tout simplement d'une comparaison entre le comportement adopté en fait par l'Etat et le comportement qu'en l'occurrence il était spécifiquement requis d'adopter. Dans le cas des obligations internationales prises en considération au présent article, il s'agit plutôt de comparer le résultat voulu par l'obligation internationale et celui qui a été concrètement et définitivement atteint par le comportement ou par les comportements adoptés par l'Etat. Cependant, pour déterminer comment s'établit en droit international l'existence d'une violation d'une obligation « de résultat », il convient de se tourner, une fois de plus, vers la pratique des Etats et la jurisprudence internationale en la matière, ainsi que vers les opinions exprimées à ce propos par les auteurs des ouvrages scientifiques.

14) A cet égard, les prises de position des Etats en ce qui concerne la possibilité de conclure à la violation d'une obligation internationale par l'exercice ou le non-exercice d'une activité législative apparaissent une fois de plus comme particulièrement illustrative. Ainsi, par exemple, certains Etats qui, comme la Suisse et la Pologne, se sont prononcés à ce sujet dans leurs réponses au point III, n° 1, de la demande d'informations du Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930 ont précie-

<sup>75</sup> En outre, comme on l'a indiqué ci-dessus [v. note 70], le Pacte contient à l'article 41, par. 1, al. c, une prévision générale de l'épuisement des recours internes comme condition pour que le Comité des droits de l'homme puisse examiner « des communications dans lesquelles un Etat partie prétend qu'un autre Etat partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du présent Pacte ». Or, n'importe quel recours interne peut faire qu'une arrestation ou détention arbitraire cesse et que le préjudice qui en a découlé soit réparé, mais ne peut certes pas faire que l'arrestation ou la détention arbitraires n'aient pas eu lieu. La réparation du préjudice causé n'est évidemment qu'un résultat de rechange, réalisé en lieu et place du résultat principal d'empêcher des arrestations ou détentions arbitraires.

sément fait ressortir que, dans le cas où une obligation internationale ne faisait qu'exiger de l'Etat qu'il assure, par un comportement de son choix, un résultat donné, l'adoption ou la non-adoption d'une loi d'un contenu déterminé n'est qu'un moyen parmi d'autres de réaliser un résultat qui lui seul est décisif pour conclure à l'existence d'une violation de l'obligation<sup>76</sup>. Les réponses des Gouvernements suisse et polonais confirment également qu'aussi longtemps que l'Etat n'a pas manqué à assurer concrètement le résultat requis par une obligation internationale le fait de ne pas avoir pris une mesure déterminée qui aurait paru particulièrement idoine à cet effet, de ne pas avoir adopté une loi, notamment, ne peut pas lui être reproché comme une violation de cette obligation<sup>77</sup>.

15) D'autres prises de position tirées de la pratique internationale confirment également le bien-fondé de la conclusion que, si le résultat internationalement voulu est assuré par l'Etat, peu importe alors le fait que ce dernier y soit parvenu par l'adoption d'une loi ou par quelque autre moyen que ce soit. On peut mentionner à ce propos la lettre envoyée le 18 octobre 1929 par le Directeur général

<sup>76</sup> Comme on l'a rappelé ci-dessus [v. art. 20, par. 19 du commentaire], le Gouvernement suisse soulignait la nécessité de nuancer la réponse par rapport à la question de savoir si la responsabilité internationale se trouve engagée au cas où « l'Etat néglige d'adopter les dispositions législatives nécessaires à l'exécution » de ses obligations. Il ne répondait par l'affirmative que par rapport à l'hypothèse où un accord international obligerait expressément les parties à prendre des mesures législatives déterminées. Dans les autres cas, observait-il, « ce n'est pas le fait de ne pas édicter une loi qui engage la responsabilité d'un Etat, mais bien le fait que cet Etat n'est pas en mesure de satisfaire, par quelque moyen que ce soit, à ses obligations internationales », qui constitue la violation de l'obligation. (SDN, *op. cit.*, p. 25.)

Le Gouvernement polonais distinguait dans sa réponse le cas exceptionnel et rare où l'Etat aurait « pris l'engagement international de voter des prescriptions concrètes dans un délai déterminé » de « tous les autres cas ». Dans le premier cas seulement, indiquait-il, « le fait que ces dispositions n'ont pas été votées dans ce délai constitue un délit », tandis que dans les autres « la négligence même de ne pas avoir voté les prescriptions n'entraîne pas la responsabilité internationale ». (*Ibid.*, p. 28 et 29.)

<sup>77</sup> Dans la réponse du Gouvernement suisse, on lit en effet que « même en l'absence d'une loi permettant à un Etat d'assurer sans plus l'exécution de ses obligations, on ne se trouvera pas en présence d'un fait ou d'un acte contraire au droit des gens aussi longtemps qu'il ne se serait produit de circonstances portant atteinte aux droits d'autres Etats » (*ibid.*, p. 29). Et dans la suite de la réponse du Gouvernement polonais, il est dit que la responsabilité « n'existe que lors du refus par les autorités ou les tribunaux d'un Etat donné de réaliser les droits découlant de ses engagements internationaux, faute de prescription intérieure respective. Jusqu'à ce moment, la preuve manque que la promulgation de ces prescriptions est indispensable, que, par exemple, les autorités et les tribunaux rendront les jugements incompatibles avec les engagements internationaux de l'Etat; il doit être laissé à la décision de l'Etat même si la promulgation d'une loi spéciale, d'un décret ou d'une circulaire est nécessaire. » (*Ibid.*). La réponse du Gouvernement britannique au même point de la demande d'informations du Comité préparatoire de la Conférence de 1930 donnait des exemples d'obligations pour l'exécution desquelles l'adoption de mesures législatives constituait le moyen approprié et, vraisemblablement, indispensable. Mais elle faisait clairement ressortir que, vu le mode d'être de ces obligations, qui ne requéraient que la réalisation d'un résultat, la non-adoption de mesures législatives en question n'était pas à considérer en tant que telle comme une violation desdites obligations. La violation ne serait à constater que si, vraisemblablement à cause du manque de dispositions de loi opportunes, l'Etat se révélait concrètement comme n'étant pas en mesure de réaliser le résultat voulu par son obligation.

du BIT, M. A. Thomas, au Gouvernement de l'Etat libre d'Irlande en réponse à la question posée par ce gouvernement, à savoir si l'adoption d'une loi était ou non spécifiquement requise pour donner exécution aux prescriptions des articles 2, 3 et 4 de la Convention n° 14 de l'OIT concernant l'application du repos hebdomadaire dans les établissements industriels, au vu du fait qu'une période de repos de vingt-quatre heures était déjà accordée aux travailleurs industriels dans la pratique irlandaise. Tout en rappelant que la méthode la plus généralement suivie pour assurer d'une manière effective l'application de la convention était bien l'adoption de mesures législatives à cet effet, la lettre du Directeur général du BIT faisait ressortir que l'Irlande était libre de suivre la méthode qui, dans son cas particulier, lui paraissait la plus appropriée, à la seule condition qu'une telle méthode assure concrètement le résultat d'une application effective des prescriptions de la convention <sup>78</sup>.

16) Les auteurs d'ouvrages scientifiques ont aussi concentré leur attention sur le problème tel qu'il se présente à propos de l'exercice ou du non-exercice d'une activité législative. Ils soutiennent avec beaucoup de fermeté qu'à leur avis aucun Etat ayant concrètement assuré le résultat requis de lui par une obligation internationale ne peut se voir reprocher la violation de cette obligation du fait qu'il est parvenu à ce résultat sans recourir à cette fin à l'adoption d'une loi et que, d'une façon plus générale, le manquement à l'exercice d'une activité législative n'est pas en soi suffisant pour conclure à une violation de l'obligation tant que l'on ne peut affirmer que l'Etat a concrètement failli d'assurer le résultat en question <sup>79</sup>. Certains auteurs ont mis explicitement en évidence que lesdits principes ne sont que la conséquence nécessaire de la distinction entre les obligations requérant de l'Etat l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé et celles qui n'exigent de lui que l'obtention d'un résultat <sup>80</sup>.

17) En ce qui concerne la question de savoir si l'adoption par l'Etat d'une mesure qui semblerait faire obstacle à la

réalisation du résultat visé par l'obligation internationale ne serait pas en soi suffisante pour décider qu'il y a eu violation de l'obligation, la pratique des Etats n'abonde pas en prises de position explicites. Les réponses des gouvernements au point III, n° 1, de la demande d'informations du Comité préparatoire de la Conférence de 1930 ont nécessairement été influencées, sur ce point, par la manière dont la question était rédigée. Bien des pays se sont donc bornés à répondre par l'affirmative, sans fournir de précisions quant à la portée de l'accord ainsi exprimé. Cependant, il serait tout à fait erroné de croire que par de telles réponses les gouvernements en question aient entendu manifester la conviction qu'en cas d'activité de l'Etat dans le domaine législatif sa responsabilité internationale se trouverait déjà et dans tous les cas engagée par la promulgation de la loi. Bien au contraire, la réponse du Gouvernement sud-africain, par exemple <sup>81</sup>, montre que ce gouvernement a pris la demande qui lui était adressée comme se référant à l'application et non à la promulgation de la loi. Les Gouvernements britannique et suisse ont explicitement déclaré, d'ailleurs, qu'à leur avis il ne serait pas permis de conclure sans autre à la violation d'une obligation internationale du seul fait de l'adoption d'une mesure, telle que la promulgation d'une loi, faisant obstacle à l'exécution de l'obligation <sup>82</sup>. L'opinion exprimée par ces deux gouvernements n'avait trait, comme la demande d'informations à laquelle ils répondaient, qu'à la responsabilité pour la violation d'obligations relatives au traitement de particuliers étrangers, obligations qui ne sont en fait que des obligations requérant exclusivement la réalisation d'un résultat. Si leurs réponses avaient concerné la violation d'obligations relatives à n'importe quel domaine en général, elles auraient sans doute été plus nuancées <sup>83</sup>. On peut donc admettre que les travaux de codification de 1929-1930 ne fournissent pas d'éléments suffisants pour établir de façon sûre quelle était alors, d'après la conviction des Etats, la solution à donner à la question posée dans le présent paragraphe. Cependant, ce qui ressort de ces travaux n'est certainement pas incompatible avec la conclusion selon laquelle, lorsqu'une obligation inter-

<sup>78</sup> Aux termes de la lettre d'A. Thomas,

« La convention laisse une latitude considérable aux gouvernements qui la ratifient [...]. Un gouvernement est donc libre d'appliquer en vertu de la convention tout système qui rencontre son approbation, et la pratique existant dans l'Etat libre d'Irlande répondrait sans aucun doute aux exigences de la convention, [...] il appartient au gouvernement qui a contracté une obligation internationale en adhérant à la convention d'apprécier les mesures qui, à son avis, peuvent assurer une application effective de la convention. [...] La méthode qui a été adoptée le plus ordinairement est l'adoption d'une législation rendant le repos hebdomadaire obligatoire dans les établissements industriels [...]. Il pourrait cependant suffire qu'une législation soit adoptée, laquelle se bornerait à donner force de loi à la pratique existante [...]. Il appartient donc au gouvernement de l'Etat libre d'apprécier la méthode qui lui paraît le mieux s'adapter au cas particulier. L'une ou l'autre aurait pour effet [...] d'assurer une application effective de la convention. » (BIT, *Bulletin officiel*, vol. XIV, n° 3, 31 décembre 1929, p. 131 et 132.)

Voir aussi *Le Code international du Travail, 1951 (op. cit.)*, p. 302; note 464.

<sup>79</sup> Voir notamment Triepel, *op. cit.*, p. 301 et 302; de Visscher, *loc. cit.*, p. 97; E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », *Manual of Public International Law*, éd. par Sørensen, Londres, Macmillan, 1968, p. 545.

<sup>80</sup> Voir p. ex. Bilge, *op. cit.*, p. 103 et 104; Vitta, *op. cit.*, p. 95 et suiv.

<sup>81</sup> Le Gouvernement de Pretoria indiquait que la responsabilité de l'Etat était engagée lorsque celui-ci « applique des dispositions législatives incompatibles soit avec les dispositions d'un traité conclu avec un autre Etat soit avec ses autres obligations internationales » (SDN, *op. cit.*, p. 25).

<sup>82</sup> Le Gouvernement britannique a affirmé que « Ce n'est pas l'adoption, mais l'application de la législation ainsi adoptée, qui engage la responsabilité de l'Etat » (*ibid.*, p. 27), et le Gouvernement helvétique a soutenu que « En thèse générale, [...] ce n'est pas aux lois comme telles qu'il convient de s'attacher pour rechercher et établir la responsabilité internationale, mais aux faits dérivant de ces lois, qui affectent les droits d'autres Etats. » (*Ibid.*, p. 29.)

<sup>83</sup> Le fait que le Comité préparatoire ait proposé comme « base de discussion », en vertu des réponses reçues, un texte où l'on affirme que « la responsabilité de l'Etat se trouve engagée si le dommage subi par un étranger résulte [...] du fait que l'Etat a adopté des dispositions législatives incompatibles avec les obligations internationales existant à sa charge » (base n° 2) (*ibid.*, p. 30, et *Annuaire... 1956*, vol. II., p. 223, doc. A/CN.4/96, annexe 2) ne prouve pas que d'après le Comité la responsabilité n'aurait toujours de la simple promulgation des dispositions législatives « incompatibles ». La même remarque vaut pour l'article 6, adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence, qui reprenait la formule de la base n° 2.

nationale ne vise qu'à la réalisation par l'Etat d'un résultat concret, on ne peut pas conclure à la violation de cette obligation du seul fait que l'Etat ait promulgué une loi susceptible de faire obstacle à la réalisation du résultat visé.

18) Les difficultés éprouvées à ce propos par certains auteurs d'ouvrages scientifiques paraissent en réalité dues au fait qu'ils n'ont pas eu toujours présente à l'esprit la distinction à faire entre les différents types d'obligations et qu'ils se sont posé indistinctement par rapport à l'ensemble des obligations la question de savoir si la promulgation d'une loi « contraire au droit international » représente déjà la violation par l'Etat de son obligation, ou bien si cette violation se produit seulement par la suite, lors de l'application pratique de la loi. Il est alors logique que ceux d'entre ces auteurs qui avaient surtout présentes à l'esprit les obligations requérant spécifiquement de l'Etat l'adoption ou la non-adoption d'une loi aboutissent naturellement à la conclusion que la violation se produit au moment de la promulgation de la loi<sup>84</sup> et que, par contre, ceux qui avaient plutôt en vue les obligations qui n'exigent que la réalisation d'un résultat concret en aient conclu que la violation n'a lieu qu'au moment de l'application de la loi à des cas concrets<sup>85</sup>. Toutefois, la majorité des auteurs ont bien senti la nécessité de faire une distinction entre différentes situations, et ont soutenu que l'une et l'autre des deux conclusions pouvaient se justifier en fonction du contenu de l'obligation<sup>86</sup> ou des circonstances du cas d'espèce<sup>87</sup>. Cela dit, les critères qui ont été fournis de part et d'autre pour établir concrètement dans quels cas le seul fait d'avoir passé une loi d'un contenu déterminé constituait la violation d'une obligation internationale et dans quels autres la conclusion opposée s'imposait varient et ne semblent pas toujours pertinents<sup>88</sup>. Ce sont sans doute les auteurs

qui ont basé la solution du problème sur la distinction entre violation d'obligations dites « de comportement » ou « de moyens » et violation d'obligations dites « de résultat » qui ont donné le critère valable pour répondre à la question<sup>89</sup>.

19) Il est intéressant de noter, à propos de cette question, les prises de position des Gouvernements des Etats-Unis d'Amérique et de la Grande-Bretagne dans la controverse qui s'éleva entre les deux pays en 1912-1913 à propos des *droits de passage dans le canal de Panama*. En 1912, le Congrès des Etats-Unis passa une loi réglant les droits de passage dans le canal et s'inspirant de critères que la Grande-Bretagne estima incompatibles avec la disposition de l'article III, par. 1, du Traité Hay-Pauncefote, du 18 novembre 1901, qui prévoyait l'égalité de traitement pour le pavillon de toutes les nations parties au traité, sans discrimination aucune<sup>90</sup>. Se prévalant de l'article I du Traité d'arbitrage entre les deux pays de 1908, le Gouvernement de Londres proposa de soumettre la question à l'arbitrage. Le Gouvernement américain n'aborda pas le fond de la question, mais s'opposa à la proposition britannique<sup>91</sup>. Il n'y eut finalement pas d'arbitrage dans cette affaire, les Etats-Unis ayant accepté de modifier la loi qui avait donné lieu à ces échanges de notes. Mais il est quand même intéressant de s'arrêter sur les positions prises par les deux gouvernements. La thèse américaine correspondait au critère selon lequel on ne peut pas conclure à la violation d'une obligation requérant d'un Etat d'assurer concrètement un résultat donné du fait que l'Etat a pris une mesure, législative ou autre, qui n'a

<sup>84</sup> C'est par exemple le cas de U. Scheuner, qui cependant atténue cette affirmation par les mots « en règle générale » (« L'influence du droit interne sur la formation du droit international », *Recueil des cours...*, 1939-II, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 121 et suiv.).

<sup>85</sup> Voir L. Kopelmanas, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3<sup>e</sup> série, t. XVIII, n<sup>o</sup> 1, 1937, p. 118 et 122; G. Ténékidès, « Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1969, vol. II, p. 787.

<sup>86</sup> B. Cheng, par exemple, remarque que la réponse à la question posée ici « dépend de ce qui est en fait interdit par la règle de droit international en question et du point de savoir si la législation nationale viole réellement cette règle ou permet seulement à quelque autre organe de l'Etat de la violer » [tr. du Secrétariat] (*General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 174 et 175).

<sup>87</sup> C'est le cas de G. Schwarzenberger, *International Law*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1957, vol. I, p. 614 et 615.

<sup>88</sup> Certains auteurs distinguent suivant que la loi est susceptible d'application directe ou qu'elle a besoin à cette fin d'un règlement d'exécution (p. ex. P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1954, t. II, p. 7 et 8). D'autres basent la distinction sur le fait que la législation « viole directement des droits ou des règles existants », comme dans le cas d'une annulation illicite d'une concession attribuée à une compagnie étrangère, ou bien qu'elle ne produit des effets illicites que lors d'une « implementation in concreto », telle une loi qui fixe des directives en vue de futures nationalisations (v. J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leyde, Sijthoff, 1973, vol. VI, p. 621 et 622, 641 et 642). D'autres encore soulignent que dans le cas de dommage à un Etat la seule promulgation de la loi peut suffire, tandis que

dans le cas de dommage à des particuliers étrangers la responsabilité naitrait en général au moment de l'application de la loi (Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 547 et 548; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Oxford University Press, 1973, p. 435 et 436).

<sup>89</sup> Ceux qui l'ont fait sont notamment les auteurs qui ont consacré des études monographiques à la question de la responsabilité des Etats pour les faits des organes législatifs. Voir Bilge, *op. cit.*, p. 101 et suiv.; et Vitta, *op. cit.*, p. 89 et suiv. Voir aussi Sereni, *op. cit.*, p. 1538 et 1539; et A. Favre, *Principes du droit des gens*, Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1974, p. 650 et 651.

<sup>90</sup> Le paragraphe en question était ainsi rédigé :

« Le canal sera libre et ouvert aux navires de commerce et de guerre de toutes les nations observant ces Règles, sur des termes d'entière égalité, de telle sorte qu'il n'y aura aucune distinction entre ces nations, ou leurs citoyens ou sujets, à l'égard des conditions ou charges du trafic, ou autrement. Les conditions et charges du trafic seront justes et équitables. » (Baron Descamps et L. Renault, *Recueil international des traités du XX<sup>e</sup> siècle*, année 1901, Paris, Rousseau, p. 136 et 137.)

<sup>91</sup> Le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique a fait observer que

« Si la Grande-Bretagne se plaint de ce que la loi et sa promulgation auront pour effet de soumettre en fait les navires britanniques à un traitement inégal ou à des droits de passage injustes et inéquitables en violation des clauses du Traité Hay-Pauncefote, la question se posera alors de savoir si les Etats-Unis sont tenus en vertu du Traité de tenir compte et de percevoir des droits de passage sur les navires américains, et si, en vertu des obligations qui découlent de ce traité, les navires britanniques ont droit au même traitement à tous égards que les navires des Etats-Unis. Tant que ces objections ne seront pas fondées sur quelque chose de plus substantiel qu'une simple possibilité, il ne paraît pas qu'elles doivent être soumises à l'arbitrage. » (Instructions de M. Knox, secrétaire d'Etat, au Chargé d'affaires des Etats-Unis à Londres, en date du 17 janvier 1913.) [Hackworth, *op. cit.*, 1943, vol. VI, p. 59.] (Tr. du Secrétariat.)

pas encore pour effet de créer une situation concrète définitivement non conforme au résultat désiré, même si une telle mesure met un obstacle à la résiliation dudit résultat. La thèse britannique, par contre, semblait contredire ce critère<sup>92</sup>. On peut cependant observer que la mesure prise par le Gouvernement américain dans le cas d'espèce ne revenait pas à prévoir l'imposition aux navires britanniques de droits de passage plus élevés que ceux qui étaient perçus sur les navires américains, mais à exempter ces derniers des droits qui continuaient d'être exigés des navires des autres nations. On pouvait donc soutenir avec quelque fondement que la situation qui en résultait pour les navires britanniques était déjà une situation *in concreto* discriminatoire, illicite d'après le Traité, ce qui explique l'empressement du président Wilson à faire modifier ladite situation par la loi de 1914. D'autre part, la protestation britannique et sa proposition en vue d'un arbitrage paraissaient en effet avoir pour but d'éviter qu'un fait internationalement illicite ne se produise plutôt que de faire valoir les conséquences d'un fait illicite déjà réalisé<sup>93</sup>.

20) En ce qui concerne la jurisprudence internationale, on peut rappeler la décision du 27 juin 1933 de la Commission générale des réclamations Etats-Unis/Panama, créée par la Convention du 28 juillet 1926, relative

<sup>92</sup> Le Gouvernement britannique s'exprimait dans les termes suivants :

« Le droit ou l'usage international ne confirme pas la thèse selon laquelle l'adoption d'une loi qui porte atteinte à un droit découlant d'un traité n'autorise pas à se plaindre de la violation de ce droit, et qu'une nation qui soutient que les droits qu'elle possède en vertu d'un traité ont été ainsi violés ou mis en question par un refus de les reconnaître doit, avant de protester et de chercher un moyen d'obtenir une décision sur le point en litige, attendre que soient intervenus d'autres actes de violation caractérisés de ces droits — ce qui, dans le cas présent, d'après votre thèse, semblerait signifier attendre qu'il ait été effectivement perçu sur les navires britanniques des droits de passage dont les navires appartenant à des ressortissants des Etats-Unis sont exemptés.

[...] en déclarant qu'aucun droit de passage ne devait être perçu sur les navires se livrant au cabotage le long des côtes des Etats-Unis et en établissant une distinction entre les navires des ressortissants des Etats-Unis et les autres navires lorsqu'elle a en outre chargé le Président de fixer ces droits de passage dans certaines limites, la loi votée par le Congrès était en elle-même, indépendamment de toute mesure qui peut être prise pour l'appliquer, incompatible avec les dispositions du Traité Hay-Pauncefote, qui prévoyait l'égalité de traitement pour tous les navires de toutes les nations. » (Note de l'Ambassadeur de Grande-Bretagne à Washington à M. Knox, secrétaire d'Etat américain, en date du 28 février 1913.) [A.D. McNair, *The Law of Treaties*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 548 et 549.] (Tr. du Secrétariat.)

<sup>93</sup> Comme le remarque le commentaire de lord McNair à la note britannique : « [...] la note britannique n'allait pas jusqu'à prétendre qu'il y avait déjà eu violation du traité, et [...] les paragraphes suivants constituent plutôt l'affirmation d'un droit, *quia timeret*, à protester et à demander l'arbitrage » (*ibid.*, p. 548) [tr. du Secrétariat]. Une note de protestation et une proposition de faire constater l'existence d'un droit par une instance objective peuvent très bien se justifier en tant que moyen de prévention d'un fait internationalement illicite. Voir Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 614; Vitta, *op. cit.*, p. 95; Favre, *op. cit.*, p. 651. Au paragraphe 17 ci-dessus, d'ailleurs, on a pu constater qu'en 1929 le Gouvernement britannique devait carrément se rallier au principe d'après lequel ce n'étaient pas les lois comme telles qui donnaient naissance à la responsabilité de l'Etat, mais les « faits dérivant de ces lois ».

à l'Affaire de la *Mariposa Development Company*. On y lit :

La Commission n'affirme pas qu'un pays ne pourrait pas adopter une législation d'un caractère tel que sa simple promulgation réduirait à néant la qualité marchande des biens privés, leur ôterait toute valeur et donnerait lieu immédiatement à des réclamations internationales, mais elle est d'avis qu'ordinairement, et c'est le cas en l'occurrence, il faut considérer qu'une réclamation pour expropriation n'est justifiée que lorsqu'il y a atteinte effective à la propriété, et non lorsque est adoptée la législation qui rend possible la confiscation ultérieure de biens.

Le sens commun indique que la simple adoption d'une loi en vertu de laquelle des particuliers peuvent être expropriés ultérieurement sans indemnisation par des mesures judiciaires ou administratives ne devrait pas donner lieu immédiatement à des réclamations internationales au nom de tous les étrangers qui possèdent des biens dans le pays. Il devrait y avoir un *locus penitentiae* : des représentations devraient pouvoir être faites par la voie diplomatique, et l'exécutif devrait pouvoir faire preuve de tolérance, et il ne devrait y avoir de réclamation que lorsqu'il y a confiscation effective<sup>94</sup>.

Dans le cas soumis à la Commission, le résultat visé était clairement le respect de la propriété de ressortissants étrangers. Or, d'après cette commission, un tel résultat ne pouvait pas déjà être considéré comme manqué du seul fait de l'adoption d'une loi permettant qu'à l'avenir des confiscations de biens d'étrangers aient lieu. On ne pourrait parler de résultat manqué et, partant, de violation de l'obligation que s'il y avait atteinte effective à la propriété d'un étranger. Comme la Commission des réclamations le fit d'ailleurs remarquer, le seul cas où, sous un autre aspect, le résultat requis pourrait être considéré comme manqué dès l'adoption de la loi autorisant l'expropriation serait celui où, du fait de l'adoption de cette loi, la valeur commerciale des biens de l'étranger se trouverait gravement touchée<sup>95</sup>. Sinon, il y aura violation, de l'avis de la Commission, lorsque l'étranger sera privé *in concreto* de sa propriété, et non pas lorsqu'on n'aura fait que prendre une mesure rendant *in abstracto* possible une telle privation.

21) Dans d'autres décisions judiciaires internationales, l'acceptation de ce principe est implicite. Il en est ainsi, par exemple, là où la CPJI, appelée à se prononcer sur le problème de savoir si une loi déterminée constituait ou non la violation d'une obligation internationale — une obligation, précisons-le, rentrant dans la catégorie de celles qui ne visent qu'à la réalisation par l'Etat d'un résultat donné, et non pas de celles qui exigent l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé —, s'est référée à l'application de cette loi, et non pas à son adoption. Dans son arrêt très fameux du 25 mai 1926 sur l'Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (*fond*), la Cour a affirmé :

On pourrait se demander si une difficulté ne surgit pas du fait que la Cour devrait s'occuper de la loi polonaise du 14 juillet 1920. Tel ne semble cependant pas être le cas. [...] La Cour n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les

<sup>94</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1955. V.3), p. 340 et 341. [Tr. du Secrétariat.]

<sup>95</sup> Sur ce point, voir Reuter, *loc. cit.*, p. 95 et 96.

obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne<sup>96</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme, de son côté, paraît souscrire au même critère dans son arrêt sur l'*Affaire De Becker*, du 27 mars 1962<sup>97</sup>. On peut noter aussi des prises de position très semblables dans une série de décisions de la Commission européenne des droits de l'homme<sup>98</sup>.

22) En résumé, ce qui ressort de l'analyse de la pratique des Etats, de la jurisprudence internationale et des positions adoptées par des auteurs d'ouvrages scientifiques confirme que, dans le cas d'obligations internationales requérant de l'Etat la réalisation concrète d'un résultat tout en lui laissant le soin d'y parvenir par des moyens de son choix, le fait que l'Etat tenu par une obligation de ce type ait pris une mesure, et notamment qu'il ait adopté une loi constituant *in abstracto* un obstacle à la réalisation du résultat requis, n'est pas encore une violation en soi, ni même une ébauche de violation de l'obligation en question<sup>99</sup>. Il n'y aura violation que si l'on devait constater que l'Etat a failli concrètement à assurer le résultat voulu par l'obligation.

23) Il ressort également de l'analyse effectuée, ainsi que de la logique et du bon sens, que l'Etat ayant failli à assurer le résultat requis par une obligation internationale de ce genre ne peut pas échapper au reproche de ne pas avoir rempli l'obligation qui lui incombait en alléguant qu'il avait pourtant adopté des mesures par lesquelles *il espérait* atteindre le résultat exigé de lui. Ce qui importe, c'est que le résultat voulu par l'obligation soit en fait atteint; s'il ne l'est pas, il y a violation, quelles que soient les mesures adoptées par l'Etat. Par exemple, comme il a été indiqué, l'article 2, par. 1, de la Convention inter-

nationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>100</sup> dispose que

Les Etats parties condamnent la discrimination raciale et s'engagent à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale [...].

Or, il va sans dire que si les autorités exécutives d'un Etat partie au traité commettent en fait des actes de discrimination raciale, l'Etat n'échappera pas à la conséquence qu'une violation de la convention lui soit imputée en se retranchant derrière la loi interdisant de tels actes éventuellement passée par lui<sup>101</sup>. Il ne suffit pas de promulguer une loi, car si une pratique contraire à l'obligation se maintient, le résultat voulu par l'obligation n'est pas concrètement atteint.

24) Il convient, en outre, de préciser que, dans les cas où une obligation internationale ne laisse à l'Etat, pour la réalisation du résultat requis par celle-ci, qu'une liberté initiale de choix quant aux moyens utilisables à cette fin, si l'Etat aboutit par un comportement actif ou omissif, en s'engageant sur l'une ou l'autre des voies qu'il est libre de choisir, à une situation incompatible avec le résultat exigé par l'obligation internationale à sa charge, il perd par là même la possibilité de s'acquitter de son obligation. Il ne lui est pas permis de remédier *ex post facto* aux effets de son comportement, de modifier la situation qu'il a créée par le recours à un autre moyen. Cette limitation de la latitude laissée à l'Etat pour l'exécution de son obligation peut être expressément prévue par le texte même de l'instrument qui établit l'obligation en question, mais le plus souvent elle découle de la nature spécifique du résultat visé par l'obligation internationale dont il s'agit, cette nature faisant que la simple création d'une situation contraire à ce résultat rend ce dernier définitivement irréalisable.

25) Ainsi, par exemple, l'article 22, par. 2, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques<sup>102</sup> engage l'Etat accréditaire à « prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie ». Prenons également, dans le cadre des obligations internationales d'origine coutumière qui concernent en général la condition des étrangers, le cas de l'obligation qui impose à l'Etat de constituer un système minimal de protection préventive des étrangers contre des attaques dues, par exemple, à une explosion de xénophobie. Nul doute que l'une ou l'autre de ces obligations se limitent à indiquer à l'Etat le résultat à assurer, et que l'Etat dispose, certes, d'une liberté initiale

<sup>96</sup> C.P.J.I., série A, n° 7, p. 19. Dans l'avis consultatif du 4 février 1932 concernant le Traitement des nationaux polonais à Dantzig (*ibid.*, série A/B, n° 44, p. 24), la Cour a également estimé que « L'application de la Constitution de la Ville libre peut [...] avoir pour résultat la violation d'une obligation juridique internationale de Dantzig [...] ».

<sup>97</sup> La Cour déclare dans l'arrêt que

« [...] la Cour n'est point appelée, en vertu des articles 19 et 25 de la Convention, à statuer sur un problème abstrait touchant la compatibilité de cette loi avec les dispositions de la Convention, mais sur le cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant et dans la mesure où celui-ci se trouverait, de ce fait, lésé dans l'exercice de l'un des droits garantis par la Convention [...] » (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1962, La Haye, vol. 5, 1963, p. 335 et 337).

<sup>98</sup> Les décisions sur les requêtes n° 290/57 contre l'Irlande et n° 867/60 contre la Norvège contiennent la déclaration suivante :

« La Commission ne peut examiner la conformité d'une loi nationale avec la Convention que pour autant que cette loi est applicable à une personne physique, une organisation non gouvernementale ou un groupe de particuliers et seulement dans la mesure où son application aurait entraîné une violation de la Convention au préjudice de cette personne physique, de cette organisation ou de ce groupe de particuliers [...] » (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1960, La Haye, vol. 3, 1961, p. 221; *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1961, La Haye, vol. 4, 1962, p. 277.)

<sup>99</sup> Exception faite, bien entendu, de cas tels que celui qu'envisage la commission de recours dans l'*Affaire de la Mariposa Development Company*, où la loi en question créerait elle-même une situation concrète absolument incompatible avec le résultat internationalement requis.

<sup>100</sup> Voir ci-dessus par. 6.

<sup>101</sup> Il est d'ailleurs à remarquer que, même dans le cas où une obligation impose spécifiquement à l'Etat d'adopter une loi d'un contenu déterminé, cette obligation s'accompagne le plus souvent d'une obligation d'appliquer ladite loi. Le fait d'avoir édicté la loi prescrite constitue alors l'exécution de la première obligation, mais le fait éventuel de ne pas appliquer en fait une telle loi constitue la violation de la seconde. Voir à ce sujet la prise de position figurant à la fin du passage du rapport de la Commission d'enquête Ghana/Portugal cité ci-dessus (art. 20, par. 20 du commentaire) à propos de la violation de la Convention n° 105 de l'OIT concernant l'abolition du travail forcé.

<sup>102</sup> Pour référence, voir ci-dessus note 40.

quant au choix des moyens par lesquels assurer le système de protection requis. Cependant, lorsque, quel qu'ait été le moyen choisi pour établir cette protection, l'insuffisance manifeste de celle-ci est à l'origine de l'invasion des locaux d'une ambassade, du lynchage d'un étranger ou du massacre de ressortissants d'un pays donné par une foule en émeute, force est de constater que l'Etat a failli irrémédiablement à sa tâche, et que toute possibilité de recourir à un moyen ultérieur pour rétablir une situation *ab initio* conforme au résultat exigé par l'obligation internationale est exclue. Il faudra alors reconnaître que le résultat à assurer par l'Etat n'a pas été et ne sera pas atteint, et qu'il y a donc eu de sa part violation de l'obligation qui lui incombait.

26) En résumé, ce qui compte pour conclure soit à l'exécution soit à la violation d'une obligation internationale « de résultat » se caractérisant par une *liberté de choix initiale* laissée à l'Etat entre des moyens différents permettant d'obtenir le résultat visé par l'obligation, c'est qu'un tel résultat ait ou n'ait pas été en fait atteint par l'Etat. La circonstance que l'Etat n'ait pas pris la mesure qui théoriquement aurait paru la plus idoine à amener au résultat requis par l'obligation n'est pas suffisante à elle seule pour conclure à la violation par l'Etat de l'obligation en question. La même conclusion s'impose pour le cas où l'Etat aurait pris une mesure susceptible de faire en principe obstacle à la réalisation du résultat requis par l'obligation, mais sans créer par elle-même une situation concrète en opposition avec ce résultat. Là où, par contre, on constate que la situation concrètement créée par l'Etat, que ce soit par l'une ou par l'autre des voies entre lesquelles il avait le choix initial, est en opposition avec le résultat voulu par l'obligation, l'Etat ne pourra évidemment pas prétendre être quitte de son obligation en invoquant, par exemple, l'adoption de mesures par lesquelles il pouvait espérer atteindre le résultat exigé par l'obligation internationale.

27) Les obligations qui ne laissent à l'Etat qu'une liberté de choix initiale quant aux moyens par lesquels assurer le résultat qu'elles exigent de lui ne constituent toutefois qu'un groupe assez restreint dans le cadre général des obligations internationales « de résultat ». Comme on a pu le voir, il y a de nombreuses obligations internationales « de résultat » qui accordent à l'Etat, en vue de leur exécution, une latitude qui va au-delà de la seule liberté de choix initiale. Pour autant que le résultat visé ne soit pas devenu définitivement irréalisable du seul fait que le premier comportement adopté par l'Etat l'aurait manqué, le droit international ne prive en général pas l'Etat dont un organe aurait créé une situation incompatible avec le résultat requis par une obligation internationale de la possibilité d'arriver encore à ce résultat par un *nouveau comportement d'organes étatiques* qui effacerait cette situation et la remplacerait par une autre, conforme *ab initio* audit résultat. Dans ce cas, la possibilité d'action ultérieure offerte à l'Etat vient s'ajouter à la liberté de choix qu'il possédait au départ et la complète. La latitude laissée à l'Etat pour l'exécution de l'obligation existant à sa charge se trouve, dans une telle hypothèse, *définie dans son ensemble*. Une telle faculté de remédier *a posteriori* aux conséquences d'un comportement initial allant à l'encontre du résultat requis par

une obligation internationale peut, en outre, exister également dans des cas où, à l'origine, la nature propre du résultat à assurer ne permettait pas un véritable choix entre différents moyens d'action, ce résultat ne pouvant en fait être atteint au départ que par une voie unique.

28) Une réserve s'impose cependant, par rapport aux cas mentionnés, en ce qui concerne la détermination des conditions dans lesquelles on doit reconnaître l'existence d'une violation d'une obligation internationale. Il se peut très bien que sur le plan international rien ne s'oppose à ce que l'Etat puisse encore s'acquitter de son obligation en remédiant *ex post facto* et par un comportement nouveau à une situation incompatible avec le résultat internationalement exigé et créée par le premier comportement adopté. Mais il se peut aussi que l'Etat rencontre dans le système de son propre droit interne un obstacle à l'utilisation de cette possibilité. C'est le cas surtout lorsque la situation incompatible avec le résultat internationalement requis est due à un moyen dont les effets ne peuvent pas être effacés. Là où, par exemple, la situation a été créée par l'adoption et la mise en application effective d'une loi, on devra, dans la plupart des cas, renoncer à l'espoir de trouver dans le système juridique interne le moyen de modifier rétroactivement cette situation et d'assurer ainsi encore le résultat à l'encontre duquel ces mesures sont allées. Ce n'est que s'il existait dans l'appareil de l'Etat une instance judiciaire nantie du pouvoir de prononcer la nullité des actes législatifs et d'en effacer rétroactivement les effets qu'il en irait autrement. L'obligation de respecter la propriété des étrangers, prévue par certains traités, est l'exemple typique d'une obligation qui requiert de l'Etat l'obtention d'un résultat et qui lui laisse toute latitude quant aux moyens d'y parvenir. Mais si l'Etat passe une loi prévoyant l'expropriation sans indemnité de certaines catégories d'étrangers ou de certaines catégories de biens leur appartenant, et applique cette loi à la propriété de particuliers visés par l'un desdits traités, on ne pourra raisonnablement pas s'attendre à ce que l'exécution de l'obligation prévue par le traité puisse encore être assurée, car on voit mal quels organes, quelles instances, auraient le pouvoir de le faire. La même conclusion vaut pour les hypothèses où l'activité qui a créé une situation incompatible avec le résultat requis s'est concrétisée dans une mesure du pouvoir exécutif ne pouvant être ni annulée ni réformée par un autre organe étatique, ou dans une décision du pouvoir judiciaire contre laquelle il n'existe aucun recours, ou encore dans une mesure administrative ou judiciaire qui n'a fait qu'appliquer correctement une disposition législative obligatoire.

29) L'impossibilité de remédier aux conséquences négatives du premier comportement adopté par un nouveau comportement qui les efface peut découler, il convient de le préciser, non seulement d'une véritable absence de moyens utilisables à cet effet dans le cadre de l'ordre juridique interne, mais aussi du fait que la disponibilité de ces moyens est purement formelle, ceux-ci n'offrant, en l'espèce du moins, aucune perspective réelle d'aboutir à l'effet en question. Dans tous ces cas, l'empêchement à la possibilité de remédier à la situation créée par l'action ou l'omission de l'organe ayant agi en premier lieu a alors les mêmes effets paralysants que l'empêchement qui se

produit lorsque l'action ou l'omission initiale de l'Etat a rendu en fait irréalisable le résultat exigé par l'obligation internationale. Dans un cas comme dans l'autre, l'Etat n'a pas réellement le moyen d'effacer les conséquences du comportement initial adopté. Il ne restera donc qu'à constater que le résultat voulu par l'obligation internationale que l'Etat devait assurer ne l'a pas été et ne le sera pas : l'existence d'une violation de l'obligation se trouvera dès lors forcément établie.

30) Trois conditions doivent donc être réunies pour que la situation éventuellement créée par un premier comportement adopté par un organe de l'Etat et incompatible avec le résultat exigé par une obligation internationale ne soit pas déjà une violation complète et définitive de cette obligation : a) que l'obligation elle-même laisse en principe à l'Etat la latitude de poursuivre la réalisation du résultat visé, même après qu'une situation incompatible avec ce résultat a été créée par l'action ou l'omission d'un de ses organes; b) que le résultat exigé ne soit pas devenu en fait définitivement irréalisable à la suite de l'action ou l'omission mentionnée; c) que l'ordre juridique interne ne mette pas d'obstacles formels ou réels à cet effort ultérieur en vue d'assurer encore et malgré tout l'exécution de l'obligation. Si toutes les conditions sont réunies, il est évident que l'on ne peut pas encore conclure que l'Etat a définitivement failli à la tâche d'assurer le résultat qu'on est en droit d'attendre de lui. Le fait que l'organe intervenu en premier lieu dans l'affaire ait donné lieu, par son action ou son omission, à une situation incompatible avec le résultat exigé n'est qu'un début, une ébauche, de violation de l'obligation internationale, puisque l'Etat n'a pas épuisé ses possibilités d'agir en vue de la réalisation dudit résultat. Cette ébauche disparaîtra même, d'ailleurs, si l'Etat sait saisir l'occasion qu'il a encore de réaliser pleinement, par un nouveau comportement, le résultat qu'il est tenu d'atteindre, en éliminant entièrement et *ab initio* la situation incompatible créée par le comportement précédent.

31) Nombreux sont les exemples dans ce domaine. Pour n'en citer que le minimum indispensable, supposons par exemple que, contrairement aux prescriptions des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, les autorités de police d'un Etat dénie à certaines personnes la liberté de résider dans le lieu de leur choix, ou la liberté de s'associer, ou celle de professer leur religion, etc. Dans chacun de ces cas, l'Etat pourra encore, s'il le veut, assurer une situation conforme au résultat internationalement requis, pour autant qu'il y ait dans le pays une autorité administrative supérieure, ou une juridiction administrative, ou une juridiction civile ayant la compétence et la possibilité matérielle de rapporter la prohibition de résidence ou d'association, ou d'éliminer les obstacles à la pratique du culte choisi. Supposons, d'autre part, que, contrairement aux prévisions d'une obligation coutumière internationale bien établie, un tribunal acquitte les auteurs reconnus d'un crime contre le représentant d'un gouvernement étranger ou contre un étranger tout court. L'Etat aura encore la possibilité de se conformer à ses obligations pour peu qu'il existe une instance supérieure capable de réformer la décision incriminée et de créer ainsi une situation en tous points conforme au résultat internationalement requis.

32) Dans cette hypothèse, le comportement initial adopté par un organe étatique ayant créé une situation incompatible avec le résultat internationalement requis ne se transforme en une violation de l'obligation internationale que si l'Etat s'abstient, en dépit de la possibilité qui lui est offerte, d'annuler cette situation, ou s'il la confirme par une nouvelle action. Ce sera à la suite de cette omission ou action ultérieure que l'existence de la violation sera définitivement établie et que la responsabilité de l'Etat sera automatiquement engagée. Cependant, comme alors le premier comportement adopté n'aura pas été annulé, mais, au contraire, parachevé par le comportement ultérieur de l'Etat, la violation sera finalement réalisée par un fait « complexe » constitué de toutes les actions et omissions successives de l'Etat dans le cas d'espèce<sup>103</sup>.

33) Finalement, il y a, comme on a pu le constater, des obligations internationales « de résultat » se caractérisant par un degré encore plus poussé de permissibilité en ce qui concerne la latitude laissée à l'Etat pour leur exécution. Leur nature, leur finalité et le domaine dans lequel elles jouent font que ces obligations admettent que, là où le premier comportement adopté par l'Etat obligé aurait non seulement créé une situation incompatible avec le résultat requis par l'obligation internationale mais de plus rendu matériellement impossible d'atteindre ce résultat, l'Etat en question dispose encore d'une ultime possibilité de se mettre en règle avec ses devoirs internationaux. Elles lui permettent d'assurer exceptionnellement, en lieu et place du résultat requis, un résultat de rechange — un résultat différent, donc, de celui que l'obligation avait en vue, mais en quelque sorte équivalent. La conclusion, en ce qui concerne la reconnaissance d'une violation d'une de ces obligations, s'impose d'elle-même. On ne pourra pas, par exemple, mettre à la charge de l'Etat une violation définitive de l'obligation d'exercer une certaine vigilance pour prévenir des atteintes inadmissibles à la personne et aux biens des étrangers ou de l'obligation de protéger tout individu contre toute arrestation ou détention arbitraire du seul fait que l'Etat n'ait pas su empêcher que des méfaits semblables se produisent. Pour pouvoir conclure à une telle violation de la part de l'Etat, il faudra que celui-ci, n'ayant pas atteint le résultat prioritaire, ait encore manqué à assurer le résultat de rechange, à savoir faire en sorte que les victimes desdits méfaits obtiennent pleine et entière réparation des

<sup>103</sup> La notion de fait étatique « complexe » a été illustrée par la Commission à l'article 18, al. 5, de son projet et au paragraphe 23 du commentaire y afférent (v. *Annuaire... 1976*, vol. II [2<sup>e</sup> partie], p. 81 et p. 87 et 88, doc. A/31/10, chap. III, sect. B, sous-sect. 2).

Le paragraphe 5 de l'article 18 du projet se lit comme suit :

« 5. Si le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale est un fait complexe constitué d'actions ou omissions du même organe ou d'organes différents de l'Etat par rapport à un même cas, il y a violation de cette obligation si le fait complexe non conforme à celle-ci commence par une action ou omission accomplie pendant la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de cet Etat, même si ce fait est complété après cette période. »

Un fait « complexe » implique donc que plusieurs organes de l'Etat interviennent successivement ou qu'un même organe intervient à plusieurs reprises dans une même affaire avec, dans tous les cas, une pluralité d'actions ou d'omissions.

préjudices subis<sup>104</sup>. C'est ce deuxième manquement qui, en s'ajoutant au premier, le transforme en une violation complète et définitive. Et, comme dans l'hypothèse précédemment examinée, la violation est constituée par un fait étatique « complexe ».

34) La conclusion qui découle des développements contenus dans les paragraphes 27 à 33 ci-dessus paraît également évidente. Lorsqu'une obligation internationale permet à l'Etat dont un premier comportement a abouti à une situation non conforme au résultat voulu par l'obligation de *remédier à la situation*, soit en assurant encore par un nouveau comportement le résultat originellement requis, soit en assurant à sa place un résultat équivalent, la violation de l'obligation ne se réalise finalement que si l'Etat a aussi omis d'utiliser la possibilité ultérieure de remédier à la situation non conforme créée par son comportement initial.

35) A la lumière des considérations qui précèdent, de l'avis de la Commission, il n'y a pas de doute que, pour établir comment se réalise la violation d'une obligation internationale pouvant être qualifiée de façon générale d'obligation « de résultat », c'est le résultat atteint en fait par l'Etat, par rapport au résultat exigé par l'obligation, qui compte. Si ces deux résultats coïncident, il y a exécution de l'obligation; autrement, il faut conclure à la violation de l'obligation en question. En d'autres termes, une confrontation entre le résultat atteint et celui que l'Etat aurait dû assurer est le seul critère général et fondamental pour établir si une obligation « de résultat » a été enfreinte. La constatation de la violation d'une obligation de ce genre se fait donc, en droit international, d'une façon tout autre que dans le cas d'une obligation « de comportement » ou « de moyens », où, comme on l'a indiqué à propos de l'article 20, le critère décisif pour conclure à l'exécution ou à la violation de l'obligation est la confrontation entre le comportement spécifiquement déterminé requis par l'obligation et le comportement adopté en fait par l'Etat. Cette conclusion acquise, la Commission s'est trouvée également d'accord sur la nécessité d'établir une distinction, dans la formulation de la règle pertinente, entre l'application d'un tel critère général au cas d'obligations internationales se caractérisant par le fait qu'elles laissent à l'Etat une liberté initiale de choix quant aux moyens à utiliser en vue de la réalisation du résultat internationalement requis et l'application du même critère au cas d'obligations internationales permettant à l'Etat de remédier à une situation incompatible avec le résultat requis et créée par un premier comportement, en assurant par un comportement ultérieur ledit résultat ou un résultat équivalent.

36) Pour la première de ces deux hypothèses, le *paragraphe 1* de l'article dispose qu'il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'assurer, par un moyen de son choix, un résultat déterminé si, par le comportement adopté dans le cadre de la latitude dont

il dispose, l'Etat n'assure pas le résultat requis par cette obligation. En ce qui concerne la deuxième hypothèse, le *paragraphe 2* de l'article prévoit que lorsqu'un comportement de l'Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut encore être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat, il n'y a violation de l'obligation que si le nouveau comportement de l'Etat n'assure pas non plus le résultat requis.

37) Il va sans dire que le résultat que l'Etat est tenu d'atteindre dans l'hypothèse du *paragraphe 1* aussi bien que dans celle du *paragraphe 2* doit être le « résultat déterminé » requis de l'Etat par l'obligation internationale ou, dans les cas où cela est admis, le « résultat équivalent » prévu par elle, et rien d'autre. Il faut donc toujours avoir présent à l'esprit le contenu exact de l'obligation « primaire » en question.

<sup>104</sup> En pareil cas, le « dédommagement » n'est qu'un résultat de rechange prévu par l'obligation « primaire » en question. Un tel dédommagement n'a rien à voir avec la « réparation » d'un fait internationalement illicite. Bien au contraire, il a précisément pour effet d'éviter qu'il y ait une violation de l'obligation primaire et qu'un fait internationalement illicite ne se produise.

Article 22

Epuisement des recours internes

Lorsqu'un comportement d'un Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat, il n'y a violation de l'obligation que si les particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles sans obtenir le traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent.

Commentaire \*/

1) L'article 21 du projet énonce les règles de base qui définissent les conditions dans lesquelles on peut considérer qu'une violation d'une obligation internationale « de résultat » a été commise, que cela soit dans les cas où l'Etat ne dispose que d'une liberté initiale de choix de moyens ou dans les cas où l'Etat ayant créé par un comportement une situation incompatible avec le résultat requis par l'obligation dispose de la faculté d'y remédier et de s'acquitter encore de son obligation par un comportement ultérieur. L'article 22, de son côté, s'occupe de fixer, dans le cadre des cas mentionnés en deuxième lieu, les conditions spécifiques de la violation d'obligations « de résultat » entrant dans une catégorie déterminée, à savoir celle des obligations qui ont pour objet la protection de particuliers, personnes physiques ou morales, et qui, sur le plan international, formulent certaines exigences et établissent certaines garanties quant au traitement à réserver par les Etats sur le plan interne aux personnes en question ainsi qu'à leurs biens. Une condition supplémentaire vient alors s'ajouter, aux fins de la détermination de la violation d'une obligation de cette catégorie, aux conditions que l'on requiert, en règle générale, à propos de la violation des autres obligations internationales « de résultat ».

2) En effet, pour pouvoir conclure à l'existence d'une violation d'une obligation internationale « de résultat »

relative au traitement de particuliers, et notamment de particuliers étrangers, il faut d'abord établir que les particuliers qui s'estiment lésés du fait qu'ils sont mis dans une situation incompatible avec le résultat internationalement requis ne sont pas parvenus, même en utilisant jusqu'au bout les recours qui leur sont ouverts sur le plan interne, à obtenir que cette situation soit dûment redressée; car c'est seulement si ces recours échouent que le résultat visé par l'obligation internationale deviendra définitivement irréalisable du fait de l'Etat. En effet, si, pour diverses raisons, les particuliers qui le doivent et le peuvent négligeaient de mettre en œuvre les rouages nécessaires, on ne saurait normalement pas reprocher à l'Etat de ne pas avoir pris, lui, l'initiative d'effacer la situation concrète, créée par un comportement initial, lui étant imputable et allant à l'encontre de la réalisation du résultat internationalement requis — cela à la condition, bien entendu, que la passivité des particuliers ne soit pas imputable à l'Etat lui-même.

3) Si les particuliers intéressés n'intentent aucune action, la situation engendrée par le comportement étatique initial allant à l'encontre du résultat internationalement visé ne pourra pas être corrigée par une action ultérieure de l'Etat, capable de remplacer une telle situation par une autre conforme au résultat voulu par l'obligation. Toutefois, le fait que ce redressement n'ait pas lieu ne peut évidemment pas être attribué à l'Etat, mais uniquement à l'absence de l'initiative voulue de la part de ceux à qui une telle initiative revenait. Les faits sont ici tout autres que dans le cas où, malgré l'initiative effectivement prise par les particuliers intéressés en vue du redressement en question, la situation créée par le premier comportement se trouve confirmée par un nouveau comportement de l'Etat, lui aussi incompatible avec le résultat internationalement requis. L'initiative des particuliers concernés apparaît ainsi, dans le cas des obligations internationales ici envisagées, comme une condition préalable et nécessaire, une condition qui doit avoir été remplie pour qu'on puisse conclure à la violation par l'Etat de son obligation. L'absence de cette condition a donc pour effet d'exclure l'illicéité du défaut de réalisation du résultat visé par l'obligation internationale. Dans un tel cas, il ne saurait donc y avoir de responsabilité internationale à la charge de l'Etat. C'est ce que l'on veut dire en énonçant la condition dite de l'« épuisement des recours internes ».

4) Cette condition supplémentaire requise pour que l'on puisse constater la violation d'une obligation internationale « de résultat » relative au traitement réservé à des particuliers trouve sa justification, en dernière analyse, dans l'objet et le mode d'être même d'une telle obligation, dans la caractérisation qu'elle reçoit du fait que des particuliers sont les bénéficiaires directs de ses dispositions. En effet, là où le résultat que l'Etat est tenu d'atteindre est essentiellement fixé dans l'intérêt de particuliers et touche à la situation de ces derniers dans le cadre de l'ordre juridique interne de l'Etat obligé, il est normal qu'il soit fait appel à la collaboration des personnes intéressées en vue d'obtenir que l'Etat se conforme aux prescriptions prévues dans leur intérêt par l'obligation internationale. Il est normal qu'en cas de difficultés ce soit aux intéressés que revienne l'initiative de promouvoir l'action de l'Etat visant à remédier aux effets éventuelle-

ment engendrés par une première action ou omission d'un membre de l'appareil étatique, action ou omission imputable à l'Etat et allant à l'encontre de la réalisation du résultat voulu par l'obligation internationale. Là où, par contre, le résultat à atteindre est requis dans l'intérêt direct d'un autre Etat, il ne peut revenir qu'à l'Etat obligé, s'il dispose encore de la possibilité de remédier dans son propre cadre interne aux effets d'un premier comportement incompatible avec le résultat en question, d'être tenu de prendre, à cette fin, l'initiative de l'action par laquelle il peut encore s'acquitter de son obligation. On ne saurait considérer comme normal, en effet, que la promotion d'une telle action sur le plan de l'ordre juridique interne de l'Etat soit dévolue à un autre Etat sujet de droit international.

a) *L'épuisement des recours internes, principe du droit international général*

5) Le principe énonçant la condition dite de l'« épuisement des recours internes » se trouve expressément précisé dans un nombre croissant de conventions internationales, par exemple dans les conventions d'établissement et autres qui prévoient le traitement à réserver aux personnes physiques ou morales de l'un des Etats contractants sur le territoire de l'autre, les conventions internationales qui visent en général ou en particulier à assurer à tous, sans distinction de nationalité, la jouissance de certaines prérogatives essentielles de la personne humaine, les conventions qui régissent la faculté de recours des Etats à des instances arbitrales ou judiciaires internationales à la suite d'infractions commises dans l'un des domaines précédemment mentionnés, etc. Toutefois, la confirmation et le développement du principe par la voie conventionnelle ne doit pas faire perdre de vue le fait que le principe de l'épuisement des recours internes a ses racines dans la coutume internationale et qu'il a été reconnu par cette dernière bien avant d'être formulé dans des instruments écrits de caractère conventionnel. C'est avant tout un principe de caractère général et de droit non écrit.

6) Le principe de l'épuisement des recours internes fait en réalité partie, comme on vient de le dire, de ceux qui s'imposent d'eux-mêmes comme la conséquence logique du mode d'être des obligations internationales ayant pour but et objet spécifique la protection des particuliers. De nombreuses conventions, certes, l'énoncent et le confirment, le précisent dans son étendue et dans ses effets par rapport aux obligations qu'elles prévoient. Le principe peut se trouver ainsi élargi ou limité, et son application à certaines obligations conventionnelles peut même être exclue. Mais le droit conventionnel fait tout cela en partant précisément du point de vue que l'exigence de l'épuisement des recours internes lui préexiste en tant que principe d'application générale, bien que souffrant des dérogations — en tant que principe qui trouve ses racines dans la coutume ou, mieux encore, dans la logique même du mode d'exécution d'un certain type d'obligations internationales, et qui n'est donc certainement pas d'origine purement conventionnelle. Il y a même des conventions internationales, multilatérales ou bilatérales qui se réfèrent expressément au principe de l'épuisement des recours internes en tant que principe général du droit international. La Convention de sauvegarde des droits

de l'homme et des libertés fondamentales<sup>106</sup>, par exemple, se réfère, à l'article 26, à l'épuisement des voies de recours internes « tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus ». Pour ce qui est d'instruments bilatéraux, la Convention générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique du 8 septembre 1923 parle en son article V du « principe général du droit international que les recours juridiques doivent être épuisés<sup>106</sup> ».

7) Il ne semble pas faire de doute que, dans le droit international général, le principe de l'épuisement des recours internes s'est développé en relation étroite avec l'extension des obligations internationales relatives au traitement réservé par un Etat aux personnes physiques ou morales étrangères et à la prévention des préjudices causés à ces personnes et à leurs biens. Si l'on parcourt la jurisprudence de la CPJI, on relève que, dans son arrêt sur l'*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), la Cour définit l'exigence que les étrangers lésés par des actes étatiques contraires au droit international cherchent à « obtenir satisfaction par les voies ordinaires » comme « un principe élémentaire du droit international »<sup>107</sup>, et on relève que, dans son arrêt sur l'*Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (1939), elle constate que les deux parties reconnaissent l'existence « de la règle du droit des gens exigeant l'épuisement du recours interne<sup>108</sup> ». La CIJ, dans son arrêt sur l'*Affaire de l'Interhandel* (1959), prend formellement position en affirmant que « La règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés [...] est une règle bien établie du droit international coutumier<sup>109</sup> ». La jurisprudence arbitrale internationale suit clairement cette ligne. Dans sa décision relative à l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, rendue en 1925, l'arbitre Max Huber présente l'exigence de l'épuisement des recours internes comme « un principe reconnu du droit international<sup>110</sup> »; dans sa décision de 1930 sur l'*Affaire de la Mexican Union Railway*, la Commission des réclamations Grande-Bretagne/Mexique dit que le principe en question est « l'une des règles reconnues du droit international général<sup>111</sup> »; dans sa décision de 1956 sur l'*Affaire Ambatielos*, la Commission d'arbitrage Grèce/Royaume-Uni parle de l'exigence de la pleine utilisation des recours internes comme d'une « règle bien établie<sup>112</sup> »; et dans sa décision de 1958, le tribunal institué par la Suisse et la République fédérale d'Allemagne pour l'*Accord sur les dettes extérieures allemandes* affirme que « Il ne peut y avoir de doute que la règle de l'épuisement des recours internes [...] est [...] une règle de droit international

généralement acceptée<sup>113</sup> ». La jurisprudence internationale est donc bien unanime à reconnaître l'existence du principe de l'épuisement des recours internes dans le droit international général, existence indépendante des dispositions particulières d'instruments conventionnels. En même temps, il est de fait que tous les cas concrets examinés par des tribunaux internationaux dans lesquels ces derniers ont indiqué qu'ils reconnaissent ce principe sont des cas de violation ou de prétendue violation d'obligations internationales concernant le traitement réservé par un Etat, sur son territoire, à des personnes étrangères ou à leurs biens.

8) Dans la pratique des Etats, les prises de position sont tout aussi nombreuses, et les Etats sont pratiquement unanimes à admettre le caractère général du principe de l'épuisement des recours internes. On s'en rend compte lorsqu'on examine les opinions exprimées par des représentants des gouvernements à l'occasion des travaux de codification en matière de responsabilité des Etats pour dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers. On le constate également lorsqu'on se réfère aux convictions exprimées par des gouvernements lors de différends dans lesquels il était question de la violation d'une obligation internationale relative au traitement des ressortissants d'un autre Etat. Pendant la tentative de codification de 1930, aucun gouvernement n'a émis le moindre doute quant au fait que la règle qu'il s'agissait de codifier était une règle trouvant avant tout sa place dans le droit international général. Le domaine d'application de la règle en question était d'autre part fixé au préalable par les limites mêmes de l'objet de la conférence de codification. Réponses des gouvernements à la demande d'informations du Comité préparatoire<sup>114</sup>, interventions des délégations à la Troisième Commission de la Conférence et propositions faites pendant le déroulement des travaux<sup>115</sup>, texte de l'article 4, par. 1, approuvé en première lecture à l'issue des débats<sup>116</sup>, tout était fondé sur la conviction de base que le principe de l'épuisement des recours internes existait bien en tant que règle du droit international général. Les limitations du principe prévues par le texte adopté<sup>117</sup> ainsi que celles qu'ont

<sup>113</sup> *International Law Reports, 1958-I*, Londres, vol. 25, 1963, p. 42 [tr. du Secrétariat].

<sup>114</sup> Le point XII de la demande d'informations adressée aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence était libellé ainsi :

« La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat selon le droit international est-elle subordonnée à l'épuisement, par les intéressés, des recours que leur accorde le droit interne de l'Etat dont la responsabilité est en cause ? » (SDN, *op. cit.*, p. 136).

Pour les réponses des gouvernements, voir *ibid.*, p. 136 et suiv.; et *Supplément au tome III* [C.75(a).M.69(a).1929.V], p. 4 et 23. La base de discussion n° 27, rédigée par le Comité sur la base de ces réponses, se trouve reproduite ci-dessous (par. 18).

<sup>115</sup> Voir, pour les interventions au cours des débats, SDN, *Actes de la Conférence pour la codification du droit international* [La Haye, 13 mars-12 avril 1930], volume IV, *Procès-verbaux de la Troisième Commission* [C.351(c).M.145(c).1930.V], p. 63 et suiv., 162 et suiv.; pour les propositions et les amendements, *ibid.*, p. 209 et suiv., 217, 220, 227 et suiv., et 230.

<sup>116</sup> Voir ci-dessous par. 19.

<sup>117</sup> Les limitations à l'application du principe prévues à l'alinéa 2 de l'article 4 concernaient les hypothèses, évidentes en soi, où des autorités judiciaires auraient définitivement refusé d'administrer la justice ou auraient rendu des sentences définitives.

<sup>105</sup> Pour référence, voir ci-dessus note 24.

<sup>106</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1951.V.1), p. 13 [tr. du Secrétariat].

<sup>107</sup> *C.P.J.I.*, série A, n° 2, p. 12.

<sup>108</sup> *Ibid.*, série A/B, n° 76, p. 18.

<sup>109</sup> *C.I.J. Recueil 1959*, p. 27.

<sup>110</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.1), p. 731.

<sup>111</sup> *Ibid.*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 122 [tr. du Secrétariat].

<sup>112</sup> *Ibid.*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 118 et 119 [tr. du Secrétariat].

proposées certains représentants partaient de cette même conviction.

9) En ce qui concerne les prises de position des gouvernements dans les nombreux cas où, dans un différend déterminé, le problème du non-épuisement des recours internes s'est posé, leur aspect le plus intéressant est la convergence de vues non seulement des gouvernements défendeurs, mais aussi des gouvernements demandeurs, sur la reconnaissance du principe en question en tant que règle générale du droit international. Les divergences inévitables ne concernaient que le problème de l'applicabilité du principe dans les circonstances particulières du cas d'espèce. Jamais, en tout cas, on n'a prétendu que la condition de l'épuisement préalable des voies internes de recours devait être prévue par une clause spécifique d'une convention pour pouvoir être exigée. Pour ne citer que les affirmations les plus explicites faites devant la CPJI ou la CIJ, rappelons que dans l'*Affaire relative à l'administration du prince von Pless* le Gouvernement polonais a déclaré qu'il voyait dans l'exigence de l'épuisement des recours internes « un principe généralement admis dans les rapports internationaux », et ceci sans contestation aucune de la part du Gouvernement allemand<sup>118</sup>, que dans l'*Affaire Losinger* le Gouvernement yougoslave a parlé aussi de « règle universellement admise » et que le Gouvernement suisse a déclaré qu'il ne méconnaissait pas cette « règle du droit international »<sup>119</sup>; que dans l'*Affaire des phosphates du Maroc* le Gouvernement français a affirmé qu'il y avait là « une règle bien établie du droit international » et que le Gouvernement italien a déclaré qu'il n'avait « pas l'intention de contester l'existence de cette règle »<sup>120</sup>; que dans l'*Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* le Gouvernement lituanien a soutenu, sans rencontrer d'opposition de la part du Gouvernement estonien, que « la règle de l'épuisement des voies de recours interne est [...] solidement établie dans le droit international positif de notre temps »<sup>121</sup>; que dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* le Gouvernement iranien a parlé de l'« épuisement préalable des instances internes » comme d'une condition à respecter « conformément au droit international général », et que le Gouvernement britannique a reconnu qu'il y avait là « en général une condition »<sup>122</sup>; que dans l'*Affaire de l'Interhandel* les Etats-Unis d'Amérique se sont réclamés du « principe bien établi du droit international exigeant l'épuisement des recours internes » et que le Gouvernement suisse a répondu qu'il ne contestait nullement cette assertion<sup>123</sup>; que dans l'*Affaire de l'incident aérien du 27 juillet 1955* le Gouvernement bulgare a souligné, sans que les Gouvernements des Etats-Unis d'Amérique et d'Israël contestent ce point, le caractère incontestable de la règle de l'épuisement préalable des

recours internes<sup>124</sup>. Dans nombre d'autres cas, les prises de position analogues étaient implicites<sup>125</sup>.

10) Les prises de position des gouvernements parties à des différends soumis à d'autres instances internationales se révèlent tout aussi concluantes. De la décision arbitrale en l'*Affaire des forêts du Rhodope central (fond)* il ressort, par exemple, que le Gouvernement bulgare s'est appuyé « sur le principe bien connu du droit international de l'épuisement des recours judiciaires internes », et que le Gouvernement hellénique n'a pas contesté l'applicabilité de ce principe en l'espèce<sup>126</sup>. Il y a eu un cas de contestation de l'existence de la règle en droit international général : celui de la contestation initiale par le Gouvernement finlandais dans l'*Affaire des navires finlandais*, cas soumis en 1931 au Conseil de la SDN. Cependant, le Gouvernement britannique ayant réitéré que cette règle était un principe incontesté du droit international, le Gouvernement d'Helsinki se rallia lui aussi à ce point de vue en acceptant de soumettre à l'arbitrage la question de savoir si les recours internes avaient été épuisés en l'espèce<sup>127</sup>.

11) Des positions significatives ont été prises par des gouvernements à d'autres occasions. Particulièrement intéressante est, par exemple, celle qu'a prise le Gouvernement suisse lors du débat de 1967 à l'Assemblée fédérale sur l'approbation de la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. En commentant l'article 26 de cette convention, le Conseil fédéral se référa à l'épuisement des moyens de recours internes comme à « un principe général du droit international »<sup>128</sup>. D'autre part, la pratique de certains gouvernements — ceux des Etats-Unis d'Amérique et du Canada, notamment — consistant à se considérer comme empêchés de faire leurs réclamations de leurs ressortissants tant que ces derniers n'ont pas épuisé les recours internes prouve leur conviction de l'existence du principe en tant que principe d'application générale<sup>129</sup>.

12) Le caractère du principe en tant que principe du droit international général est aussi reconnu dans la quasi-totalité des ouvrages scientifiques qui ont examiné le problème. A de rares exceptions près, les internatio-

<sup>118</sup> C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955, p. 276 et 277, 326, 154.

<sup>119</sup> Dans un seul cas, un gouvernement a émis quelques doutes quant à l'existence du principe en tant que règle générale : la Belgique, dans l'*Affaire Borchgrave* (C.P.J.I., série C, n° 83, p. 65). Mais le Gouvernement belge adopta ultérieurement une attitude nettement positive dans l'*Affaire relative à la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* (*ibid.*, n° 88, p. 37) et dans l'*Affaire de la Barcelona Traction* (C.I.J. Mémoires, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, [nouvelle requête : 1962], vol. 1, p. 215 et suiv.).

<sup>120</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.2), p. 1419.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 1479.

<sup>122</sup> Voir message du Conseil fédéral du 15 décembre 1967 dans *Annuaire suisse de droit international*, 1968, Zurich, vol. XXV, p. 271.

<sup>123</sup> Voir, pour une illustration de la pratique des Etats-Unis d'Amérique, M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1957, vol. 8, p. 769 et suiv., 906 et suiv.; et pour celle du Canada, *Canadian Yearbook of International Law*, 1968, Vancouver, vol. VI, p. 262 et suiv.

<sup>118</sup> C.P.J.I., série C, n° 70, p. 134 et 182.

<sup>119</sup> *Ibid.*, n° 78, p. 129 et 156.

<sup>120</sup> *Ibid.*, n° 84, p. 209 et 440.

<sup>121</sup> *Ibid.*, n° 86, p. 143.

<sup>122</sup> C.I.J. Mémoires, *Anglo-Iranian Oil Co.*, p. 291 et 155.

<sup>123</sup> C.I.J. Mémoires, *Interhandel*, p. 315 et 402.

nalistes ne mettent pas en doute que l'épuisement des recours internes soit prévu par le droit international général<sup>130</sup>. C'est en tant que principe applicable en vertu du droit international général que la condition de l'épuisement des recours internes a été prise en considération dans la résolution de 1956 de l'Institut de droit international<sup>131</sup>. Et c'est en tant que tel que le principe énonçant cette condition a été inclus dans les projets de codification consacrés à la responsabilité internationale des Etats pour dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, adoptés aussi bien sous les auspices d'organisations internationales<sup>132</sup> que par des associations scientifiques privées<sup>133</sup>. Il en est de même en ce qui

<sup>130</sup> C.G. Ténékidès, qui, dans une étude publiée en 1933 (« L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3<sup>e</sup> série, t. XIV, 1933, p. 514 et suiv.) avait manifesté de tels doutes, changea d'avis par la suite (« Les jugements nationaux « manifestement injustes » envisagés comme source de la responsabilité internationale des Etats », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XIII, n° 4 [juill.-août 1939], p. 376). Une négation de l'existence du principe de l'épuisement des recours internes dans le droit international général apparaissait dans l'article de W. Friedmann, « Epuisement des voies de recours internes », *Revue de droit international et de législation comparée* (op. cit.), p. 318 et suiv., mais cette étude paraît aujourd'hui dépassée. J.H.W. Verzijl, dans son rapport à l'Institut de droit international sur « La règle de l'épuisement des recours internes » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1954, Bâle, vol. 45, t. I, p. 5 et suiv., et notamment 22 et 23), tout en admettant que la règle était un principe de droit international général, en a beaucoup limité la portée. A son avis, elle ne se justifierait qu'en cas de déni de justice au sens propre. Dans les autres hypothèses, la possibilité offerte à l'Etat d'éviter la responsabilité internationale en renvoyant l'étranger lésé devant ses tribunaux internes ne s'appliquerait que « pour des motifs d'opportunité ». Tout récemment, G. Strozzi ne prête au principe requérant l'épuisement des recours internes qu'une origine conventionnelle, sauf pour des hypothèses limitées. Cet auteur ne prête à ce principe, à l'encontre duquel il exprime en général des idées fort restrictives, que la valeur d'une condition de l'introduction d'une instance auprès d'une juridiction internationale (*Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale; la funzione del previo esaurimento dei ricorsi interni*, Milan, Giuffrè, 1977).

<sup>131</sup> Voir *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1956, Bâle, vol. 46, p. 358.

<sup>132</sup> En plus des articles 4 et 9 adoptés en première lecture en 1930 par la Troisième Commission de la Conférence de codification de La Haye (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3), voir l'article 15 de l'avant-projet de 1958 de F.V. García Amador (*Annuaire... 1958*, vol. II, p. 75, doc. A/CN.4/111, annexe) et l'article 18 de l'avant-projet révisé de 1961 (*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 50, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif), le point 3 de la résolution adoptée en 1933 à la septième Conférence internationale américaine (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 227, doc. A/CN.4/96, annexe 6), le point VIII des principes adoptés en 1962 par le Comité juridique interaméricain se référant à l'opinion des pays latino-américains (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 159, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe XIV), et le point IX des principes adoptés en 1965 par le même comité et se référant à l'opinion des Etats-Unis d'Amérique (*ibid.*, p. 161, annexe XV).

<sup>133</sup> Voir règle XII du projet de 1927 de l'Institut de droit international (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 229, doc. A/CN.4/96, annexe 8), articles VI et VII du projet de convention de 1929 de la Harvard Law School (*ibid.*, annexe 9), article 13 du projet de convention de 1930 de la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 157, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VIII), article 1<sup>er</sup>, par. 2, et art. 19 du projet de convention de 1961 de la Harvard Law School (*ibid.*, p. 147 et 151, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VII), et paragraphes 206 à 210 de la *Restatement of 1965 de l'American Law Institute* (*Annuaire... 1971*, vol. II [1<sup>re</sup> partie], p. 208,

concerne des projets concernant la responsabilité internationale des Etats pour faits illicites en général<sup>134</sup>.

b) *Rapport du principe avec la détermination de l'existence de la violation d'une obligation internationale relative au traitement de particuliers*

13) En ce qui concerne l'explication et la justification du principe de droit international général posant l'exigence de l'épuisement des recours internes, on ne saurait faire appel à une opinion clairement dominante parmi les auteurs d'ouvrages de droit international. Ceux qui ont traité de ce sujet ont fréquemment abordé dans une optique différente l'examen et l'exposition de la signification du principe, et des oppositions se sont donc fait jour, notamment entre ceux qui ne voudraient voir dans le principe en question qu'une règle « pratique » ou une règle de pure procédure<sup>135</sup>, relative à la « mise en œuvre » de la responsabilité internationale, et ceux qui voient dans la proposition principale que le principe énonce une « règle de fond » concernant la naissance de la responsabilité internationale, sans pour autant nier les aspects de procédure en tant que corollaire logique de cette proposition principale<sup>136</sup>. On ne saurait oublier non plus

doc. A/CN.4/217/Add.2). Voir aussi articles III et IV du projet relatif à la protection diplomatique préparé en 1925 par l'Institut américain de droit international (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 227, doc. A/CN.4/96, annexe 7).

<sup>134</sup> C'est le cas pour les bases de discussion sur la responsabilité internationale des Etats établies en 1956 par F.V. García Amador (v. base n° V, par. 2) [*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 220, doc. A/CN.4/96, par. 241] et le projet de convention sur la responsabilité des Etats pour faits illicites internationaux établi en 1932 par A. Roth (v. art. 9) [*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 158 et 159, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe X]. Le projet de K. Strupp (*ibid.*, p. 157, annexe IX) et celui de B. Gräfrath et P.A. Steiniger (« Kodifikation der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit », *Neue Justiz*, Berlin, 1973, n° 8, p. 227), consacrés eux aussi à la responsabilité des Etats en général, ne font pas mention de la règle.

<sup>135</sup> Voir surtout Ch. de Visscher, « Note sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique, d'après quelques documents récents », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3<sup>e</sup> série, t. VIII, 1927, p. 245 et suiv., et « Le déni de justice en droit international », *Recueil des cours... 1935-II*, Paris, Sirey, 1936, t. 52, p. 421 et suiv.; C.P. Panayotakos, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes, théorie et en pratique*, Marseille, Moullot, impr., 1952, p. 29 et suiv., 113; H. Urbanek, « Das völkerrechtsverletzende nationale Urteil », *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. IX, fasc. 2, 1958-1959, p. 213 et suiv.; C.H.P. Law, *The Local Remedies Rule in International Law*, Genève, Droz, 1961, p. 32 et suiv., p. 131 et suiv.; C.F. Amerasinghe, « The formal character of the rule of local remedies », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 25, fasc. 3, 1965, p. 445 et suiv.; T. Hoessler, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals*, Leyde, Sijthoff, 1968, p. 92 et suiv., p. 131 et suiv.; J. Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pédone, 1972, p. 9 et suiv.; et G. Strozzi, op. cit., p. 104.

<sup>136</sup> Parmi les auteurs qui expliquent le principe de l'épuisement des recours internes principalement en fonction de la naissance de la responsabilité internationale, voir notamment E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, New York, Banks Law Publishing, 1928, p. 817 et suiv., « Theoretical aspects of the international responsibility of States », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Berlin, vol. I, 1<sup>re</sup> partie, 1929, p. 233 et suiv., 239 et suiv., et « La responsabilité des Etats à la Conférence de codification de

(Suite de la note page suivante.)

l'existence d'un troisième courant d'opinion, pour lequel la règle concernerait l'origine de la responsabilité dans les cas où la violation de l'obligation internationale serait exclusivement provoquée par l'action d'organes judiciaires ayant failli à leur devoir d'assurer à un particulier la protection judiciaire internationalement requise contre des préjudices subis en violation du seul droit interne. Le même principe n'aurait par contre trait qu'aux procédures de mise en œuvre de la responsabilité dans les autres cas<sup>137</sup>. Parler de courants doctrinaux est d'ailleurs assez impropre, car les arguments invoqués pour ou contre une thèse déterminée varient tellement d'un auteur à l'autre que ceux-ci parviennent parfois à des conclusions analogues par des voies pratiquement opposées. Ce sont surtout ces querelles d'ordre théorique qui expliquent les résultats peu concluants sur la question auxquels est parvenu l'Institut de droit international en 1927, en 1954 et en 1956<sup>138</sup>. Et ce sont encore ces querelles que l'on retrouve reflétées dans les projets de codification en matière de responsabilité internationale des

Etats élaborés par des juristes ou par des organisations scientifiques<sup>139</sup>.

14) Un examen attentif montre que ces querelles scientifiques ont un intérêt plus théorique que pratique. Elles sont surtout plus apparentes que réelles. Elles sont, en plus, dues parfois au fait que la question a été examinée sous un angle restreint ou que le cadre spécifique par rapport auquel le problème a été examiné a pu suggérer des conclusions auxquelles on ne serait probablement pas parvenu si l'analyse avait été faite dans un cadre plus vaste. Personne ne conteste, en effet, que le principe prévoyant l'utilisation des moyens internes de recours par les particuliers qui s'estiment lésés par des mesures ou des décisions non conformes à ce que le droit international voudrait qu'on leur accorde fait en dernier ressort de cette utilisation une condition pour que la « mise en œuvre » de la responsabilité puisse avoir lieu — et cela soit que cette mise en œuvre revête la forme de la présentation d'une réclamation par la voie diplomatique, soit qu'elle se traduise par l'introduction d'un recours devant une instance judiciaire ou arbitrale internationale. C'est donc l'évidence même que le principe a une incidence réelle sur la possibilité d'utiliser les procédures de mise en œuvre de la responsabilité. Cependant, cette constatation ne suppose nullement qu'il faille en conclure que le principe lui-même ne serait rien d'autre qu'une « règle pratique » ou une « règle de procédure », comme certains le pensent, quitte à ne plus être d'accord sur la question de savoir si cette « règle » doit concerner la protection diplomatique en général ou seulement la procédure d'introduction d'une instance devant un tribunal international. Avant de comporter, comme il le fait, des conséquences évidentes sur le plan de la procédure des récla-

(Suite de la note 136.)

La Haye », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3<sup>e</sup> série, t. XII, 1931, p. 47 et suiv.; L. Strisower, Rapport sur « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers », *Annuaire de l'Institut de droit international, 1927*, Bruxelles, vol. 33, t. I, p. 492 et 498; R. Ago, « La regola del previo esaurimento... » (*loc. cit.*), p. 181 et suiv., et plus spécialement 239 et suiv.; « Le délit international » (*loc. cit.*), p. 514 et suiv.; et « Observations au sujet de l'exposé préliminaire de J.H.W. Verzijl », *Annuaire de l'Institut de droit international, 1954*, Bâle, vol. 45, t. I, p. 34 et suiv.; G. Pau, « Responsabilità internazionale dello Stato per atti di giurisdizione », Istituto di scienze giuridiche, economiche et politiche della Università di Cagliari, *Studi economico-giuridici*, vol. XXXIII (1949-1950), Rome, Pinnarò, 1950, p. 45 et suiv.; F. Durante, *Ricorsi individuali a organi internazionali*, Milan, Giuffrè, 1958, p. 137; B. Donner, « K otázce nutnosti vyčerpání vnitrostátních právních prostředků před diplomatickým zakrokem » [A propos de l'épuisement des voies de recours internes avant la démarche diplomatique], *Studie z mezinárodního práva*, Prague, 1958, vol. IV, p. 5 et suiv.; J.L. Simpson et H. Fox, *International Arbitration Law and Practice*, New York, Praeger, 1959, p. 111 et 112; A.P. Sereni, *op. cit.*, p. 1534; G. Morelli, *op. cit.*, p. 350; M. Giuliano, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1974, vol. I, p. 593; G. Gaja, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1967, p. 5 et suiv.; et H. Thierry et al., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1975, p. 660 et suiv.

<sup>137</sup> Voir C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, New York University Press, 1928, p. 95 et suiv., et « Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité internationale », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3<sup>e</sup> série, t. XI, n° 2, 1930, p. 643 et suiv.; C. Th. Eustathiades, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international*, Paris, Pédone, 1936, p. 243 et suiv., 331 et suiv.; A.V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longmans, Green, 1938, p. 407 et 408; J.E.S. Fawcett, « The exhaustion of local remedies : substance or procedure ? », *The British Year Book of International Law, 1954*, Londres, vol. 31, p. 452 et suiv.; et J.H.W. Verzijl, « La règle de l'épuisement des recours internes » (*loc. cit.*), p. 23 et suiv., 30 et suiv., et *International Law...* (*op. cit.*), p. 635.

<sup>138</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international, 1927*, Bruxelles, vol. 33, t. I, p. 455 et suiv., et t. III, p. 81 et suiv.; *Annuaire de l'Institut de droit international, 1954*, Bâle, vol. 45, t. I, p. 5 et suiv.; *Annuaire de l'Institut de droit international, 1956*, Bâle, vol. 46, p. 1 et suiv., 265 et suiv.

<sup>139</sup> Le projet élaboré en 1929 par la Harvard Law School, sous l'influence de Borchard, présente très nettement, aux articles VI, VII et VIII, l'épuisement des recours internes comme une condition de la naissance de la responsabilité de l'Etat (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 229, doc. A/CN.4/96, annexe 9). On peut en dire de même à propos de l'article IX du projet rédigé par G.O. Murdock et approuvé en 1965 par le Comité juridique interaméricain comme reflétant les vues des Etats-Unis d'Amérique (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 161, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe XV).

D'autres projets présentent, par contre, l'épuisement des recours internes sous l'angle de son incidence sur l'exercice de la protection diplomatique : projet de 1927 de l'Institut de droit international (règle XII) [*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 229, doc. A/CN.4/96, annexe 8], projet de 1930 de la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (art. 13) [*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 157, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VIII], projet de 1932 de A. Roth (art. 9) [*ibid.*, p. 158 et 159, annexe X], résolution de 1956 de l'Institut de droit international, consacrée spécifiquement à la règle de l'épuisement des recours internes (*ibid.*, p. 146, annexe IV), avant-projet rédigé en 1958 par F.V. Garcia Amador à l'intention de la CDI (art. 15) [*Annuaire... 1958*, vol. II, p. 75, doc. A/CN.4/111, annexe VII] et avant-projet révisé de 1961 (art. 18) [*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 50, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif], projet préparé en 1961 par Sohn et Baxter pour la Harvard Law School (art. 1<sup>er</sup>) [*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 147, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VII], *Restatement de 1965 de l'American Law Institute* (par. 206) [*Annuaire... 1971*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 208, doc. A/CN.4/217/Add.2]. En réalité, dans ce dernier projet, la nature attribuée au principe ne ressort pas très clairement du texte du paragraphe 206, mais elle est précisée dans le commentaire (v. *American Law Institute, Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 1965, p. 612).

mations, le principe de l'épuisement des recours internes agit nécessairement sur le plan de la mécanique même de l'exécution d'une obligation internationale et, par conséquent, sur celui de la détermination de l'existence de la violation d'une obligation internationale.

15) Il convient de rappeler que le fait d'établir qu'un Etat a perpétré, par exemple, une violation d'une obligation internationale mise à sa charge par un traité et consistant à accorder un traitement déterminé à un ressortissant d'un autre Etat, et qu'il a ainsi porté atteinte au droit de cet autre Etat à ce que le traitement prévu soit accordé à son ressortissant, équivaut à constater que le premier Etat a encouru, si toutes les conditions en sont réunies, une responsabilité internationale vis-à-vis du second. Et la naissance d'une responsabilité internationale équivaut, dans l'exemple que nous avons pris, à la naissance chez l'Etat lésé d'un droit nouveau : le droit à réparation de l'atteinte portée au droit que le traité lui accordait. Or, il serait difficilement concevable que ce droit nouveau, attribué par l'ordre juridique international à l'Etat lésé, voie son sort dépendre du résultat d'une action menée par un particulier sur le plan interne, action qui peut aboutir au rétablissement du droit de ce particulier, mais non pas au rétablissement d'un droit revenant à l'Etat sur le plan international et qui, sur ce plan, a subi une atteinte. Si, tant que la condition de l'épuisement des recours internes n'a pas été remplie, l'Etat lésé n'a pas la faculté d'exiger la réparation d'un fait internationalement illicite qui aurait été commis à son détriment dans la personne ou les biens de son ressortissant. c'est que pour le moment son droit nouveau a une réparation d'un tort subi par lui n'est pas encore né : c'est donc qu'une violation de l'obligation posée par le traité ne s'est pas encore produite — ou, du moins, ne s'est pas encore définitivement produite. A ce moment donc, la responsabilité internationale qui se traduit précisément, dans notre cas, par le droit de l'Etat à la réparation du tort subi par lui n'est pas encore née. En d'autres termes, le fait de constater que la faculté pour l'Etat d'exiger réparation n'existe qu'après l'éventuel rejet définitif des recours des particuliers intéressés impose de conclure que la violation de l'obligation internationale ne s'est pas complètement réalisée avant l'épuisement de ces recours, c'est-à-dire avant que les effets négatifs d'un nouveau comportement de l'Etat à l'égard de ces recours ne viennent s'ajouter à ceux du premier comportement adopté par l'Etat dans le cas d'espèce et ne rendent par là définitivement irréalisable le résultat requis par l'obligation internationale.

16) Etant donné l'incertitude qui règne dans la doctrine, il semble évident que c'est plutôt à la jurisprudence internationale et à la pratique des Etats qu'il faut s'adresser pour déterminer comment doit se comprendre, se justifier et s'interpréter, aussi bien dans sa portée exacte que dans celle des corollaires qui en découlent, le principe de l'« épuisement des recours internes ». Compte tenu des considérations qui précèdent, on ne sera pas surpris de constater que l'analyse de cette pratique et de cette jurisprudence montre, dans son ensemble, que le principe qui fait de l'épuisement des recours internes une condition préalable opère, en premier lieu, sur le plan de la détermination de l'exécution ou de la violation des obligations internationales relatives au traitement réservé par

l'Etat à des particuliers et, donc, sur le plan de la naissance de la responsabilité internationale, avant même d'avoir des effets sur le plan de la mise en œuvre de cette responsabilité.

17) En ce qui concerne les prises de position des Etats, il paraît opportun de prendre d'abord en considération les opinions générales qu'ils ont manifestées dans l'abstrait — sans rapport, donc, avec les différends concrets dans lesquels ces Etats étaient impliqués. La question de savoir si l'épuisement des recours internes est une condition *sine qua non* pour que, certaines autres conditions étant réunies, une responsabilité internationale apparaisse, ou bien simplement pour que cette responsabilité puisse être mise en œuvre par des procédures diplomatiques ou judiciaires, a été, en effet, envisagée à la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930). A ce sujet, les termes de la demande d'informations adressée aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence n'étaient pas très clairs<sup>140</sup>. La préoccupation de ne pas préjuger la question semble avoir présidé au choix du libellé. On ne saurait donc être surpris que les réponses des gouvernements n'aient pas toujours été formulées de façon à permettre de se faire une idée précise de l'opinion de chacun sur la question elle-même. Il ressort, cependant, que l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, la Pologne et la Tchécoslovaquie<sup>141</sup> étaient d'avis que la responsabilité internationale ne naissait qu'après l'épuisement infructueux des recours internes. L'idée que, par contre, seule la possibilité de mettre en œuvre une responsabilité déjà établie serait subordonnée à l'épuisement des recours internes semble avoir été exprimée par la Grande-Bretagne<sup>142</sup>.

18) Au vu des réponses, le Comité préparatoire de la Conférence établit la base de discussion suivante :

Lorsque l'étranger dispose d'une voie de droit devant les juridictions de l'Etat (y compris les juridictions administratives), cet Etat pourra demander que la question de la responsabilité internationale soit laissée en suspens jusqu'à ce que ses tribunaux aient prononcé définitivement. [...] <sup>143</sup>

Ce texte semblait à son tour être conçu pour provoquer des discussions, et en effet celles-ci ne manquèrent pas. Lors du débat à la Conférence<sup>144</sup>, une partie des délégués exprimèrent l'avis que l'épuisement des recours internes était une condition de la naissance de la responsabilité : il s'agit de ceux de l'Egypte, de l'Espagne, du Mexique.

<sup>140</sup> Pour le texte du point XII, voir ci-dessus note 114.

<sup>141</sup> SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 136 et 139.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 137. La Norvège (*ibid.*, p. 138) distinguait deux hypothèses : celle d'un préjudice causé à un étranger par un acte commis en violation de la loi interne et celle d'un préjudice dû à un acte contraire à un traité ou à une autre obligation incontestable du droit international. Dans la première hypothèse, indiquait le Gouvernement norvégien, il n'y a pas de responsabilité internationale avant que les recours internes n'aient été épuisés, tandis que dans la deuxième le principe requérant l'épuisement ne s'applique pas.

<sup>143</sup> Base n° 27 (*ibid.*, p. 139).

<sup>144</sup> Le débat à propos de cette base de discussion est reproduit dans SDN, *Actes de la Conférence...* (op. cit.), p. 63 et suiv., 162 et suiv.

de la Colombie, de la Roumanie<sup>145</sup>. D'autres délégués, moins nombreux pourtant, comme ceux de l'Italie et de l'Allemagne<sup>146</sup>, furent d'un avis contraire, sans toutefois prendre des positions aussi nettes et abondamment étayées. Les délégués des Etats-Unis d'Amérique et de la Norvège exprimèrent l'avis que l'épuisement des recours internes serait tantôt une condition de la responsabilité et tantôt une condition de la possibilité de la mettre en œuvre<sup>147</sup>.

19) A l'issue du débat, les délégations tombèrent d'accord sur l'adoption d'une formule qui ne prenait pas position sur la question de savoir si la responsabilité internationale naissait avant ou après l'épuisement des recours internes. Le texte proposé par la sous-commission chargée de la question et adopté en première lecture par la Troisième Commission fut consigné dans l'article 4, par. 1, rédigé comme suit :

La responsabilité internationale de l'Etat ne peut être mise en jeu, pour ce qui est de la réparation du dommage subi par l'étranger, qu'après l'épuisement des voies de recours ouvertes par le droit interne à l'individu lésé<sup>148</sup>.

La formule ainsi adoptée finissait par être volontairement équivoque, et en effet les tenants de chacune des thèses

---

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 64, 65, 72, 77 et 78. Il est particulièrement intéressant de voir comment s'est exprimé à cet égard le délégué de la Roumanie, dont la prise de position se distinguait par la précision des notions exprimées et des termes employés :

« La responsabilité de l'Etat naît d'un manquement à une obligation internationale. Elle est donc conditionnée par ou subordonnée à l'inexécution de cette obligation.

« Or, tant qu'un organe de l'Etat est en mesure ou a la possibilité d'exécuter cette obligation, l'inexécution n'est pas avérée. Par conséquent, la condition de la naissance de cette responsabilité, qui est la preuve nécessaire de l'inexécution, n'existe pas.

« En conséquence, il est très exact de dire que la responsabilité elle-même ne naît que lorsqu'il a été avéré que l'exécution n'a pas été faite, c'est-à-dire que satisfaction n'a pas été donnée à l'exigence ou à l'obligation internationale.

« ...

« [...] Or, tant qu'il y a une possibilité d'exécution par les moyens de recours internes, on ne peut pas dire que l'obligation internationale n'ait pas été exécutée. » (*Ibid.*, p. 77.)

Le Gouvernement égyptien proposa même un amendement du texte dans le sens préconisé par lui (*ibid.*, p. 217). Le Gouvernement mexicain fit lui aussi une proposition d'amendement (*ibid.*, p. 228).

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 75 et 79. Il est à noter que, dans sa réponse à la demande d'informations, l'Allemagne s'était prononcée en faveur de la thèse que la responsabilité ne naît qu'après épuisement des recours internes.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 73 et 74 et p. 76.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 237. Plusieurs délégations se résignèrent à cette solution en croyant que le problème discuté n'avait pas de conséquences pratiques importantes. Voir à ce sujet les interventions des délégués de la Grèce (*ibid.*, p. 66), de la Belgique (p. 69), de la Grande-Bretagne (p. 70), des Etats-Unis d'Amérique (p. 73), du Mexique (p. 72 et 73), de la Colombie (p. 78), de l'Allemagne (p. 80). Les participants à la Conférence ne paraissent pas avoir mesuré toutes les conséquences que l'adoption d'un point de vue plutôt que d'un autre pouvait avoir sur des questions telles que la détermination du moment de la perpétration d'un fait internationalement illicite et de la durée de cette perpétration. Les conséquences pratiques de la réponse donnée à ces questions peuvent être décisives en ce qui concerne des points aussi essentiels que celui de savoir si le différend engendré par un fait donné fait partie ou non de ceux pour lesquels un tribunal international est compétent ou celui de savoir à partir de quel moment l'on doit prendre en considération le préjudice causé aux fins de sa réparation.

confrontées lors du débat l'invoquèrent ensuite à l'appui de leur point de vue. Les travaux de codification de 1930 ne permettent donc pas de tirer des conclusions claires et définitives quant au point dont il est ici question. Cela n'empêche toutefois pas de constater que la majorité des représentants gouvernementaux qui eurent l'occasion de s'exprimer à son sujet furent d'avis qu'épuiser les voies de recours internes, dans les cas où cet épuisement est prévu, revient à réaliser une condition pour que la violation d'une obligation internationale se produise et, donc, pour que la responsabilité internationale puisse naître, et non pas seulement pour qu'il devienne légitime de recourir aux procédures de mise en œuvre d'une responsabilité déjà existante.

20) Quant aux positions les plus significatives prises à d'autres occasions par des organes étatiques ou des juges internationaux, notamment à l'occasion de différends portant sur des cas concrets, une réflexion préliminaire s'impose. Seules des prises de position niant carrément que le principe de l'épuisement des recours internes puisse avoir une incidence sur la formation de la responsabilité internationale apporteraient une preuve véritable à l'appui de l'opinion selon laquelle ce principe aurait un caractère exclusivement « pratique et de procédure ». Il serait par conséquent abusif de considérer comme un témoignage du bien-fondé de cette opinion le fait que, dans divers cas, les tribunaux internationaux, dans leurs décisions, et les gouvernements, dans leurs prises de position, se sont référés à l'épuisement des recours internes comme à une condition de l'exercice de la protection diplomatique de certaines personnes ou de la faculté de présenter des réclamations à leur sujet auprès d'une instance internationale. Il faut avoir présent à l'esprit que le but poursuivi par l'Etat qui invoque le défaut d'utilisation des recours internes à l'encontre d'une réclamation introduite contre lui devant une instance internationale est avant tout de bloquer l'examen quant au fond de cette réclamation, en lui opposant une exception d'irrecevabilité. En revanche, l'intention de l'Etat auteur de la réclamation, lorsqu'il conteste l'existence de ce défaut ou son incidence dans le cas d'espèce, est justement d'éliminer l'obstacle préliminaire ainsi dressé sur la voie de l'examen quant au fond de sa requête. Les deux Etats sont donc amenés à prendre en considération le principe de l'épuisement des recours internes du point de vue de son incidence, non pas sur la formation de la responsabilité, mais sur la recevabilité de la requête. La distinction désormais généralisée entre la procédure relative aux exceptions préliminaires et la procédure sur le fond fait également que le tribunal international appelé à se prononcer dans le cadre de la première procédure ne peut le faire que dans cette optique. En outre, le débat à ce sujet tourne normalement autour de l'interprétation du texte d'un accord établissant la juridiction de l'instance internationale saisie et ses limites; donc, si cet accord mentionne le principe de l'épuisement des recours internes à l'occasion de la définition des conditions auxquelles une requête pourra être tenue pour recevable par ladite instance, celle-ci sera nécessairement amenée à résoudre la question de savoir si les recours internes ont été épuisés ou non du point de vue de l'existence d'une condition de la recevabilité de la requête plutôt que de

celui de l'existence d'une condition de la responsabilité internationale de l'Etat défendeur. Toutefois, il est évident que toute affirmation de la répercussion d'un défaut éventuel d'utilisation des moyens de recours internes sur la recevabilité d'une réclamation internationale n'implique nullement l'intention de nier l'incidence de ce même défaut sur la question de fond de la naissance d'une responsabilité internationale <sup>149</sup>.

21) On ne saurait donc faire entrer en ligne de compte, à l'appui de la thèse qui voudrait voir dans l'épuisement des recours internes uniquement une condition de l'exercice de la protection diplomatique et judiciaire, que des prises de position allant nettement dans ce sens. Or, il faut dire que de telles prises de position sont très rares et, vu les circonstances dans lesquelles on les rencontre, beaucoup moins concluantes que les prises de position en faveur de la thèse opposée. Par contre, on trouve des affirmations de gouvernements ou de juges internationaux disant explicitement que l'épuisement des recours internes est une condition de la naissance de la responsabilité dans les occasions où la question de l'incidence éventuelle de l'épuisement des recours internes sur la naissance de la responsabilité internationale de l'Etat s'est concrètement posée à eux. Ainsi, par exemple, dans la décision n° 21 rendue en février 1930 par la Commission des réclamations Grande-Bretagne/Mexique, instituée par la Convention du 19 novembre 1926, en l'*Affaire de la Mexican Union Railway*, on relève la déclaration suivante :

[...] la responsabilité de l'Etat en droit international ne peut commencer que lorsque les intéressés ont utilisé tous les recours qui leur étaient offerts par les lois nationales de l'Etat en question <sup>150</sup>.

22) A l'occasion du procès porté par l'Allemagne devant la CPJI à propos de l'*Affaire relative à l'administration du prince von Pless*, le Gouvernement polonais souleva une exception préliminaire aux termes de laquelle, après avoir fait opposition à l'action du Gouvernement allemand, qui revenait à porter une prétention « devant une juridiction internationale lorsque le particulier dont il s'agit possède une voie de recours aux instances nationales dans laquelle il peut trouver satisfaction », il soutenait que

[...] tant que les moyens de droit que la législation interne met à la disposition des particuliers pour défendre leurs intérêts n'ont pas été épuisés, il ne peut être question de la responsabilité internationale de l'Etat <sup>151</sup>.

Le Gouvernement polonais prenait donc clairement position dans le sens que le principe qui fait de l'épuisement

<sup>149</sup> C'est d'ailleurs un fait que, dans bien des cas, la condition de l'épuisement préalable des recours internes est conjointement invoquée à deux effets : directement, comme condition de l'existence d'une responsabilité internationale, et indirectement seulement comme condition pour qu'une réclamation internationale puisse être légitimement intentée. Il en va notamment de la sorte chaque fois que le fait internationalement illicite dénoncé par la réclamation est un déni de justice commis à l'égard d'un particulier n'ayant préalablement subi qu'un préjudice en violation de la loi interne. L'utilisation des recours internes est alors présentée à la fois comme la condition de l'existence d'un déni de justice, fait internationalement illicite caractérisé, et comme la condition de la présentation d'une réclamation mettant en cause la responsabilité internationale engendrée par ce fait illicite. Il est évident que le deuxième aspect présuppose le premier, dont il découle logiquement.

<sup>150</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (*op. cit.*), p. 122 [tr. du Secrétariat].

<sup>151</sup> *C.P.J.I.*, série C, n° 70, p. 134 et 135.

des recours internes une condition préalable concerne directement l'existence de la responsabilité internationale, même si ce gouvernement faisait valoir en même temps le corollaire qui découle de ce principe et qui a trait à la possibilité formelle d'introduire une instance devant une juridiction internationale. Il est aussi à remarquer que le Gouvernement allemand fit valoir l'inapplicabilité du principe de l'épuisement des recours internes dans le cas d'espèce à cause d'une dérogation conventionnelle audit principe, mais ne contesta nullement la définition du principe donnée par le Gouvernement polonais.

23) L'interprétation de la décision arbitrale relative à l'*Affaire des navires finlandais* est moins aisée. Le Gouvernement britannique, dans son mémorandum au Conseil de la SDN, avait invoqué le principe de l'épuisement des recours internes avec l'intention de faire obstacle à la présentation par le Gouvernement finlandais de la réclamation diplomatique que ce dernier lui adressait. Invoquer le principe à cette fin ne revenait point à exclure la possibilité de l'invoquer également à une fin différente, avant tout à celle de contester l'existence, dans un cas déterminé, d'une violation parachevée d'une obligation internationale et, partant, d'une responsabilité internationale déjà établie à la charge de l'Etat défendeur. De son côté, le Gouvernement finlandais avait mis en doute l'existence même du principe que la Grande-Bretagne considérait comme incontesté. La discussion devant le Conseil amena les parties à soumettre à l'arbitrage la question concrète suivante : « les armateurs finlandais ont-ils ou non épuisé les voies de recours mises à leur disposition par le droit international ? <sup>152</sup> »

24) C'est sur cette question que devait donc se prononcer l'arbitre A. Bagge, lequel releva d'abord que le Gouvernement finlandais ne prétendait pas que la violation du droit international alléguée par lui fût représentée, en l'espèce, par le rejet de la part des tribunaux britanniques du recours des armateurs finlandais, mais par l'« initial breach of international law <sup>153</sup> » constitué, à son avis, par la saisie et l'utilisation sans paiement des navires de leur propriété. Cela dit, l'attention de l'arbitre se concentra sur le point de savoir quels éléments de droit et de fait devaient être soumis par les plaignants aux tribunaux internes dans un cas de ce genre. Il remarqua que, lorsqu'on faisait valoir un « initial breach » du droit international, la *raison d'être* du principe de l'épuisement des recours internes était uniquement de mettre les tribunaux de l'Etat, jusqu'à la dernière instance compétente, à même d'enquêter et de se prononcer sur toutes les questions de droit et de fait que l'Etat demandeur alléguerait dans une procédure internationale pour prouver que la violation avait eu lieu. En effet, le but poursuivi était de donner à l'Etat défendeur la possibilité de faire justice suivant sa propre voie ordinaire (« in their own, ordinary way »). Sans entrer ici dans le fond de la question, on peut relever d'abord que, par le fait même de prendre en considération la possibilité que le principe requérant l'épuisement des

<sup>152</sup> G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Buske, 1933, 3<sup>e</sup> série, t. XXVIII, p. 118.

<sup>153</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (*op. cit.*), p. 1502.

recours internes s'applique à des cas où le demandeur allègue un « initial breach » du droit international, l'arbitre paraissait pencher vers l'idée que le principe en question n'énonce pas une condition de la naissance de la responsabilité<sup>154</sup>, mais uniquement une condition du recours à une procédure de réclamation. Toutefois, immédiatement après, l'arbitre déclarait qu'il n'était pas sans savoir que dans des ouvrages scientifiques, aux sessions de l'Institut de droit international, et spécialement à la Conférence de codification de 1930, on avait soutenu la thèse selon laquelle

la responsabilité de l'Etat ne peut prendre naissance tant que les tribunaux nationaux n'ont pas rejeté le recours du particulier, que le motif invoqué pour introduire la réclamation internationale soit que les tribunaux nationaux n'ont pas respecté les exigences du droit international ou qu'il y a eu une violation initiale du droit international,

et il concluait finalement que

Si cette proposition signifie que la responsabilité de l'Etat ne prend pas naissance tant que les motifs sur lesquels l'Etat demandeur dans la procédure internationale fonde son allégation de violation initiale du droit international n'ont pas été rejetés par les tribunaux nationaux, elle n'apporte guère d'autres indications quant à la question de savoir quels sont les éléments de fait ou de droit à prendre en considération au sens de la règle de l'épuisement des recours internes<sup>155</sup>.

L'arbitre Bagge gardait donc une sorte de neutralité entre les deux façons de concevoir l'exigence de l'épuisement des recours internes, puisque l'une et l'autre l'amenaient à la même conclusion sur le point dont il avait à décider. Il serait donc arbitraire de voir dans ses considérations une prise de position nette et motivée pour le rejet de la thèse qui, dans les cas où le principe de l'épuisement des recours internes entre en jeu, voit dans cet épuisement une condition de la naissance de la responsabilité internationale.

25) Les deux thèses relatives à la fonction attribuée à l'épuisement des recours internes par le principe qui énonce cette condition se sont affrontées au cours du procès entre l'Italie et la France dans l'*Affaire des phosphates du Maroc*. Dans sa requête introductive du 30 mars 1932 auprès de la CPJI, le Gouvernement italien demandait à la Cour de dire et juger que la décision du Service des mines en date du 8 janvier 1925<sup>156</sup> et le déni de justice qui l'avait suivie étaient incompatibles avec l'obligation internationale de la France de respecter les droits acquis par la société italienne *Miniere e Fosfati*<sup>157</sup>. Le Gouvernement français avait accepté la juridiction obligatoire de la Cour, par une déclaration en date du

25 avril 1931, pour « tous les différends qui s'élèveraient après la ratification [...] au sujet de *situations ou de faits postérieurs à cette ratification* »<sup>158</sup>. La question se posait donc de savoir si le fait internationalement illicite dont le Gouvernement italien se plaignait pouvait ou non être considéré comme un « fait postérieur » à la date critique. Le Gouvernement italien soutenait que la violation de l'obligation internationale amorcée par la décision de 1925 n'était devenue une violation parfaite qu'à la suite de certains actes postérieurs à 1931, notamment à la suite d'une note du 28 janvier 1933 du Ministère des affaires étrangères de France à l'Ambassade d'Italie et d'une lettre du même jour adressée par ce ministère au particulier italien intéressé. Dans cette note et dans cette lettre, le Gouvernement italien voyait une interprétation officielle des droits acquis par des ressortissants italiens, interprétation contraire aux obligations internationales de la France; il y voyait une confirmation du déni de justice déjà opposé aux intéressés par le refus du Résident général de France de permettre auxdits intéressés de lui présenter un recours gracieux d'après les termes de l'article 8 du dahir du 12 août 1913. Le nouveau déni de justice consistait à présent dans le refus définitif du Gouvernement français de mettre à la disposition des plaignants un moyen extraordinaire de recours, administratif ou autre, vu la carence des moyens ordinaires<sup>159</sup>. Se basant sur ces faits, le Gouvernement italien optait clairement pour la thèse qu'un fait internationalement illicite, tout en étant amorcé par le premier comportement étatique allant à l'encontre du résultat requis par une obligation internationale, ne se parfait que lorsque les particuliers lésés ont intenté sans succès tous les recours utiles et efficaces existants. C'était donc de ce moment que datait, d'après lui, la naissance de la responsabilité<sup>160</sup>.

26) Le Gouvernement français opposa au Gouvernement italien que si, comme ce dernier l'affirmait, la décision de 1925 du Service des mines tombait vraiment sous les critiques formulées — violation de traités, violation du droit international en général —, c'était à cette date que le manquement par la France à ses obligations internationales avait été commis et parfait; c'était à cette date que le fait internationalement illicite allégué avait pris naissance. Le représentant français affirmait :

Ici, la règle de l'épuisement des recours internes n'est plus qu'une règle de procédure. La responsabilité internationale est déjà née; mais elle ne pourra être mise en jeu par la voie diplomatique ou par la voie du recours au juge international et par la voie de requête à la Cour permanente de Justice internationale que si, préalablement, les recours internes ont été épuisés<sup>161</sup>.

27) La Cour, dans son arrêt du 14 juin 1938, a indiqué qu'elle ne voyait dans les agissements du Gouvernement français postérieurs à la décision de 1925 aucun fait nouveau qui aurait donné naissance au différend en cours, et que le refus du Gouvernement français d'accéder à la

<sup>154</sup> L'expression « initial breach of international law », dans le langage employé par l'arbitre Bagge, signifiait vraisemblablement « violation initiale du droit international », dans le sens de violation de ce droit commise au début de l'affaire. L'expression est équivoque, car elle peut très bien se traduire par « commencement, ébauche, première étape d'une violation du droit international »; elle exprimerait alors une idée différente.

<sup>155</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (*op. cit.*), p. 1502 (tr. du Secrétariat).

<sup>156</sup> Cette décision avait rejeté la demande d'un ressortissant italien, M. Tassara, d'être reconnu comme celui qui avait découvert les gisements de phosphates au Maroc.

<sup>157</sup> C.P.J.I., série A/B, n° 74, p. 15.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 27 et 28.

<sup>160</sup> La thèse italienne se trouvait surtout développée dans l'exposé oral du 12 mai 1938 (*ibid.*, série C, n° 85, p. 1231 et 1232). Elle fut reprise dans l'exposé du 16 mai (*ibid.*, p. 1332 et 1333).

<sup>161</sup> La thèse française était exposée dans la plaidoirie orale du 5 mai 1938 (*ibid.*, série C, n° 85, p. 1048).

demande de soumettre le litige à des juges extraordinaires ne constituait pas un fait illicite international générateur d'un différend nouveau. Après quoi, elle ajoutait :

Dans le prétendu déni de justice allégué par le Gouvernement italien, la Cour ne peut pas voir un élément générateur du différend actuel. Dans sa requête, le Gouvernement italien a présenté la décision du Service des mines comme un fait illicite international parce que cette décision aurait été inspirée par la volonté d'écarter la mainmise étrangère, et qu'elle constituerait de ce chef une violation des droits acquis placés sous la sauvegarde des conventions internationales. S'il en était ainsi, c'est dans cette décision qu'il faudrait voir la violation déjà parfaite du droit international, violation qui engagerait par elle-même et immédiatement la responsabilité internationale. [...] En pareil cas, le prétendu déni de justice constitué soit par une carence de l'organisation judiciaire soit par le refus de recours administratifs ou extraordinaires destinés à y suppléer ne peut que laisser subsister le fait illicite. Il n'exerce aucune influence ni sur sa consommation ni sur la responsabilité qui en dérive<sup>162</sup>.

28) D'après la Cour, la décision prise en 1925 par le Service des mines, décision contre laquelle il n'y avait en réalité aucun remède sous forme de recours judiciaires ou autres<sup>163</sup>, était *de ce fait* une violation déjà parfaite et définitive de l'obligation internationale d'assurer aux ressortissants italiens pleine égalité de traitement en matière de concessions minières. La Cour n'acceptait donc pas de voir l'aboutissement du fait internationalement illicite attribué par le Gouvernement italien à la France dans un prétendu « déni de justice » représenté par la note du Gouvernement français du 28 janvier 1933, qui ne faisait que confirmer sur le plan diplomatique l'inexistence de recours contre la décision de 1925. Et elle n'acceptait pas non plus de voir un « recours interne », au sens prévu par le principe, dans la demande adressée par les particuliers au Gouvernement français de leur ouvrir une voie judiciaire extraordinaire non prévue par la loi. En conclusion, la Cour se refusait à admettre que le fait internationalement illicite allégué par le Gouvernement italien — qui avait débuté, d'après ce même gouvernement, en 1925 — ait eu besoin de la note de 1933 pour se parfaire. Cependant, cette façon de voir, qui aboutit nécessairement au rejet de la requête italienne, ne constitue nullement un rejet de la thèse que ce gouvernement a fait valoir en tant que principe général à propos de l'incidence des recours internes — là où ils existent — sur l'établissement du caractère parfait et définitif d'une violation d'un engagement international et, par conséquent, sur la naissance de la responsabilité internationale.

29) Après l'*Affaire des phosphates du Maroc*, ni la CPJI ni, ensuite, la CIJ n'ont plus eu l'occasion de se prononcer sur la question ici traitée<sup>164</sup>. Par contre, à la

Commission européenne des droits de l'homme, quelques occasions se sont présentées de se prononcer au sujet du principe exigeant l'épuisement des recours internes. Dans la jurisprudence de cette commission, on rencontre à plusieurs reprises l'affirmation de la nécessité de laisser à l'Etat la faculté de redresser « le grief allégué par ses propres moyens dans le cadre de son ordre juridique interne<sup>165</sup> ». La Commission se réfère là, évidemment, au grief du particulier, et ne prétend nullement que ce grief représente déjà, à lui seul, une violation parfaite d'une obligation internationale. De telles affirmations font donc partie de la série de celles que nous avons déjà prises en considération<sup>166</sup> et qui, en mettant en évidence la répercussion d'un défaut éventuel d'utilisation des moyens de recours internes sur la recevabilité d'une réclamation internationale, n'entendent certes pas nier par là l'incidence que ce même défaut a en premier lieu sur la formation de la responsabilité internationale. Si, d'ailleurs, il y avait besoin d'une preuve de plus du bien-fondé de cette remarque, elle nous serait fournie par la Commission elle-même, qui, dans sa décision du 10 juin 1958 sur la requête n° 235/56, a en effet affirmé que « la responsabilité d'un Etat sur la base de la Convention des droits de l'homme ne prend naissance, aux termes de l'article 26, qu'à compter du moment où ont été épuisées toutes les voies de recours internes<sup>167</sup> ». Bien que faite à l'occasion d'un cas d'application du principe en question particulièrement évident<sup>168</sup>, l'affirmation de la Commission est rédigée en des termes qui se réfèrent manifestement à toute hypothèse d'application de l'article 26 de la Convention, lequel à son tour énonce l'exigence de l'épuisement des recours internes dans les termes les plus généraux. Nul doute, donc, que la décision rapportée ici prend la valeur d'une interprétation générale du principe de l'épuisement des recours internes comme un principe énonçant avant tout une condition de la naissance de la responsabilité internationale de l'Etat.

30) Avant d'apporter une conclusion à l'analyse des prises de position des représentants officiels des Etats

---

nationale, il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'Etat où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne.» (C.I.J. Recueil 1959, p. 27.) Il est bien évident qu'en parlant de « lésion » la Cour entendait se référer à celle qu'a subie le particulier dans ses droits sur le plan interne, et non pas à celle qu'aurait éventuellement subie l'Etat dans le droit qui lui revient sur le plan international. Le principe énoncé, très sommairement d'ailleurs, par la Cour est donc parfaitement conciliable avec l'idée que la violation par l'Etat de l'obligation internationale, justifiant un recours contre lui à la juridiction internationale, ne se parfait qu'avec le refus de remédier dans le cadre de son ordre juridique interne à la lésion causée par son comportement initial au droit d'un particulier.

<sup>165</sup> Requête n° 343/57. *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1958-1959*, La Haye, vol. 2, 1960, p. 439. Des affirmations presque identiques figurent dans des décisions rendues dans les années suivantes.

<sup>166</sup> Voir ci-dessus par. 14.

<sup>167</sup> *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme (op. cit.)*, p. 305.

<sup>168</sup> Il s'agissait d'une affaire où il était question de mauvaise administration de la justice, cas à propos duquel presque tous sont d'accord pour prêter à l'exigence de l'épuisement des recours internes la valeur d'un principe de fond.

<sup>162</sup> *Ibid.*, série A/B, n° 74, p. 28.

<sup>163</sup> La Cour n'estimait manifestement pas que l'on pouvait voir un réel remède dans le « recours gracieux » au Résident général de France au Maroc.

<sup>164</sup> On ne saurait voir une prise de position à ce sujet dans le passage de l'arrêt du 21 mars 1959 relatif à l'*Affaire de l'Interhandel* où, après avoir affirmé que l'épuisement des recours internes était prévu par « une règle bien établie du droit international coutumier [...] généralement observée dans les cas où un Etat prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre Etat en violation du droit international », la Cour continue en disant que : « Avant de recourir à la juridiction inter-

ainsi que des tribunaux et autres instances internationales sur le point qui nous retient, il peut encore être utile de relever les points de vue manifestés par certains juges de la CIJ ou de sa devancière dans des opinions individuelles ou dissidentes. Ces opinions paraissent d'autant plus intéressantes que, dans les cas qui les ont occasionnées, la Cour elle-même n'a pas pris directement et clairement position au sujet de la question. Quelques-unes de ces opinions sont susceptibles de diverses interprétations<sup>169</sup>. L'opinion individuelle du juge Tanaka dans l'*Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)* fait valoir l'idée que la règle de l'épuisement des recours internes prend le caractère d'une règle de procédure en tant qu'elle énonce une condition pour que l'Etat puisse endosser devant un tribunal international la réclamation de la personne qu'il entend protéger. Mais le fait que le juge Tanaka ait ainsi mentionné l'aspect de règle de procédure que le principe énoncé prend par rapport à l'exercice de la protection diplomatique et judiciaire ne semble pas indiquer qu'il ait entendu exclure l'existence de l'aspect de règle de fond que le principe prend par rapport à la question de la naissance de la responsabilité internationale<sup>170</sup>. Des avis clairs et allant dans le sens que le principe de l'épuisement des recours internes énonce une condition de la naissance de la responsabilité internationale de l'Etat ont été exprimés par trois autres juges, à savoir par le juge Hudson, dans son opinion individuelle dans l'*Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*<sup>171</sup>, par le juge Córdova, dans son opinion individuelle dans l'*Affaire de l'Interhandel*<sup>172</sup>, et par le juge Morelli, dans son opinion

dissidente dans l'*Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (exceptions préliminaires)*<sup>173</sup>.

31) Les prises de position des représentants des gouvernements et des juges internationaux qui ont été analysées semolent donc apporter, vues dans leur ensemble et après avoir recherché la signification exacte de certaines assertions, un solide appui à la thèse selon laquelle le principe de l'épuisement des recours internes énonce avant tout une condition de la réalisation de la violation des obligations internationales relatives au traitement de particuliers étrangers. Quelques considérations supplémentaires permettront d'écarter certaines objections (qu'on a cru pouvoir déduire de telle ou telle autre prémisse) à l'encontre des conclusions établies. On a invoqué par exemple le fait que lorsqu'un Etat se plaint de la violation par un autre Etat d'une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers, le dommage dont il demande la réparation est celui qui est causé par le comportement étatique adopté à l'origine et non pas celui qui est causé par le rejet des recours internes intentés par les particuliers lésés. On voudrait en déduire la preuve de ce que la responsabilité internationale naîtrait définitivement du premier comportement étatique, et donc avant l'épuisement des recours internes par les particuliers intéressés. A ce propos, il convient de rappeler que, comme la Commission l'a mis en évidence dans ses commentaires à d'autres articles du projet, on ne saurait tirer de l'élément du « dommage » et des critères applicables pour déterminer son existence et son montant des conséquences quant à la détermination d'un fait internationalement illicite, de ses données constitutives et de ses effets<sup>174</sup>. L'obligation de réparer

<sup>169</sup> Voir, par exemple, l'opinion dissidente du juge Armand-Ugon dans l'*Affaire de l'Interhandel*, où il est dit que

« Le but de la règle de l'épuisement des recours internes n'est autre que de permettre aux tribunaux internes d'examiner, dans un premier stade judiciaire, la responsabilité internationale de l'Etat défendeur, telle qu'elle est présentée dans la requête; naturellement, cet examen devrait se faire par un tribunal national. » (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 88 et 89.)

<sup>170</sup> Le juge Tanaka s'exprime ainsi :

« Il ne fait pas de doute que la règle des recours internes a le caractère d'une règle de procédure en ce sens qu'elle oblige la personne qui doit être protégée par son gouvernement à épuiser les recours internes dont elle dispose dans l'Etat considéré avant que son gouvernement n'endosse sa réclamation devant un tribunal international. » (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 143.)

<sup>171</sup> Le juge Hudson écrivait :

« C'est une règle très importante du droit international que celle qui exige que les recours internes aient été épuisés sans obtenir remède avant qu'un Etat puisse avec succès prendre fait et cause pour son ressortissant contre un autre Etat. Cette règle n'est pas une règle de procédure, ni simplement un précepte de conduite, mais bien une partie du droit positif en matière de responsabilité internationale, c'est-à-dire de responsabilité d'Etat envers Etat. Si le particulier qui a subi le préjudice trouve à sa disposition un recours approprié, si ce particulier n'a qu'à entamer une démarche pour user de ce recours, il n'y a point de fondement à une demande que puisse prendre en mains l'Etat dont ce particulier est le ressortissant. Tant que les recours internes disponibles n'ont pas été épuisés, aucune responsabilité internationale ne peut surgir. » (*C.P.J.I.*, série A/B, n° 76, p. 47.)

<sup>172</sup> Le juge Córdova s'exprimait de la façon suivante :

« Le droit de l'Etat [...] à assurer la protection de son ressortissant [...] contre un prétendu acte dommageable d'un gouvernement étranger [...] ne se pose pas, juridiquement, pendant que

les juridictions de ce dernier Etat tranchent définitivement la question de cet acte dommageable par une décision de leurs juridictions. Jusqu'à ce que les tribunaux de l'Etat défendeur aient rendu leur décision définitive, l'Etat ne peut être tenu pour internationalement responsable, pour la bonne raison que le dommage n'est pas encore réalisé. Ce principe est à la base de tous les systèmes juridiques, droit civil et droit pénal, droit interne et droit international. » (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 45 et 46.)

<sup>173</sup> Le juge Morelli a donné une définition approfondie du principe de l'épuisement des recours internes dans les termes suivants :

« La règle de l'épuisement des recours internes, en tant que règle du droit international général, est, à mon avis, une règle substantielle et non pas procédurale. Il s'agit précisément d'une règle complémentaire d'autres règles ayant, elles aussi, le caractère de règles substantielles : c'est-à-dire des règles concernant le traitement des étrangers.

Lesdites règles prescrivent aux Etats, auxquels elles s'adressent, un résultat final déterminé quant au traitement des ressortissants étrangers, tout en laissant l'Etat obligé libre pour ce qui concerne les moyens à employer. Par conséquent, si un organe de l'Etat obligé accomplit un acte contraire au résultat voulu, l'existence d'un fait illicite international et de la responsabilité internationale de l'Etat ne peut être affirmée tant qu'il existe, pour le ressortissant étranger, la possibilité d'obtenir, par les voies de l'ordre interne, la réalisation du résultat visé par la règle internationale. » (*C.I.J. Recueil 1964*, p. 114.)

<sup>174</sup> Voir ce qui est dit dans le rapport de la CDI sur sa vingt-cinquième session à propos des conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite (*Annuaire... 1973*, vol. II, p. 185 et 186, doc. A/9010/Rev.1, chap. II, sect. B, art. 3, par. 12 du commentaire). Voir aussi le rapport de la Commission sur sa vingt-septième session à propos de l'erreur qu'il y a à se référer aux critères concrètement utilisés pour déterminer dans les différents cas le montant de la

qui s'établit à la charge d'un Etat à la suite d'un fait internationalement illicite concerne la réparation du manquement de l'Etat à ses propres obligations envers un autre Etat. La réparation qui peut être demandée et obtenue par l'Etat lésé dans son droit de voir respectées les obligations internationales concernant le traitement à réserver à des particuliers ayant sa nationalité est une chose. La réparation que l'un de ces particuliers, lésé dans ses droits par le comportement d'organes d'un Etat ayant agi à l'encontre du résultat visé par une obligation internationale, peut demander et obtenir d'un organe de recours interne du même Etat en est une autre. Ces réparations ont des bases différentes et sont sur des plans différents. Même si le montant de la réparation demandée par l'Etat sur le plan international coïncidait matériellement avec celui de la réparation demandée par le particulier sur le plan interne — même si le premier était en fait évalué d'après le second —, la différence de nature entre les deux réparations persisterait toujours.

32) Ces considérations de principe mises à part, l'objection examinée ici ne tient évidemment pas compte de la nature de fait étatique « complexe » que revêt la violation d'une obligation internationale dans les cas où l'exigence de l'épuisement des recours internes entre en jeu. Lorsque le particulier lésé par un comportement étatique incompatible avec le résultat requis par une obligation internationale réagit en utilisant et en épuisant sans succès les moyens de recours prévus par le droit interne, la violation de l'obligation internationale n'est pas représentée par la seule dernière étape du processus de sa perpétration, de même qu'elle n'est pas représentée par la seule première étape. Elle résulte de l'ensemble des comportements étatiques successivement adoptés, du premier, qui l'amorce, au dernier, qui la complète et la rend définitive. De sorte que le préjudice subi par le particulier — et pouvant éventuellement servir de critère d'évaluation du montant de la réparation que l'Etat, agissant au titre de la protection diplomatique ou judiciaire, peut exiger — est celui que lui a causé l'ensemble des agissements étatiques qui ont été, en l'espèce, à l'encontre du résultat internationalement requis. Même si l'on ne se fondait que sur le préjudice causé par le comportement adopté à l'origine, cela serait parce que les comportements suivants n'auraient rien ajouté à ce préjudice, et non pas parce que le processus de réalisation du fait internationalement illicite se serait conclu avec la première étape. Inversement, même si l'on ne retenait que le dernier acte comme constituant la violation de l'obligation internationale et, donc, comme étant la source de la responsabilité internationale, rien ne dit que la réparation que l'Etat pourrait demander pour cette violation devrait être établie sur la base du préjudice causé au particulier par ce dernier acte. Au regard des critères de justice et d'équité qui président normalement à la détermination du montant de la réparation des faits illi-

cites internationaux, il peut être loisible de se fonder à cette fin sur le préjudice causé par le premier acte — cela sans exclure les cas où il y a seulement des actes ultérieurs en contradiction avec les exigences d'une obligation internationale, comme il en va lorsque le fait internationalement illicite attribué à l'Etat est exclusivement un déni de justice. C'est là qu'on mesure combien la détermination de la réparation due pour la violation d'une obligation internationale est indépendante de la détermination du « dommage », et surtout du dommage économique directement causé par la violation elle-même.

33) D'autres objections ne paraissent pas non plus solidement fondées. Par exemple celle d'une prétendue coïncidence nécessaire entre le moment où la violation d'une obligation internationale se parfait et où, par conséquent, la responsabilité internationale s'établit et le moment où naît le différend entre les Etats en cause. Quelle que soit la notion de « différend international » que l'on veuille adopter, il ressort clairement de la pratique internationale que les différends juridiques peuvent très bien naître avant la perpétration d'un fait internationalement illicite, et même sans qu'un tel fait ne se soit produit. Lier la question de la naissance du différend à celle de l'existence d'une responsabilité internationale déjà parfaitement établie, et donc tirer du fait que des différends naissent avant tout épuisement des recours internes la conclusion que cet épuisement n'aurait rien à voir avec la naissance de la responsabilité, est fort hasardeux. De même, l'observation selon laquelle la thèse qui voit dans l'épuisement des recours internes une condition de fond relative à la naissance de la responsabilité internationale serait infirmée par le fait que les tribunaux internationaux traitent normalement ce point dans la phase du procès concernant les exceptions préliminaires ne semble pas non plus à retenir. La possibilité de poser en tant qu'exceptions préliminaires des questions de fond n'est pas en question — d'autant plus qu'elle semble être admise aujourd'hui par l'opinion dominante au sein de la CIJ elle-même. Cependant, même pour ceux qui sont d'un avis différent, la conséquence qui s'impose est l'impossibilité pour les parties d'invoquer, et pour la Cour de prendre en considération, le défaut d'épuisement des recours internes en tant qu'exception préliminaire et la nécessité d'un examen de ce défaut quant au fond, et rien d'autre.

34) Finalement, l'objection fondée sur la possibilité que soit prononcé un jugement purement « déclaratoire » avant même que les recours internes aient été épuisés<sup>175</sup> semblerait reposer sur une hypothèse plus théorique que pratique, car elle ne s'est jamais réalisée concrètement. D'ailleurs, s'il est tout à fait possible d'envisager un

---

réparation due, pour en tirer des conséquences au sujet de la détermination du fait devant être attribué à l'Etat comme source de responsabilité (*Annuaire...* 1975, vol. II, p. 78 et 79, doc. A/10010/Rev.1, chapt. II, sect. B, sous-sect. 2, art. 11, par. 9 et 10 du commentaire).

<sup>175</sup> Les opinions des auteurs sont partagées à propos de la possibilité d'un jugement déclaratoire avant l'épuisement des recours internes. En 1956, à l'Institut de droit international, P. Guggenheim et J. H. W. Verzijl se sont prononcés en faveur d'une telle possibilité, E. Giraud et Ch. de Visscher contre. La majorité des membres partageait la façon de voir défendue dans le texte. En faveur, on peut encore citer J. E. S. Fawcett; contre, C. H. P. Law; avec des hésitations, C. F. Amerasinghe. Tous ces auteurs, toutefois, se prononcent pour ou contre plutôt sur la base de la désirabilité ou de la non-désirabilité des conséquences d'un tel jugement que sur la base de la pratique internationale.

jugement purement déclaratoire visant à établir, avant un quelconque examen d'une infraction et de la responsabilité qui en découle, l'existence à la charge de l'Etat d'une obligation internationale, ainsi que le contenu et la portée de cette obligation, on peut aussi envisager un jugement de cette nature prononcé dans le but de reconnaître qu'un comportement initial adopté par cet Etat à l'égard d'un particulier est en contradiction avec le résultat requis par l'obligation en question.

35) L'examen des assertions relatives à une prétendue incompatibilité qui subsisterait entre des non moins prétendues conséquences que d'aucuns voudraient tirer de certaines prémisses et les conclusions qui ressortent de la logique même des principes ainsi que de l'analyse des prises de position des gouvernements et des juges internationaux n'incite donc nullement à modifier les conclusions ainsi établies.

### c) *Champ d'application du principe*

36) Comme on l'a constaté ci-dessus<sup>176</sup>, le principe de l'épuisement des recours internes est un principe de droit international général qui s'est affirmé dans le droit des gens parallèlement avec la formation dans ce même droit des règles relatives à la condition des étrangers. La question se pose maintenant de savoir si le droit international général lui-même ne prévoit pas, aujourd'hui du moins, des exceptions à l'applicabilité du principe à la détermination de l'exécution ou de la violation d'obligations internationales concernant le traitement de personnes physiques ou morales étrangères. D'autre part, on peut également se demander si la condition de l'épuisement des voies de recours internes par les particuliers intéressés ne doit pas valoir aussi pour la détermination de l'exécution ou de la violation d'obligations internationales concernant des personnes autres que celles pour lesquelles le principe s'est traditionnellement affirmé, et notamment des personnes physiques ou morales nationales. Il va de soi que ce n'est que par rapport au droit international général que ces questions méritent d'être posées, car les Etats peuvent toujours se prévaloir de la possibilité de restreindre ou d'étendre la portée du principe par voie de conventions bilatérales ou même multilatérales.

37) En ce qui concerne le premier aspect, deux hypothèses différentes font se demander habituellement si l'épuisement des recours internes par les particuliers intéressés joue ou ne joue pas comme condition préalable pour qu'un Etat puisse conclure à la violation parfaite, par un autre, d'une obligation internationale concernant le traitement à réserver à ses ressortissants, et pour que ce même Etat puisse en conséquence faire valoir la responsabilité internationale ainsi encourue par l'autre. La première hypothèse concerne les cas où un premier comportement d'organes de l'Etat aurait créé une situation qui serait incompatible avec le résultat visé par une obligation internationale et qui lèserait certaines personnes en tant que ressortissants d'un pays étranger déterminé. Il est un fait que dans le cas d'une situation engendrée par le comportement d'un organe étatique qui lèse une per-

sonne en fonction de son appartenance à un Etat objet d'une *intention discriminatoire particulière*, l'Etat d'appartenance de la personne en question réagit parfois en affirmant la responsabilité de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a eu lieu sans attendre que la victime ait eu recours à des instances internes<sup>177</sup>. On relève aussi à ce sujet une phrase de la réponse du Danemark à la demande d'informations du Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930. En acceptant la proposition que la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat selon le droit international soit « subordonnée » à l'épuisement, par les intéressés, des recours que leur accorde le droit interne de l'Etat dont la responsabilité est en cause, le Gouvernement danois ajoutait : « Toutefois, il faut supposer que l'autorité nationale ne retarde pas l'affaire outre mesure ou qu'il n'y ait pas une claire négligence du droit de l'étranger parce qu'il est étranger ou ressortissant d'un certain Etat étranger<sup>178</sup> ». Cependant, ce serait forcer le sens de cette remarque que de lui prêter l'intention d'affirmer nettement l'existence en droit international général d'une « exception » à la condition générale de l'épuisement des recours internes. Cette phrase, comme l'attitude de certains Etats dans des cas donnés, s'insère dans le cadre d'une application normale et raisonnable du principe. Autrement dit, il se peut que, dans quelques cas concrets où la lésion due à l'action ou à l'omission d'un organe étatique s'est produite dans le contexte d'une animosité généralisée contre les ressortissants de tel ou tel autre pays étranger, l'Etat d'appartenance des personnes lésées n'ait pas attendu, pour intervenir, que ces personnes aient utilisé les recours internes. Mais la raison en est que, dans les cas concrets en question, l'Etat dont les particuliers lésés étaient ressortissants était conscient de ce que la situation faite à ses nationaux avait d'irréparable sur le plan du droit interne. Il était convaincu de l'impossibilité, dans les circonstances données, de faire corriger par des voies de recours internes efficaces la situation créée par l'attitude initiale de l'autre Etat<sup>179</sup>. Il semble donc qu'il n'y ait aucune raison de prévoir, à ce sujet, une exception à l'application normale du principe de l'épuisement des recours internes, ce principe ne se référant, comme on aura encore l'occasion de le signaler, qu'à des recours « efficaces » et réellement disponibles.

<sup>177</sup> Gaja (*op. cit.*, p. 79) rappelle, à titre d'exemples récents, le communiqué du 31 juillet 1964 du Ministère des affaires étrangères français à l'occasion de manifestations à Saigon contre des particuliers français (texte dans Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXXV, n<sup>o</sup> 4 [oct.-déc. 1964], p. 943) et la note du Gouvernement néerlandais du 18 décembre 1959 concernant des mesures discriminatoires de nationalisation adoptées par l'Indonésie (*American Journal of International Law*, Washington [D.C.], vol. 54, n<sup>o</sup> 2 [avril 1960], p. 487 et suiv.).

<sup>178</sup> SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 136. Le Rapporteur de la sous-commission, Ch. de Visscher, indiqua que l'affirmation du principe ne préjugait pas de la possibilité pour l'Etat de prétendre avant l'épuisement des recours internes à la réparation du préjudice distinct subi par l'Etat à la suite de dommages causés à des personnes en raison de leur appartenance à une nationalité déterminée.

<sup>179</sup> Il était difficile, dans ces cas, à l'Etat défendeur lui-même de contester sérieusement le défaut d'efficacité des recours utilisables. Voir Gaja, *op. cit.*, p. 79, sur la possibilité d'expliquer les rares manifestations de la pratique autrement que par la reconnaissance d'une prétendue exception.

<sup>176</sup> Voir par. 7.

38) La seconde des deux hypothèses mentionnées au paragraphe précédent concerne les cas où la lésion causée aux droits de particuliers étrangers se serait produite en dehors du territoire de l'Etat ou au préjudice de personnes n'ayant pas leur résidence dans cet Etat ou ne lui étant pas liées par un quelconque lien volontaire. En effet, en définissant le principe de l'épuisement des recours internes, on se réfère le plus souvent à des situations préjudiciables s'étant produites sur le territoire de l'Etat à l'encontre d'étrangers. Ces situations sont certainement les plus fréquentes, et c'est ce qui explique la formulation des définitions en question. On peut cependant se demander s'il serait légitime d'en déduire sans autre que l'application du principe de l'épuisement des recours internes serait exclue en cas de préjudices causés par un Etat à des particuliers étrangers hors de son territoire. Dans la pratique des Etats et dans la jurisprudence internationale, on ne relève pas de prises de position explicites concernant l'applicabilité ou la non-applicabilité de la condition de l'épuisement des recours internes à des hypothèses où le préjudice a été causé à des particuliers étrangers ou à leurs biens en dehors du territoire de l'Etat — en haute mer par exemple<sup>180</sup>. Dans les écrits juridiques, quelques auteurs se sont exprimés contre l'applicabilité du principe de l'épuisement des recours internes en cas de préjudices causés par les organes d'un Etat à des étrangers ou à leurs biens en dehors du territoire de cet Etat<sup>181</sup>. Les projets de codification dont la portée n'était pas limitée préalablement à la responsabilité internationale pour dommages causés par l'Etat sur son territoire à des particuliers étrangers ou à leurs biens ne contiennent pas de clauses

d'après lesquelles l'application du principe serait exclue lorsque les dommages infligés à ces particuliers ont été causés en dehors des limites du territoire de l'Etat auteur de l'infraction.

39) Un critère pour décider si le principe de l'épuisement des recours internes doit ou ne doit pas trouver application dans les cas de préjudice causé par un Etat à la personne ou aux biens de particuliers étrangers en dehors du territoire de l'Etat pourrait être de faire dépendre cette décision de l'existence ou non, dans de tels cas, de moyens de recours efficaces à la disposition desdits particuliers. Il est parfois difficile, en effet, qu'un étranger lésé dispose de tels moyens lorsque le préjudice causé à ses biens s'est produit en dehors du territoire de l'Etat auteur des mesures préjudiciables. Dans certaines des décisions prises à l'égard de situations concrètes, qui ont pu paraître basées sur l'idée de la non-applicabilité du principe de l'épuisement des recours internes en cas de préjudices causés en dehors du territoire de l'Etat, l'aspect décisif semble avoir été, en réalité, celui du caractère plus ou moins efficace qu'avaient en l'espèce les recours internes et, surtout, de la « disponibilité » ou de la non-disponibilité de ces recours pour les personnes intéressées. Cependant, la question semble se présenter autrement là où des moyens de recours internes existent et où leur utilisation est effectivement à la disposition des intéressés. Dans une situation de ce genre, il ne semble pas qu'il y ait une raison de principe s'opposant réellement à ce que l'Etat puisse s'acquitter de son obligation en adoptant, sur recours des intéressés en question, les mesures nécessaires pour corriger la situation engendrée par un premier comportement de ses organes pour la seule raison que ce premier comportement aurait été adopté à l'extérieur de ses frontières étatiques. Même en ne prêtant au principe de l'épuisement des recours internes que la valeur d'une règle purement « technique », on peut légitimement se demander si le lieu où se trouvaient les biens du particulier lors du préjudice subi devrait avoir une importance décisive pour déterminer si l'Etat d'appartenance de ce particulier est ou non tenu d'attendre que ce dernier ait utilisé les moyens de recours internes avant de pouvoir intervenir lui-même au titre de la protection diplomatique.

40) La Commission a longuement considéré cet aspect, et certains de ses membres ont proposé d'insérer dans le texte de l'article 22 les mots « dans le cadre de sa juridiction » après les termes « une obligation internationale concernant le traitement à réserver ». En effet, sans comporter une limitation trop rigide, l'insertion de ces mots pourrait avoir pour effet d'éviter l'application du principe dans le cas où l'Etat commettrait une action outrepassant les limites de sa compétence, territoriale ou autre. D'autres membres de la Commission ont cependant souligné les problèmes fort délicats d'interprétation que l'adoption du mot « juridiction » pourrait soulever. Dans ces conditions, la Commission a préféré renoncer, pour le moment du moins, à l'insertion envisagée et laisser à la pratique des Etats le soin de résoudre d'après les meilleurs critères le problème de l'applicabilité du principe de l'épuisement des recours internes à des cas de préjudices causés par un Etat à des étrangers en dehors de son territoire ou à des cas analogues.

<sup>180</sup> Dans les cas de saisie de navires en haute mer, et en particulier de bateaux de pêche privés, l'Etat du pavillon a parfois exigé sans délai la remise du bateau ou le dédommagement. C'est ce qui s'est passé dans l'Affaire du S.S. *Im Alone* entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique, jugée en 1933 par un tribunal arbitral (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III [op. cit.], p. 1609 et suiv.). Toutefois, dans d'autres cas, l'Etat du pavillon n'a pas voulu intervenir immédiatement (voir cas cités par Law, op. cit., p. 103 et suiv., et par Gaja, op. cit., p. 90 et suiv.). En matière de prises, la pratique semble étayer l'idée de l'applicabilité du principe de l'épuisement des recours internes (v. Reuter, loc. cit., p. 161 et suiv., et Gaja, op. cit., p. 91, note 17). Dans les cas d'avions abattus en haute mer, on a souvent requis et souvent obtenu une réparation sans qu'il y ait eu épuisement préalable des recours internes, mais c'était dans le cadre de solutions amiables. De plus, le caractère privé des avions abattus était souvent sujet à caution. En matière de dommages causés à des particuliers étrangers sur le territoire d'autrui, on cite parfois l'Affaire de la Consolidated Mining and Smelting Company at Trail, British Columbia (« Trail Smelter Case ») [Etats-Unis d'Amérique c. Canada : sentence du tribunal arbitral dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (op. cit.), p. 1907 et suiv.], dans laquelle la fumée d'une fonderie située au Canada avait causé des dommages en territoire américain. L'obligation internationale dont on faisait valoir la violation était toutefois celle du respect du territoire d'un autre Etat plutôt que celle qui avait trait au traitement réservé à des particuliers étrangers. Il faut enfin rappeler que, dans bien des cas, la non-application du principe de l'épuisement des recours internes n'était due qu'à l'inexistence, en l'espèce, de recours réellement ouverts aux intéressés.

<sup>181</sup> Voir p. ex. C. Parry, « Some considerations upon the protection of individuals in international law », *Recueil des cours...* 1956-II, Leyde, Sijthoff, 1957, t. 90, p. 688; T. Meron, « The incidence of the rule of exhaustion of local remedies », *The British Year Book of International Law*, 1959, Londres, vol. 35, p. 98; Law, op. cit., p. 104; C.F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 185 et suiv.

41) Parmi ces cas analogues, il y a lieu précisément de mentionner celui des préjudices causés à des étrangers qui ne résident pas sur le territoire de l'Etat auteur de ces préjudices. Là aussi, l'applicabilité du principe de l'épuisement des recours internes est rattachée à un élément territorial qui, au fond, n'a pas de lien direct avec la *ratio* du principe. La thèse selon laquelle le principe en question serait inapplicable au cas de préjudices causés à des étrangers non résidents a été soutenue dans la pratique par le Gouvernement français dans l'*Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, afin de libérer les ressortissants français porteurs de titres norvégiens mais résidant en France de l'utilisation des recours prévus par l'ordre juridique norvégien<sup>182</sup>. Le Gouvernement norvégien contesta vivement une telle façon de voir, et affirma que la limitation prêtée à la règle par le Gouvernement français ne trouvait aucun précédent dans la pratique<sup>183</sup>. La Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question<sup>184</sup>. Dans d'autres cas concrets bien connus, l'exigence de l'épuisement des recours internes a été appliquée à des cas de préjudices causés à des étrangers non résidents. Par exemple, dans l'*Affaire des navires finlandais* et dans l'*Affaire Amatielos*, les particuliers lésés ne résidaient pas dans le territoire de l'Etat auteur du préjudice allégué. Pourtant, les gouvernements demandeurs, la Finlande dans le premier cas et la Grèce dans le second, n'invoquèrent ni l'un ni l'autre cette circonstance pour faire valoir sur cette base l'inapplicabilité du principe. D'autre part, l'article 4 du projet adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence de La Haye de 1930<sup>185</sup> ne fait aucune distinction entre étrangers résidents et étrangers non résidents. Il en va de même pour tous les autres projets de codification adoptés sous les auspices d'organisations internationales et pour les projets d'origine privée. Enfin, la plupart des auteurs rejettent l'idée d'une distinction sur la base indiquée<sup>186</sup>. Il convient de noter que la non-

applicabilité généralisée du principe aux étrangers non résidents laisserait en dehors de son domaine d'application bon nombre d'hypothèses de nationalisation de bien: d'étrangers ou de préjudices causés à des investissements d'étrangers pour la seule raison que ces étrangers ne résideraient pas dans le pays.

42) L'idée d'une exception qui n'exempterait de l'application de la condition de l'épuisement des recours internes que les étrangers n'étant pas liés à l'Etat dont les recours devraient être utilisés par un quelconque lien volontaire est très proche, par son esprit, de l'idée d'une exception concernant le cas d'étrangers non résidents, mais elle est plus restrictive dans ses prévisions et se présente donc comme moins susceptible de conséquences préjudiciables. Cette idée a été développée devant la CIJ par le Gouvernement israélien à propos des préjudices causés à des ressortissants israéliens par la D.C.A. bulgare, qui avait abattu un avion civil israélien se trouvant avoir pénétré par erreur dans l'espace aérien bulgare<sup>187</sup>. Le Gouvernement bulgare contesta l'existence de cette limitation<sup>188</sup>. Les Etats-Unis d'Amérique, dont des ressortissants avaient également été lésés par l'action des autorités bulgares, firent valoir la non-applicabilité du principe en l'espèce, sans toutefois invoquer l'exception avancée par le Gouvernement israélien<sup>189</sup>. La Cour n'eut pas l'occasion de se prononcer sur cette question, mais l'idée de l'introduction de cette exception a ensuite trouvé quelques partisans parmi les auteurs<sup>190</sup>. C'est en ayant aussi présents à l'esprit les cas particuliers de préjudices causés à des étrangers en simple transit, terrestre ou aérien, par le territoire d'un Etat, ou amenés sur ce territoire contre leur volonté, que certains membres de la Commission ont proposé, comme on l'a rapporté<sup>191</sup>, d'insérer dans le texte de l'article 22 la limitation exprimée par les termes « dans le cadre de sa juridiction ». Toutefois, pour

<sup>182</sup> On lit en effet dans la réplique du Gouvernement français du 20 février 1957 que

« Si la règle actuellement examinée est quelquefois formulée par les termes *épuisement préalable des recours internes*, elle l'est également et peut-être plus souvent par les termes *épuisement des recours locaux, local redress*, etc. [...], qui indiquent une nuance qui touche au fond même de cette règle, à sa justification.

« [...] la seule explication de la règle réside dans l'exigence qu'un étranger qui se trouve en litige avec l'Etat sous la souveraineté duquel il a voulu vivre ne puisse provoquer le transfert de son affaire sur le plan international sans avoir épuisé au préalable tous les moyens de la régler par les voies locales. » (*C.I.J. Mémoires, Certains emprunts norvégiens*, vol. I, p. 408.)

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 452 et suiv.

<sup>184</sup> Dans son opinion dissidente, le juge Read observa cependant que « La France n'a pas invoqué de précédent persuasif sur cette limitation du champ d'application de la règle : l'ensemble des précédents est en réalité dans l'autre sens. » (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 97.)

<sup>185</sup> SDN, *Actes de la Conférence...* (*op. cit.*), p. 237. Texte reproduit dans *Annuaire...* 1956, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3.

<sup>186</sup> Fait exception D. R. Mummery, « The content of the duty to exhaust local judicial remedies », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 58, n° 2 (avril 1964), p. 390 et suiv., qui considère le principe applicable au cas d'étrangers résidents ou à celui d'étrangers non résidents mais ayant leurs biens sur le territoire de l'Etat mis en cause. Pour D.P. O'Connell (*International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1970, vol. II, p. 950 et

suiv.), le principe ne s'appliquerait pas si l'étranger se trouvait en dehors de la juridiction de l'Etat. Sont très nettement contre toute idée de limitations de ce genre A.D. McNair (*International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol. II, p. 219), et Gaja (*op. cit.*, p. 87 et suiv.).

<sup>187</sup> Dans son exposé oral, l'agent du Gouvernement israélien s'exprime ainsi :

« Il existe un certain nombre de restrictions importantes à l'application de cette règle. A mon avis, [...] il est essentiel, pour que la règle soit applicable, qu'un lien existe entre le particulier lésé et l'Etat dont les actes sont en cause. Je pense que tous les précédents montrent que la règle ne s'applique que lorsque l'étranger [...] a créé un rapport volontaire, conscient et délibéré entre lui-même et l'Etat étranger dont les actes sont en cause. Tous les précédents se rapportent à des cas où un lien de cette nature a été établi, par exemple du fait de la résidence dans cet Etat, d'activités commerciales que l'intéressé y exerce ou de biens qu'il y possède [...] ou parce qu'il a un lien contractuel avec le gouvernement de cet Etat, comme dans les cas où il s'agit de porteurs de bons étrangers; et l'on pourrait certainement citer d'autres cas encore. » (*C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 531 et suiv.) [Tr. du Secrétariat.]

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 565.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 301, 326 et suiv.

<sup>190</sup> Meron (*loc. cit.*, p. 94 et suiv.), Jiménez de Aréchaga (*loc. cit.*, p. 583), Chappaz (*op. cit.*, p. 48 et suiv.) se sont prononcés dans ce sens. Law (*op. cit.*, p. 104) lie l'exception pronée au cas d'absence de soumission volontaire de l'étranger à la loi et à la juridiction locales. *Contra*, Gaja, *op. cit.*, p. 89.

<sup>191</sup> Voir ci-dessus par. 40.

les raisons déjà indiquées, la Commission a finalement préféré renoncer à cette insertion et laisser à la pratique le soin de décider dans les hypothèses comme celles qui ont été évoquées dans le présent paragraphe.

43) Comme il a été signalé ci-dessus<sup>192</sup>, il faut également examiner si une extension du domaine traditionnel dans lequel le principe de l'épuisement des recours internes s'est formé ne s'est pas produite dans le droit international actuel. On doit en effet se demander si l'on ne devrait pas appliquer aujourd'hui à d'autres secteurs d'obligations internationales aussi la condition requérant que les personnes intéressées à l'exécution par l'Etat d'obligations internationales les concernant utilisent et épuisent les moyens disponibles de recours interne avant que l'on puisse mettre à la charge de l'Etat la violation accomplie de l'une de ces obligations et conclure ainsi à l'existence d'une responsabilité internationale de cet Etat et à la possibilité de la faire valoir. Il va sans dire qu'il ne saurait être question d'une extension de l'applicabilité du principe à des cas de préjudice subis par des personnes agissant dans le pays en qualité d'organes de leur Etat d'appartenance. Cette mise au point s'impose cependant parce qu'il a été parfois prétendu que la condition de l'épuisement des recours internes n'était pas applicable aux personnes étrangères qui jouissent dans le pays d'une « protection internationale spéciale ». La résolution de 1956 de l'Institut de droit international prévoyait, par exemple, que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'appliquerait pas « au cas où l'acte dommageable a atteint une personne jouissant d'une protection internationale spéciale<sup>193</sup> ». De telles expressions risquent d'induire en erreur, car elles pourraient faire croire à une sorte d'exception faite à une application autrement normale du principe et due au fait que certains étrangers — dont les agents diplomatiques, les agents consulaires, les chefs d'Etat — bénéficient sur le territoire du pays d'une protection plus grande que celle des personnes étrangères en général. Or, en réalité, le principe dit de l'épuisement des recours internes s'est affirmé en droit international général parallèlement à la formation d'obligations internationales prévoyant le traitement à réserver par l'Etat à des personnes physiques ou morales étrangères. C'est eu égard à l'objet spécifique de ces obligations, au fait que des personnes privées sont prévues comme les bénéficiaires de leur exécution, qu'il a paru normal que ces mêmes personnes aient à mettre en mouvement les rouages qui permettront à l'Etat de remédier, le cas échéant, aux éventuelles conséquences négatives du comportement initial de ses organes et d'assurer encore ainsi le résultat dont ce comportement initial risquait de compromettre la réalisation.

44) En d'autres termes, la condition de l'épuisement des recours internes n'a de sens qu'en ce qui concerne l'exécution ou la violation d'obligations concernant le traitement à réserver à des particuliers. Les chefs d'Etat étrangers, les agents diplomatiques, les agents consulaires, les membres de missions spéciales d'un Etat étranger, etc.,

ne sont pas des particuliers étrangers : ils sont des organes étatiques, ils sont l'Etat étranger lui-même. Leur cas reste donc en dehors des hypothèses d'application possible du principe de l'épuisement des recours internes<sup>194</sup>. S'ils sont victimes d'un préjudice qui les atteint dans leur sphère officielle, il n'est pas question de leur demander d'utiliser des voies de recours internes. Par contre, l'utilisation de ces voies de recours n'est pas exclue, du moins sous certaines conditions, dans le cas particulier où les personnes en question se plaindraient d'une action étatique contraire à une obligation internationale qui les aurait atteintes dans leur sphère privée en tant que simples particuliers<sup>195</sup>. Sur ce point déterminé aussi, cependant, la Commission a été d'accord pour ne pas inclure dans le texte de l'article 22 des dispositions spéciales et pour laisser la solution à adopter se dessiner plus clairement d'elle-même dans la pratique de la vie internationale.

45) Une extension du domaine traditionnel d'application du principe de l'épuisement des recours internes peut résulter automatiquement de la participation croissante du capital public dans des sociétés privées. Il est utile d'avoir cette évolution présente à l'esprit quand on définit le cadre des situations concrètes dans lesquelles l'utilisation des recours internes doit entrer en ligne de compte. Le fait que l'exigence de cette utilisation se soit affirmée en relation avec les obligations internationales touchant le traitement à réserver par l'Etat à des particuliers étrangers ne doit pas amener, dans ce contexte, à donner aujourd'hui au terme « particulier » la même acception qu'il y a un siècle. Une société étrangère à participation partielle ou même prépondérante de capital public est tenue, dans certaines conditions, d'utiliser les recours internes tout comme une société à participation actionnaire purement privée. La présence d'une participation de capital public n'a d'ailleurs jamais été invoquée pour exclure l'applicabilité du principe de l'épuisement des recours internes à une personne morale donnée. Le Gouvernement britannique, par exemple, ne l'a pas fait dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* Et dans le

<sup>194</sup> Il en va de même pour d'autres organes d'un Etat appelés à remplir des fonctions sur le territoire d'un autre Etat, ou pour des organes de sujets de droit international autres que les Etats, tels le Saint-Siège ou des organisations internationales. A ce propos, il est intéressant de noter l'opinion individuelle donnée par le juge Azevedo en relation avec l'avis consultatif sur l'*Affaire de la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* :

« S'il s'agit de fonctionnaires ou d'experts nommés directement par l'Organisation des Nations Unies, [...] l'Organisation [...] pourra présenter la réclamation sans avoir besoin d'invoquer un déni de justice ni même d'établir l'épuisement préalable des voies de recours internes. » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 195.)

<sup>195</sup> Imaginons qu'un diplomate étranger possède dans le pays accréditaire une propriété privée, une maison de campagne, par exemple, qu'il aurait achetée pour s'y retirer un jour ou pour son profit personnel. Et supposons qu'il soit victime d'un acte de confiscation commis par une autorité du lieu contrairement aux provisions d'un traité requérant le respect de la propriété immobilière des nationaux de son pays. Il lui faudra manifestement utiliser les voies de recours internes avant qu'on ne puisse conclure à l'existence d'une responsabilité internationale de l'Etat accréditaire et à la possibilité d'agir en conséquence. On ne saurait invoquer en l'occurrence le fait que l'agent diplomatique jouit d'une exemption totale de la juridiction locale. Cette exemption interdit que le diplomate ait à comparaître devant les tribunaux en tant que défendeur, mais ne l'empêche nullement d'avoir recours à eux en tant que demandeur.

<sup>192</sup> Voir par. 36.

<sup>193</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international, 1956*, Bâle, vol. 46, p. 358.

différend relatif à l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*, le Conseil du Gouvernement bulgare a observé, à l'appui de l'applicabilité du principe dans le cas d'espèce :

Et quand bien même on ferait la preuve que la compagnie El Al est une compagnie [...] dont l'Etat d'Israël posséderait l'immense majorité des actions, je dirais que cela ne change rien à l'affaire <sup>196</sup>.

Pour ce qui est des personnes morales étrangères dont le caractère public serait prédominant, sinon exclusif, l'aspect essentiel à retenir paraît devoir être, à ce sujet, non pas le caractère plus ou moins public que la personne morale se voit attribuer dans son ordre juridique d'appartenance, mais le fait que son activité sur le territoire de l'Etat étranger se déploie dans les mêmes domaines que ceux dans lesquels se déroulent habituellement les activités des personnes morales privées <sup>197</sup>.

46) Il reste la question de l'extension éventuelle du champ d'application du principe de l'épuisement des recours internes du domaine traditionnel du traitement à réserver à des particuliers étrangers au domaine du traitement qu'un Etat s'engage à réserver à des particuliers *nationaux*. Le problème est relativement récent, car il y a peu de temps que les Etats ont admis que le droit international leur imposait des devoirs à ce sujet, et ils ne l'ont fait jusqu'ici que dans une mesure limitée. Les principales conventions relatives à la protection des droits de l'homme prévoient, toujours expressément, la condition de l'épuisement préalable des recours internes par les personnes intéressées <sup>198</sup>. Cela se comprend, car les Etats, déjà peu enclins à admettre des interventions fréquentes de la part d'autres Etats quand ces interventions se font au titre de la protection de sujets de ceux-ci, sont naturellement encore plus réticents quand ces interventions ont lieu au titre de la protection de leurs propres sujets. Sans écarter nullement l'existence actuelle de quelques règles internationales coutumières en la matière et sans exclure la possibilité vraisemblable que de telles règles aillent en augmentant, force est de conclure qu'aujourd'hui les obligations internationales de l'Etat relatives au traitement de ses propres nationaux sont presque exclusivement de nature conventionnelle et que dans les instruments qui les prévoient on énonce presque toujours expressément la condition de l'épuisement des recours internes par les personnes intéressées. Cela dit, et sans préjuger en rien de l'éventuel développement futur du droit international général, la Commission a estimé qu'au stade actuel il pourrait être prématuré d'étendre en tant que principe général à la détermination de la violation

d'obligations internationales concernant le traitement à réserver à des nationaux la condition énoncée à l'article 22.

d) *Les recours internes doivent être ouverts aux particuliers et être efficaces*

47) Il va sans dire que la condition de l'épuisement des recours internes par les particuliers intéressés présuppose qu'il existe, dans l'ordre juridique interne de l'Etat concerné, des voies de recours ouvertes aux particuliers intéressés <sup>199</sup>. Si la mesure initialement prise par un organe étatique, qu'elle soit législative, administrative, judiciaire ou autre, n'est susceptible d'aucun recours, la possibilité de remédier par d'autres moyens à la situation engendrée par la mesure en question est exclue <sup>200</sup>. Dans une telle hypothèse, la violation par l'Etat de son obligation internationale est dès le début parfaite, et rien ne peut retarder la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité internationale qui en découle. La seule réserve à faire concerne le cas où l'inexistence de recours ouverts au particulier serait due à sa propre négligence — au fait, par exemple, qu'il ait laissé passer les délais prévus pour introduire le recours <sup>201</sup>. Néanmoins, même en pareil cas, il faudra vérifier, par exemple, si les délais pour le recours n'étaient pas excessivement courts, ceci notamment lorsque l'étranger lésé ne réside pas sur le territoire de l'Etat et se trouve ainsi dans l'impossibilité matérielle d'agir à temps. Des situations de ce genre peuvent être assimilées en fait à des cas de véritable absence de recours.

48) On s'accorde généralement à reconnaître en principe qu'il ne suffit pas non plus qu'il existe des voies de recours pour que la condition de leur utilisation par les particuliers intéressés s'impose de façon obligatoire. Cependant, l'accord est moins unanime quant à la détermination des cas dans lesquels il est admissible que cette condition ne soit pas remplie. Les formes de recours varient sensiblement d'un système juridique à l'autre :

<sup>199</sup> Voir ci-dessus art. 21, par. 28 du commentaire, à propos des cas où l'Etat rencontre dans le système de son droit interne un obstacle insurmontable à l'utilisation de la possibilité de s'acquitter encore de son obligation en remédiant *ex post facto* et par un comportement nouveau à une situation incompatible avec le résultat internationalement exigé, créée par son comportement initial. Dans la décision arbitrale relative à l'Affaire *Ambatielos*, la commission a relevé explicitement que « le manque d'efficacité des voies de recours internes peut résulter manifestement du droit interne lui-même. Tel est, par exemple, le cas lorsqu'une cour d'appel n'est pas compétente pour réformer le jugement rendu par un tribunal de première instance sur des questions de fait et lorsque, à défaut de cette réformation, aucun redressement de la situation ne peut être obtenu. Dans ce cas, il est hors de doute que les recours internes ne sont pas efficaces. » La commission a mentionné aussi les cas dans lesquels les recours internes se révéleraient « manifestement futiles » dans le cas d'espèce. (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII [*op. cit.*], p. 119). [Tr. du Secrétariat.]

<sup>200</sup> Voir la constatation faite le 29 mai 1873 par M. Fish, secrétaire d'Etat américain, d'après laquelle « un demandeur dans un Etat étranger n'est pas obligé d'épuiser les recours en justice quand il n'y a pas de recours à épuiser » (J.B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1906, vol. VI, p. 677) [tr. de l'original anglais]. Pour une analyse de la pratique des Etats, de la jurisprudence internationale et des opinions des auteurs sur ce point, voir Gaja, *op. cit.*, p. 123 et suiv., note 29, et p. 85, note 9.

<sup>201</sup> Cet aspect a été approfondi à l'occasion de l'Affaire des navires finlandais.

<sup>196</sup> C.I.J. *Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 569.

<sup>197</sup> Divers auteurs inclinent à penser — avec quelques hésitations, il est vrai — que l'exigence de l'épuisement des recours internes s'étendrait progressivement aux hypothèses de lésions causées à des entités publiques étrangères — Etats y compris — pour autant qu'elles aient agi en l'espèce *jure negotii* ou *gestionis*. Pour des références, voir Gaja, *op. cit.*, p. 83, note 6.

<sup>198</sup> Il en est ainsi dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [pour référence, v. ci-dessus note 24] (art. 26), dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale [*idem*, note 33] (art. 11, par. 3, et art. 14, par. 7, al. a), dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques [résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale, annexe] (art. 41, par. 1, al. c) et dans le protocole facultatif s'y rapportant [*ibid.*] (art. 5, par. 2, al. b).

le droit international ne peut donc que donner une indication de principe, qui doit être adaptée dans chaque cas d'espèce. Il faut en tout cas toujours avoir présente à l'esprit la véritable raison d'être du principe de l'épuisement des recours internes : *permettre à l'Etat d'éviter la violation d'une obligation internationale en remédiant, par un comportement ultérieur adopté à l'initiative des particuliers intéressés, aux conséquences d'un premier comportement contraire au résultat requis par l'obligation*. Du point de vue de la personne à laquelle il revient de prendre l'initiative en question, il paraît évident que l'action à suivre concerne toutes les voies qui offrent une *perspective réelle* d'arriver encore au résultat originairement visé par l'obligation internationale, ou, si cela est vraiment devenu impossible, à un résultat équivalent. Mais il paraît tout aussi évident que seules les voies offrant cette possibilité doivent être utilisées. La conclusion générale requérant 1<sup>o</sup> l'efficacité des recours utilisables, 2<sup>o</sup> leur *disponibilité effective* dans le cas d'espèce, en résume l'idée <sup>202</sup>.

49) Il en découle, du point de vue positif : a) que toutes les formes de recours disponibles et capables de remédier à la situation incriminée doivent être utilisées, qu'il s'agisse de recours juridictionnels ou administratifs, ordinaires ou extraordinaires, de premier, de second ou de troisième degré; b) que de façon générale tous les motifs de droit idoines en vue d'obtenir une décision favorable doivent être utilisés. Il en va de même pour les moyens de procédure et autres remèdes formels <sup>203</sup>. En un mot, le requérant doit montrer qu'il veut gagner la partie, et non pas seulement introduire un recours pour satisfaire à la condition d'avoir épuisé du point de vue formel les recours internes. Il doit prouver son intention réelle de créer les prémisses d'une action de l'Etat sur le plan international. Il est à souligner que si le particulier omet volontairement de faire valoir au cours du procès interne un argument essentiel susceptible de lui assurer gain de cause et que cette omission volontaire ressort plus tard lors de l'utilisation de l'argument devant un juge international, le particulier encourt le risque que ce juge en tire la conclusion que la condition de l'épuisement des recours internes n'a pas été dûment remplie.

<sup>202</sup> Les recours à la plus haute instance judiciaire (cour de cassation, tribunal suprême) sont évidemment inclus et, avec eux, les types spéciaux de recours, tels les recours en révision, les recours contre les juges, et le recours à une cour constitutionnelle là où celle-ci existe et où l'accès en est ouvert aux particuliers. Un point douteux reste celui des recours dits « gracieux », non fondés sur une réclamation juridique précise. Il en fut question dans l'Affaire des phosphates du Maroc. Il va de soi que l'exigence générale que les recours disponibles soient « efficaces » doit se doubler de celle que ces recours soient effectivement disponibles et utilisables. L'empêchement d'utiliser des recours internes peut, en effet, provenir d'une situation objective (résidence du particulier lésé en un lieu éloigné du territoire de l'Etat; absence de lien volontaire avec l'Etat; etc.) rendant en fait impossible que ce particulier se serve desdits recours, et non pas d'un défaut intrinsèque du système de recours existant.

<sup>203</sup> La question de l'utilisation de tous les moyens de procédure a été surtout débattue dans l'Affaire *Ambatielos* (v. Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII [op. cit.], p. 119 et 120). La commission arbitrale fit sien le point de vue du Gouvernement du Royaume-Uni d'après lequel le plaignant doit avoir utilisé tous les moyens de procédure prévus par le système local pour la convocation des témoins, la réunion de la documentation, etc. La commission souligna cependant que ce critère ne pouvait pas être considéré comme d'application absolue.

50) Il en découle également, du point de vue négatif : a) qu'une voie de recours ne doit être utilisée que si elle offre des perspectives réelles de succès, même si elles sont incertaines (Autrement dit, on ne peut pas obliger le particulier à perdre son temps à attaquer devant une juridiction interne une mesure étatique qui est en fait définitive. Il ne peut pas être tenu d'utiliser un recours qui ne serait qu'une pure formalité, comme par exemple quand il est évident au départ que le droit que le juge devra appliquer ne peut qu'amener le rejet du recours : recours contre une mesure conforme à une loi qui n'est pas susceptible d'invalidation; juge obligatoirement lié par une sentence précédente rejetant un recours analogue ou par une jurisprudence défavorable bien établie; partialité prouvée des juges, etc.); b) qu'une voie de recours ne doit être utilisée que si le succès auquel elle peut aboutir n'est pas à son tour un succès purement formel, mais qu'il peut effectivement se traduire, soit par la réalisation du résultat originairement requis par l'obligation internationale, soit, si cela n'est plus possible, par la réalisation d'un résultat de rechange réellement équivalent <sup>204</sup>.

51) L'utilisation jusqu'à épuisement des voies de recours internes disponibles peut se révéler fructueuse là où elle se produit et amener donc à l'acceptation du recours présenté par le particulier. Elle peut par contre se révéler infructueuse et aboutir au rejet du recours. Si le recours est accepté, l'effet d'une telle acceptation se traduit par la réalisation du résultat requis par l'obligation internationale ou, le cas échéant, par la réalisation d'un autre résultat, équivalent au premier, sur le plan économique notamment. Si le recours est rejeté, la violation de l'obligation amorcée par le comportement étatique contre lequel le recours a été interjeté est en conséquence parachevée par le rejet intervenu, et une responsabilité internationale naît donc à la charge de l'Etat. Une acceptation purement apparente du recours — qui par exemple n'aboutirait pas à la réalisation du résultat internationalement requis dans un cas où celui-ci est encore réalisable, ou qui amènerait la réalisation d'un résultat de rechange non équivalent — équivaldrait manifestement à un rejet.

#### e) Conclusions

52) Compte tenu de toutes les considérations qui précèdent, la Commission estime que le principe qui pose la condition de l'épuisement des recours internes est un principe bien établi du droit international général, prin-

<sup>204</sup> Si le résultat requis par l'obligation internationale est en fait encore réalisable, il ne semble pas que les particuliers intéressés puissent être forcés de se contenter d'un résultat équivalent, autrement dit d'une réparation à la place d'une restitution. Ce point a été discuté dans l'Affaire des phosphates du Maroc, sans que toutefois la Cour ait à se prononcer là-dessus. Au cas où le résultat internationalement requis serait devenu en fait irréalisable, il est évident que le particulier ne peut être tenu d'utiliser un recours que si ce dernier offre des perspectives de lui assurer tout au moins un dédommagement adéquat. Rentrent dans ce domaine les hypothèses de justice excessivement lente ou excessivement coûteuse par rapport aux perspectives du dédommagement à obtenir. Ces aspects ont été traités dans l'Affaire des navires finlandais et dans l'Affaire *Ambatielos*.

cipe qui trouve sa place dans le chapitre du projet consacré à l'analyse de l'élément objectif du fait internationalement illicite, à savoir à la solution des diverses questions relatives à la détermination de la violation d'une obligation internationale. Bien entendu, il ne s'agit point de traiter dans un tel contexte certains aspects techniques ou de procédure que ce principe présente évidemment aussi, ni, moins encore, de nier, par la formulation de la condition de fond énoncée en premier lieu par le principe, l'incidence parallèle du principe lui-même sur les procédures diplomatiques ou judiciaires internationales relatives à la « mise en œuvre » de la responsabilité internationale, qui feront l'objet d'un examen dans le cadre de la troisième partie du projet. D'autre part, la prise en considération du principe de l'épuisement des recours internes dans ses divers aspects ne doit pas s'étendre au-delà de l'objet même du projet d'articles en cours d'élaboration, à savoir la codification des règles générales qui régissent la responsabilité internationale des Etats pour faits internationalement illicites. En d'autres termes, il faut éviter à tout prix, pour les raisons maintes fois rappelées par la Commission, que la considération dans le projet du principe de l'épuisement des recours internes et de ses différents aspects ne débouche sur l'examen du contenu des règles « primaires » du droit international telles que, par exemple, celles qui ont trait au traitement des étrangers, dont l'effort de définition a été fatal aux anciennes tentatives de codification en matière de responsabilité internationale.

53) La prise en considération du principe de l'épuisement des recours internes s'impose ici notamment parce que, dans le vaste cadre des obligations internationales qui requièrent de l'Etat, non pas l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé (art. 20), mais la réalisation d'un résultat déterminé (art. 21), il convient de distinguer une catégorie spéciale d'obligations : celles qui visent spécifiquement à obtenir que, dans le cadre intérieur de l'Etat, un traitement donné soit assuré à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, et à leurs biens. Par le fait même de cette caractérisation, une condition supplémentaire doit s'ajouter, comme on l'a déjà noté, aux autres conditions normalement requises pour pouvoir constater l'exécution ou la violation d'une obligation « de résultat ». La raison d'être de cette condition supplémentaire est que les obligations internationales rentrant dans la catégorie spéciale mentionnée ont pour but et objet de faire en sorte que l'Etat assure dans son cadre interne une situation déterminée à des particuliers — à des sujets de droit interne. Ce sont ces particuliers qui sont les bénéficiaires prévus par ces obligations internationales, et la situation qui les protège doit se dérouler sur le plan du droit interne de l'Etat dans lequel ils agissent.

54) On comprend aisément l'incidence de ces considérations sur ce qui a trait à l'exécution de cette catégorie spéciale d'obligations internationales et, par conséquent, à leur violation éventuelle. Comme il a été dit dès le début du présent commentaire, la collaboration des particuliers intéressés s'impose nécessairement pour qu'ils puissent bénéficier du traitement internationalement prévu à leur égard : collaboration tout d'abord pour demander que ce traitement soit appliqué à leur cas spécifique, ensuite

pour obtenir que ce traitement leur soit encore réservé en remédiant, si nécessaire, aux éventuelles conséquences négatives d'un premier comportement de l'Etat. Le principe posant la condition de l'épuisement des recours internes a pour but d'énoncer ce qui est primordial, à savoir qu'il ne saurait y avoir de violation ou, du moins, de violation définitive d'une obligation internationale de la catégorie ici considérée tant que les particuliers qui se plaignent d'avoir été mis dans une situation incompatible avec le résultat requis par l'obligation internationale n'ont pas essayé de faire redresser une telle situation en recourant aux moyens de droit interne de l'Etat obligé susceptibles d'assurer encore le résultat internationalement exigé de ce dernier. C'est en définitive à la lumière du principe de l'épuisement des recours internes que, dans les cas ici envisagés, il sera possible de conclure si l'Etat a exécuté l'obligation qui lui incombait ou si, par contre, il l'a violée en manquant définitivement à la réalisation du résultat internationalement requis par elle<sup>205</sup>. Il va de soi que cette constatation n'est qu'un cas d'application aux obligations internationales ici envisagées du principe fondamental concernant la détermination de la violation des obligations « de résultat » énoncé au paragraphe 2 de l'article 21 du projet.

55) Certes, et la Commission est la première à le reconnaître, il n'y a pas que des avantages dans le fait que le droit international général exige des particuliers lésés par l'action ou l'omission d'un organe étatique qu'ils cherchent à faire redresser la situation dommageable pour eux en provoquant, par un recours à des instances internes, un nouveau comportement, correctif du premier. Il n'y a pas que des avantages dans le fait qu'une très grande partie des obligations internationales concernant le traitement à réserver à des particuliers permettent en définitive à l'Etat de réaliser par étapes le résultat requis de lui. Et il n'y a pas non plus que des avantages dans le fait que ces obligations admettent qu'on ne prenne pas en considération, aux fins de l'établissement d'une responsabilité internationale, des comportements allant à l'encontre du résultat internationalement requis pourvu que ce dernier soit finalement assuré par des comportements ultérieurs. C'est précisément en raison de tous les désavantages pratiques que cela entraîne inévitablement que différentes conventions écartent expressément l'application à certains domaines du principe de l'épuisement des recours internes. Et c'est également pour éviter les atermoiements et les retards que le principe peut causer tant dans le redressement de situa-

<sup>205</sup> Par exemple, si un particulier qui à l'origine ne se plaignait que de la violation à son égard d'une loi interne introduit un recours auprès d'un tribunal de première instance et qu'il soit débouté dans des conditions contraaires aux exigences du droit international en matière d'administration de la justice à l'égard des étrangers, un tel fait ne provoque pas encore la naissance d'une responsabilité internationale : le fait internationalement illicite se résumant par le terme « déni de justice » n'est considéré comme consommé que lorsque les instances judiciaires des degrés supérieurs se sont successivement prononcées et ont confirmé le comportement du tribunal de première instance. Cela signifie que même après que, dans le cas d'espèce, un comportement a été adopté en contradiction avec ce qui était requis par une obligation internationale, une violation parfaite de cette obligation ne se réalise qu'après l'utilisation et l'épuisement par le particulier intéressé des recours internes disponibles contre ce comportement.

tions incompatibles avec le résultat visé par une obligation internationale que dans la constatation d'une violation définitivement accomplie de cette obligation que l'on a envisagé et mis en fonction des *systèmes de remplacement*. On peut considérer comme tels les accords de compensation globale à propos des différends touchant à certaines nationalisations de biens étrangers, ou encore l'insertion dans les contrats entre Etats et compagnies privées étrangères de clauses arbitrales devant remplacer les recours à des tribunaux internes. Toutefois, il n'y a pas là, de l'avis de la Commission, de quoi prouver que les Etats seraient disposés aujourd'hui, eu égard au développement progressif du droit international, à renoncer au principe de l'épuisement des recours internes ou à en réduire fortement la portée.

56) Les pays investisseurs, bien sûr, font preuve d'une conscience croissante des répercussions sur les intérêts de la communauté nationale tout entière des atteintes portées aux intérêts de leurs ressortissants opérant sur terre étrangère. Ils voudraient par conséquent être libres d'introduire à leur gré des réclamations internationales, indépendamment du fait que les particuliers directement lésés aient épuisé les recours internes disponibles ou aient fait preuve de négligence à ce sujet. Les tenants de l'idée d'une protection plus directe, plus rapide et plus efficace des droits de l'homme voient à leur tour dans le principe de l'épuisement des recours internes une entrave à l'évolution qu'ils souhaitent. En même temps, l'exigence de l'épuisement des recours internes par les particuliers directement affectés par des mesures d'un organe de l'Etat dans lequel ils résident et où ils exercent leur activité constitue depuis toujours une sauvegarde invoquée par les pays d'investissement contre une tendance à élargir outre mesure les obligations relatives au traitement des personnes physiques et morales étrangères. Dans cette exigence, lesdits pays voient une protection contre la facilité excessive avec laquelle on a traditionnellement essayé de porter sur le plan des relations internationales des différends qui souvent n'avaient leur place que sur le plan interne. Les tendances des pays en développement iraient donc vers un renforcement, dans le cadre du droit international général, du principe de l'épuisement des recours internes plutôt que vers son affaiblissement. Ajoutons que les esprits les plus attentifs aux problèmes de notre époque et aux difficultés de leur solution se rendent compte que le respect de cette condition essentielle pourra vraisemblablement être la meilleure garantie de la réalisation de substantiels progrès ultérieurs dans l'acceptation de nouvelles obligations en matière de droits de l'homme. Dans ces conditions, la Commission, dans son ensemble, croit donc — nonobstant les réserves faites par certains de ses membres sur tel ou tel aspect des modalités d'application du principe, de son étendue ou de ses effets — qu'il serait peu avisé de toucher à l'actuelle portée générale du principe, au nom d'un développement progressif du droit international qui pourrait apparaître à d'autres comme une régression dans les garanties de l'égalité souveraineté de tous les Etats.

57) Cela dit, il convient de rappeler, comme il a été indiqué dans le commentaire de l'article 21, qu'il y a tout de même des cas où la violation d'une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des parti-

culiers étrangers se produit d'une façon pour ainsi dire « immédiate », et où il ne saurait être question d'épuisement de recours internes par les particuliers intéressés avant que la violation ne puisse être constatée. Il s'agit avant tout des cas où l'obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers est une obligation « de comportement », et non pas « de résultat ». Si, par exemple, l'obligation internationale exige spécifiquement que l'Etat adopte une loi touchant à une matière intéressant la condition de certains étrangers sur son territoire, la simple non-adoption de cette loi représente en tant que telle la violation de l'obligation. De même, si l'obligation mise à la charge d'un Etat par un traité prévoit qu'une mesure soit prise en faveur d'un ressortissant d'un Etat cocontractant par la police de frontière, le seul fait que cette mesure ait été omise constitue une violation définitive de l'obligation en question. C'est pourquoi le libellé de l'article met clairement en évidence que la condition de l'épuisement des recours internes ne se pose qu'à l'égard des obligations « de résultat ».

58) D'autre part, le caractère « immédiat » de la violation peut aussi ressortir, dans le cas d'une obligation ne requérant de l'Etat que la réalisation d'un résultat, si le premier comportement adopté par un organe de l'Etat est tel que le traitement à réserver au particulier intéressé voulu par l'obligation ne pourra plus être assuré, et qu'un traitement équivalent n'est pas non plus envisageable en l'occurrence. Dans une situation de ce genre, ainsi que dans d'autres situations similaires, l'épuisement des recours internes devient également sans objet et ne peut pas être exigé. C'est pour cette raison que le libellé de l'article met l'accent sur la nécessité que le résultat visé par l'obligation ou un résultat équivalent admis par ladite obligation soit encore réalisable après la création, par le comportement de l'Etat, d'une situation non conforme au résultat requis.

59) Il faut aussi préciser que la condition de l'épuisement des recours internes de l'Etat par le particulier qui s'estime lésé n'implique nullement que l'Etat dont le particulier est ressortissant ne puisse faire aucune démarche diplomatique auprès de l'Etat auteur du prétendu méfait avant que le particulier concerné n'ait épuisé les recours internes de ce dernier. L'action diplomatique peut s'exercer, bien qu'à titre exceptionnel, avant même l'épuisement par les particuliers des recours internes, dans le but, par exemple, d'attirer l'attention de l'Etat en question sur l'affaire et d'empêcher simplement qu'un fait internationalement illicite ne se produise. Ce qui est par contre exclu, c'est que l'Etat national du particulier intéressé « endosse » le tort fait au particulier avant que celui-ci ait eu recours aux instances internes disponibles, et que sur cette base il fasse valoir une réclamation internationale comme si un fait illicite lésant son propre droit subjectif international était déjà réalisé avant cet épuisement. Ce que l'on vient de dire à propos d'une action sur le plan diplomatique vaut vraisemblablement aussi, si rien ne s'y oppose, sur le plan des conventions applicables, à propos d'une instance judiciaire qui ne viserait qu'à un jugement purement déclaratoire.

60) En ce qui concerne la formulation du principe dans le présent article du projet, la Commission a été d'avis

que le libellé à adopter devait se limiter à l'énoncé général de l'épuisement des recours internes tel que le droit international général le prévoit, et ceci d'une manière suffisamment souple pour pouvoir s'adapter aux diverses situations concrètes. En revanche, la Commission a estimé que tout ce qui est essentiel à l'énoncé général du principe devait figurer expressément dans le texte même de l'article, et notamment la condition exprimée par les critères de l'« efficacité » et de la « disponibilité » effective des recours ouverts aux particuliers.

61) N'ayant pas cru opportun de prévoir dans le texte de l'article 22 des restrictions ou des exceptions relatives à des cas plus ou moins particuliers ou marginaux, et ceci afin d'éviter de porter atteinte à la solidité du principe et de ne pas offrir de prétexte à une éventuelle intention de se soustraire à l'observance d'une obligation internationale, la Commission se doit néanmoins de rappeler que le principe défini par elle doit s'interpréter à la lumière du critère général de la « bonne foi ». Elle se doit aussi d'indiquer qu'elle serait heureuse de connaître la réaction des gouvernements à propos de sa décision de ne pas limiter explicitement la portée du principe à des cas concernant des comportements adoptés par l'Etat « dans le cadre de sa juridiction » — cela afin de pouvoir adopter en pleine connaissance de cause sa position définitive en la matière.

62) Quant à la question, soulevée au cours de la discussion du rapport, de l'éventuelle application du principe de l'épuisement des recours internes aux cas spéciaux où des « particuliers étrangers » se trouveraient lésés en même temps et par les mêmes agissements que l'Etat dont ils sont ressortissants, la Commission relève que dans une telle hypothèse les accords ou les décisions concernant le dédommagement dû à l'Etat lésé par l'Etat auteur de l'infraction englobent normalement la question du dédommagement des particuliers. Si cela se produit, il est évident que l'épuisement par les particuliers des recours internes devient sans objet. La matière semble être en tout cas de nature à devoir être réglée dans le cadre d'arrangements particuliers plutôt que par l'application d'une prévision spéciale à insérer dans un article de portée générale.

63) Ayant adopté le libellé de l'article 22 qui figure en tête du présent commentaire, la Commission a estimé utile de prévoir, aux fins de ce commentaire, la définition suivante de l'expression « recours internes » :

L'expression « recours internes » s'entend des recours qui sont ouverts aux personnes physiques ou morales par le droit interne d'un Etat.

Cette définition sera gardée présente à l'esprit pour son éventuelle insertion dans un article initial, consacré aux définitions, du présent projet d'articles.

Article 23

Violation d'une obligation  
internationale requérant de prévenir  
un événement donné

Lorsque le résultat requis d'un Etat par une obligation internationale est de prévenir, par un moyen de son choix, la survenance d'un événement donné, il n'y a violation de cette obligation que si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas ce résultat.

Commentaire \*/

1) Dans la règle définie au début du chapitre III (art. 16), la Commission a énoncé la condition générale permettant de reconnaître l'existence d'une violation d'une obligation internationale. A la suite de quoi la Commission a successivement pris en examen, dans le cadre du même chapitre, les distinctions à faire entre les différentes espèces d'obligations internationales et l'incidence éventuelle de ces distinctions sur les conditions de réalisation d'une violation et sur la caractérisation de cette violation. Elle a exclu qu'une distinction des obligations internationales quant à leur origine affecte la détermination de l'existence de leur violation (art. 17). Elle a établi, sur la base de la distinction à faire de par le caractère plus ou moins essentiel pour la communauté internationale de l'objet des obligations internationales, la distinction de leurs violations, respectivement, en crimes et délits internationaux (art. 19). En ce qui concerne les différenciations — délicates et grosses de conséquences dans le cas présent — liées au mode d'être des obligations internationales, la Commission a d'abord pris en considération la distinction de base entre celles qui requièrent de l'Etat l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé (obligations dites « de comportement » ou « de moyens ») et celles qui exigent de l'Etat qu'il assure un résultat déterminé, tout en lui laissant le choix des moyens à utiliser pour y parvenir et en lui permettant, le cas échéant, de remédier par un comportement ultérieur à une situation non conforme au résultat visé créée par un premier comportement (obligations dites « de résultat »). Elle a ainsi séparément défini, par rapport à ces deux catégories fondamentales d'obligations, les conditions respectives de la réalisation d'une violation (art. 20 et 21). Elle a ensuite défini, à l'article 22, la condition supplémentaire qui doit être remplie pour que l'on puisse constater la violation d'une de ces obligations de résultat qui ont pour objet la protection de particuliers étrangers et qui, pour la réalisation du résultat requis, prévoient une collaboration de la part des particuliers intéressés sous forme d'une utilisation par eux des moyens de recours offerts par l'ordre juridique interne. A l'article 23, la Commission complète sa tâche sur ce point en définissant la condition spécifique qui doit être remplie pour que l'on puisse conclure à l'existence de la violation d'une autre espèce particulière d'obligations de résultat : celles qui requièrent précisément de l'Etat d'assurer comme résultat que ne survienne un événement donné.

2) Une précision est toutefois nécessaire pour qu'il soit clair à quelle espèce d'obligations la Commission a ici entendu se référer. Dans le cadre multiforme des obligations que le droit international général ou les traités mettent à la charge des Etats, nombreuses sont en effet celles qui, directement ou indirectement, ont pour but d'éviter que ne se produisent certains événements lésant des Etats étrangers, leur environnement, leurs représen-

tants ou leurs ressortissants. Ces obligations, cependant, ne se rangent pas toutes parmi celles qui forment l'objet des prévisions de l'article 23. Les Etats, quand ils forment les obligations qu'ils s'approprient à assumer, sont libres de les structurer comme ils l'estiment préférable en vue du but poursuivi. Ils souscrivent donc parfois à des engagements qui sont typiquement des obligations « de comportement » et qui, en tant que telles, requièrent de l'Etat non pas d'assurer un résultat, mais d'adopter des actions ou omissions spécifiquement déterminées. Quant aux exemples, il n'y a que l'embarras du choix : l'obligation de droit coutumier d'interdire la formation et l'existence sur le territoire de l'Etat de mouvements poursuivant la subversion dans un Etat voisin en est un ; il en va de même d'une obligation qui, dans le but de prévenir des collisions, demande à l'Etat de prescrire aux navires ou aux avions de suivre des couloirs de navigation déterminés ; d'une obligation qui, s'inspirant du propos d'empêcher la pollution des eaux et des plages, requiert de l'Etat d'interdire aux pétroliers de déverser des déchets d'hydrocarbures dans certaines zones de mer, ou de leur imposer l'observance de certaines mesures de sécurité ; d'une obligation requérant de l'Etat d'interdire l'installation à proximité d'une frontière d'une usine à émanations toxiques ; d'une obligation exigeant que l'on place une garde ou que l'on mette une protection spéciale à un bâtiment étranger ; d'une obligation requérant l'exécution de certains travaux d'aménagement ou de maintien du cours d'un fleuve ou de son débit ; d'une obligation telle que celle qui figure à l'article 11 de l'Accord du 29 décembre 1949 relatif au régime de la frontière norvégienne-soviétique et au mode de règlement des conflits et incidents de frontière<sup>393</sup>, et qui, dans l'intention d'éviter des incendies, exige des parties qu'elles interdisent spécifiquement aux ouvriers attachés au flottage du bois de demeurer sur les lieux du travail pendant la nuit et d'allumer des feux, etc. Des obligations de cette nature rentrent, évidemment, dans les prévisions de l'article 20 du projet, et aucun problème ne se pose quant à la détermination d'une violation éventuelle. Il y aura violation chaque fois que l'Etat obligé aura adopté un comportement non conforme à celui qui était spécifiquement requis de lui.

3) Cependant, il y a aussi de nombreuses obligations qui, dans la poursuite de finalités analogues, s'inspirent de critères différents et sont structurées d'une autre manière — obligations qui se caractérisent donc comme obligations de résultat. Elles requièrent alors de l'Etat qu'il assure précisément le résultat d'empêcher la survenance d'un événement redouté, sans imposer le moins du monde, à cette fin, un comportement plutôt qu'un autre. On trouve ici aussi des exemples dans les domaines les plus divers des relations internationales. Il suffit de penser à l'obligation coutumière requérant de l'Etat de veiller à ce que, sur son territoire, les ressortissants d'un autre Etat ne soient victimes ni de massacres ni de lynchage de la part d'une foule xénophobe ; à l'obligation exigeant que l'Etat évite que, sur son territoire, les représentants d'un Etat étranger ne subissent des lésions

de la part de particuliers ou d'organes d'un Etat tiers ; à l'obligation inscrite à l'article 22 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques<sup>394</sup> exigeant de l'Etat qu'il fasse en sorte que les locaux d'une mission ne soient pas envahis ni endommagés et que la paix de la mission ne soit pas troublée ni sa dignité amoindrie — ceci non seulement par des organes étatiques, mais aussi par des tiers, et à l'obligation figurant à l'article 29 de la même convention requérant l'Etat de prendre toutes les mesures appropriées pour empêcher toute atteinte à la personne, la liberté et la dignité de l'agent diplomatique étranger ; à une obligation comme celle que prévoit l'article 14 de l'accord déjà cité entre la Norvège et l'URSS<sup>395</sup>, qui demande aux parties d'assurer « que les eaux frontières restent propres et ne subissent aucune pollution ou souillure artificielle » et d'éviter « que les rives des rivières et des lacs frontières ne soient endommagées » ; à l'une des obligations inscrites dans des traités qui engagent les parties contractantes à assurer le résultat que l'utilisation de cours d'eau à des fins de navigation, d'irrigation, de production d'énergie hydroélectrique, etc., ne soit pas entravée par des faits de l'homme ou de la nature ; à une obligation comme celle qui figure à l'article X de la Convention du 17 septembre 1955 entre l'Italie et la Suisse au sujet de la régularisation du lac de Lugano<sup>396</sup>, et qui demande aux parties d'empêcher que, lors de l'établissement ou de la modification d'ouvrages, « la régularisation ne soit entravée ou compromise et que la rive appartenant à l'autre Etat ne soit endommagée » ; etc.

4) Il ne fait pas de doute que les obligations dont on vient de citer des exemples rentrent globalement dans la catégorie qui forme l'objet des prévisions de l'article 21. Il s'agit en effet d'obligations dont l'exécution, comme celle des autres de la même catégorie, n'est effectuée que si l'on est à même de constater que le résultat qu'elles requièrent a été assuré, et dont, de même, la violation n'est réalisée que si l'on peut constater que ce résultat n'a pas été assuré. Cela dit, il serait erroné de penser que la disposition générale formulée à l'article 21 pour définir les conditions de la violation d'une obligation de résultat suffise à elle seule à résoudre les questions qui se posent dans le cas où le résultat visé par l'obligation est la prévention par l'Etat d'un événement dû à des facteurs étrangers à son action. Les conditions de la violation d'une obligation requérant un résultat de ce genre demandent à être autrement définies que lorsqu'il s'agit d'une obligation exigeant un résultat dans la réalisation ou la non-réalisation duquel n'interviennent que des agissements étatiques. Assurer le résultat d'éviter que certains agissements de particuliers ou de tiers n'aient lieu, ou que des calamités naturellement ou artificiellement provoquées (telles une inondation ou une pollution) ne se produisent, est autre chose que d'assurer, par exemple, le résultat que les ressortissants d'un pays étranger déterminé soient admis, dans l'Etat, à l'exercice d'une profession ou d'une autre activité à

<sup>394</sup> *Ibid.*, vol. 500, p. 95.

<sup>395</sup> Voir ci-dessus note 393.

<sup>396</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 291, p. 213.

<sup>393</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 83, p. 291.

égalité avec les nationaux. Ce qui caractérise l'hypothèse prise actuellement en considération par la Commission est précisément la notion d'événement, c'est-à-dire d'un fait de l'homme ou de la nature étranger, en tant que tel, à l'action de l'Etat. Par conséquent, si le résultat que l'obligation demande à l'Etat d'assurer est de faire en sorte que tel ou tel autre événement ne se produise pas, la donnée clef de la violation de l'obligation est la survenance de l'événement, tout comme la non-survenance de cet événement est la donnée clef de l'exécution de l'obligation en question. L'Etat auquel une obligation de cette espèce incombe ne peut pas prétendre avoir assuré le résultat requis en alléguant la mise sur pied d'un système parfait de prévention<sup>397</sup> si dans les faits ce système se révèle inefficace et permet à l'événement de se produire. Et, à l'inverse, l'Etat intéressé à l'exécution de l'obligation ne peut pas prétendre que cette obligation ait été violée du seul fait que le système de prévention mis sur pied par l'Etat obligé lui paraît décidément insuffisant, ou inefficace, tant que l'événement dont il devrait prévenir la survenance n'est pas survenu. En d'autres termes, c'est la non-survenance de l'événement qui est le résultat que l'Etat est tenu d'assurer, et c'est la survenance de l'événement qui établit que le résultat ne l'a pas été.

5) L'« événement » dont l'Etat est tenu de prévenir la survenance ne doit pas être entendu comme un « dommage » au sens dans lequel ce terme est employé dans la théorie de la responsabilité des Etats. Bien sûr, les événements que les obligations internationales veulent empêcher de se produire sont, le plus souvent, des événements préjudiciables, mais il n'est pas dit que, dans chaque cas concret où survient un événement que l'Etat était obligé de prévenir, il y ait nécessairement un dommage. Une atteinte à une personne, par exemple, bien que perpétrée, peut parfois ne pas avoir de conséquences dommageables, la personne objet de l'atteinte ayant réussi, par sa réaction, à faire en sorte qu'en l'occurrence aucun dommage ne lui soit causé. Mais cela n'empêche pas que l'atteinte ait eu lieu, et que l'obligation d'en prévenir la survenance ait donc été violée et la responsabilité de l'Etat engagé. L'exigence qu'il y ait survenance de l'événement pour qu'il y ait violation d'une obligation requérant de l'Etat de prévenir cette survenance ne représente donc nullement une sorte d'exception par rapport à la position généralement adoptée par la Commission lors de la formulation de l'article 3 et du commentaire y afférent<sup>398</sup>. Même dans le cas particulier d'une obligation de prévention d'un événement, la présence d'un dommage ne représente pas une condition supplémentaire de l'existence d'un fait internationalement illicite, et cela abstraction faite, évidemment, de la considération que les obligations de prévention d'événements ne représentent qu'une espèce parti-

<sup>397</sup> Les obligations exigeant de prévenir des événements donnés ne s'identifient donc pas avec celles qu'on désigne parfois par le terme global d'« obligations de vigilance ». La réalisation de la violation de celles-ci se résume souvent en une activité de l'Etat, et n'est pas nécessairement affectée par le fait qu'un événement extérieur se produit ou ne se produit pas.

<sup>398</sup> Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 182 et suiv., doc. A/9010/Rev.1, chap.II, sect. B.

culière d'obligations internationales et ne s'identifient certes pas à la totalité de ces obligations.

6) La survenance de l'événement ne constitue toutefois pas la seule condition spécifiquement requise pour qu'il y ait violation d'une obligation internationale exigeant de l'Etat qu'il assure le résultat consistant à prévenir la survenance d'un tel événement. En assumant des obligations de cette espèce, les Etats ne souscrivent pas une sorte d'assurance, au profit des Etats cocontractants, contre la survenance, quelles qu'en soient les conditions, d'événements du genre prévu — c'est-à-dire même en dehors de toute possibilité matérielle pour eux d'empêcher que, dans un cas d'espèce donné, l'événement se produise. L'Etat ne peut évidemment être tenu qu'à s'opposer par son action à l'éventualité d'un tel événement — qu'à faire échec, pour autant que cela dépende de lui, à la survenance de cet événement. C'est alors que ce dernier a pu se produire du fait que l'Etat n'a pas su le prévenir par son comportement, et alors qu'il ressort que par un comportement différent il aurait pu l'éviter, que l'on peut conclure à ce que le résultat requis par l'obligation n'a pas été assuré. Pour qu'il y ait violation de l'obligation, il faut donc qu'il existe un certain lien de causalité — indirect et non pas direct, bien sûr — entre la survenance de l'événement et le comportement adopté en l'occurrence par les organes de l'Etat. Il n'est guère besoin d'ajouter que c'est aussi à la lumière de l'objet de chaque obligation et du caractère plus ou moins essentiel de la prévention de tel ou tel type d'événement<sup>399</sup> que devra se faire, une fois que l'événement à prévenir se sera produit, la comparaison entre le comportement effectivement adopté par l'Etat et celui qu'en l'occurrence on aurait pu raisonnablement s'attendre qu'il adopte pour éviter la survenance de l'événement.

7) A l'aide des considérations développées jusqu'ici, la Commission estime avoir fait ressortir la nécessité de consacrer une règle distincte du présent projet à l'hypothèse particulière de la violation d'une obligation internationale requérant de l'Etat d'assurer le résultat spécifique de prévenir la survenance d'un événement. Elle pense avoir également mis en évidence les deux conditions — survenance de l'événement et existence d'un lien de causalité indirecte entre cette survenance et le comportement adopté en l'occurrence par l'Etat — que cette règle doit spécialement exiger pour que l'on puisse conclure à la violation d'une obligation de l'espèce en question<sup>400</sup>. Elle estime à présent nécessaire de faire suivre la justification de ses conclusions, jusqu'ici de logique juridique abstraite, par une justification basée

<sup>399</sup> Un événement tel que le meurtre d'un chef d'Etat étranger est certes autrement plus grave pour les relations interétatiques que la pollution d'une rivière de frontière ou la destruction d'un bien donné.

<sup>400</sup> Au cas où les victimes de l'événement que l'Etat aurait dû prévenir seraient des particuliers étrangers, les conditions spécialement requises pour pouvoir établir l'existence de la violation d'une obligation internationale de prévention d'événement pourraient s'ajouter à la condition déjà requise à l'article 22 pour qu'il y ait violation d'une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers.

sur un examen de la pratique des Etats et des opinions des auteurs.

8) La structure toute particulière des obligations internationales dites « d'événement » et les conséquences qui en découlent pour la détermination des conditions permettant de conclure à l'existence d'une violation d'une obligation de ce genre n'ont pas échappé à l'attention du Comité préparatoire de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930). Ainsi, en formulant le point VII de la demande d'informations adressée aux Etats, le Comité demandait pour acquis que l'événement représenté par l'action commise par des particuliers au préjudice d'étrangers devait effectivement avoir lieu pour que la responsabilité de l'Etat pour défaut de prévention de la part de ses organes puisse se trouver engagée<sup>401</sup>. En s'exprimant comme il l'a fait, le Comité se montrait convaincu que le défaut éventuel de prévention de la part des organes étatiques chargés de cette tâche ne saurait être pris en considération comme source de responsabilité internationale qu'à l'occasion d'actes d'un particulier commis au préjudice d'un étranger. La violation par l'Etat de son obligation internationale requérait donc, pour exister, la double condition du manque de prévention des organes étatiques et de la survenance, dans ce cadre, de l'événement constitué par l'action préjudiciable du particulier. Les réponses des gouvernements au point VII du questionnaire ont confirmé implicitement le point de vue selon lequel le défaut éventuel de prévention de la part des organes étatiques ne peut être pris en considération comme source de la responsabilité internationale qu'à l'occasion d'un acte d'un particulier commis au préjudice d'un étranger<sup>402</sup>. Il en va de même des réponses au point IX de la demande d'informations, qui étendait la question posée au point VII à l'hypothèse de dommages causés à des étrangers par « des personnes participant à une insurrection ou à une émeute ou par la foule<sup>403</sup> ».

9) Dans sa réponse au point V, n° 1, c, du questionnaire<sup>404</sup>, le Gouvernement autrichien a précisé, à propos du cas des personnes jouissant d'une protection particu-

lière, que le défaut de protection ne suffisait pas à engager la responsabilité de l'Etat : il fallait qu'un préjudice ait été effectivement causé pour que le comportement de l'Etat constitue une violation de l'obligation internationale<sup>405</sup>. Les réponses données à ce point par d'autres gouvernements, sans contenir expressément la même précision que la réponse autrichienne, ont été interprétées dans le même sens par le Comité de rédaction car, en rédigeant la base de discussion n° 10, ce dernier a dit que :

La responsabilité de l'Etat se trouve engagée si le *dommage subi* \* par un étranger résulte du fait que le pouvoir exécutif n'a pas apporté à la protection des étrangers la diligence que l'on pouvait, en raison des circonstances et de la qualité des personnes, attendre d'un Etat civilisé. [...] <sup>406</sup>.

En d'autres termes, l'existence de l'événement représenté par le préjudice concrètement causé à la personne étrangère revêtue d'un caractère public est expressément indiquée, en même temps que le manque de diligence dans la prévention, comme l'une des deux conditions requises pour que la violation par l'Etat de son obligation puisse être établie et sa responsabilité engagée.

10) A la Conférence de La Haye, la base n° 10 formulée par le Comité de rédaction fut englobée dans la nouvelle base n° 10, prévoyant la responsabilité de l'Etat « à l'occasion d'un dommage causé \* par un particulier à la personne ou aux biens d'un étranger » en général<sup>407</sup>. La Conférence n'eut pas l'occasion de se prononcer définitivement sur la question qui intéresse ici. Il semble, cependant, que l'opinion généralement partagée par l'ensemble des gouvernements représentés était que l'on ne saurait mettre à la charge d'un Etat la violation de l'obligation de prévenir un événement tel qu'une action dommageable d'un particulier à l'égard d'un étranger tant que cet événement ne s'était pas produit.

11) Dans la jurisprudence internationale, les cas dans lesquels l'objet du différend a été la violation d'une

---

le cas suivant et, dans l'affirmative, quel est le fondement de l'obligation :

« ...  
\* c) Défaut d'apporter une diligence suffisante à protéger les personnes, et notamment celles à l'égard desquelles une obligation particulière de protection est reconnue, par exemple : personnes revêtues d'un caractère public reconnu par l'Etat ? » (*Ibid.*, p. 62.)

<sup>405</sup> La réponse du Gouvernement autrichien au point V, n° 1, c, du questionnaire était libellée ainsi :

« Il est évident que l'omission seule d'apporter à la protection de la personne des étrangers une diligence suffisante n'engage pas encore la responsabilité de l'Etat, mais il faudrait pour qu'elle le fût qu'un étranger eût subi un dommage par l'acte d'une personne privée » (*ibid.*, p. 63).

Cette prise de position du Gouvernement autrichien est d'autant plus intéressante que la formulation par le Comité préparatoire du point V, n° 1, c, ne faisait pas expressément allusion à des « actes d'un particulier » comme occasion pour la naissance de la responsabilité internationale en cas de défaut de prévention de la part d'organes étatiques.

<sup>406</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>407</sup> SDN, *Actes de la Conférence pour la codification du droit international* (La Haye, 13 mars - 12 avril 1930), vol. IV, *Procès-verbaux de la Troisième Commission* [C.351(c).M 145(c). 1930.V], p. 143. Pour le débat, voir *ibid.*, p. 143 et suiv., p. 175 et 176 à 185 et suiv.

<sup>401</sup> Le point VII, a, de la demande d'informations était libellé ainsi :

« Circonstances dans lesquelles les actes d'un particulier causant un dommage à la personne ou aux biens d'un étranger sur le territoire de l'Etat peuvent être l'occasion d'une responsabilité de l'Etat, et fondement de cette responsabilité si elle existe :

« a) Les autorités de l'Etat n'ont pas fait tout ce qui était en leur pouvoir pour maintenir l'ordre et pour prévenir les crimes, ou n'ont pas assuré une protection raisonnable à la personne ou aux biens d'un étranger. » (SDN, *Conférence pour la codification du droit international, Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* [C.75.M.69.1929.V], p. 93.)

<sup>402</sup> *Ibid.*, et SDN, *Conférence pour la codification du droit international, Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence, Supplément au tome III* [C.75(a).M.69(a).1929.V], p. 3 et 20.

<sup>403</sup> SDN, *Bases de discussion... (op. cit.)* [C.75.M.69.1929.V], p. 108 et suiv.

<sup>404</sup> Le point V, n° 1, c, était libellé ainsi :

« La responsabilité de l'Etat se trouve-t-elle engagée dans

obligation internationale demandant à l'Etat de veiller à ce que certains événements ne se produisent pas ont été très nombreux <sup>408</sup>. Or, leur examen confirme l'opinion partagée par les gouvernements participant à la Conférence de 1930. Là où un gouvernement s'est plaint devant une instance judiciaire ou arbitrale internationale de la violation d'une obligation de ce contenu spécifique, il alléguait un événement qui s'était réellement produit. Il n'a jamais été demandé à une instance judiciaire ou arbitrale internationale de reconnaître la violation d'une obligation internationale de ce genre dans le simple fait de la non-adoption par l'Etat de mesures propres à prévenir un événement théoriquement possible, mais pas concrètement réalisé. C'est à l'occasion d'événements passés dans les faits, et notamment à l'occasion d'agissements dommageables émanant de particuliers, de mouvements insurrectionnels, etc., que l'on demande à un tribunal international de conclure à la violation par un Etat de son devoir de prévention d'un tel événement. Et les décisions de tribunaux internationaux concernant des différends relatifs à des violations éventuelles d'obligations internationales d'« événement » n'affirment pas, même indirectement ou incidemment <sup>409</sup>, que le défaut d'adoption de mesures capables d'empêcher l'événement

<sup>408</sup> Pour des cas de violation de l'obligation de prévenir la survenance, sur le territoire d'un Etat voisin, des préjudices consécutifs à une activité exercée sur le territoire de l'Etat, voir par exemple l'Affaire de la « Trail Smelter » entre les Etats-Unis d'Amérique et le Canada, soumise au tribunal arbitral institué par la convention du 15 avril 1935 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III [publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.2], p. 1905 et suiv.).

Pour des cas de violation de l'obligation de prévenir la survenance d'atteintes à des personnes spécialement protégées, voir l'Affaire Borchgrave entre la Belgique et l'Espagne, soumise à la CPIJ (et notamment le mémorandum du Gouvernement belge du 15 mai 1937 [C.P.J.I., série C, n° 83, p. 28 et suiv.] et le mémoire espagnol du 29 juin 1937 [*ibid.*, p. 55 et suiv.]).

Les différends concernant des violations de l'obligation de prévenir des atteintes à la sûreté des étrangers et de leurs biens par des actes de personnes ou de groupes de personnes privées ou d'insurgés qui ont été soumis à une juridiction internationale sont innombrables. Qu'il suffise de rappeler ici les différends soumis aux commissions vénézuéliennes de 1903, notamment l'Affaire Sambiaggio avec l'Italie (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X [publication des Nations Unies, numéro de vente : 60.V.4], p. 499 et suiv., notamment p. 513), l'Affaire Kummerov *et al.* avec l'Allemagne (*ibid.*, p. 369 et suiv., notamment p. 397 et 398), l'Affaire des mines d'Aroa Ltd. avec la Grande-Bretagne (*ibid.*, vol. IX [numéro de vente : 59.V.5], p. 402 et suiv., notamment p. 438 et suiv.), l'Affaire Jenny L. Underhill avec les Etats-Unis d'Amérique (*ibid.*, p. 159), l'Affaire de la Home Frontier and Missionary Society of the United Brethren in Christ entre les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne, soumise au tribunal arbitral créé par le compromis du 18 août 1910 (*ibid.*, vol. VI [numéro de vente : 1955.V.3], p. 42 et suiv., notamment p. 44); l'Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol entre la Grande-Bretagne et l'Espagne, soumise à M. Huber, institué en arbitre par le compromis du 29 mai 1923 (*ibid.*, vol. II [numéro de vente : 1949.V.1], p. 615 et suiv., notamment p. 642); les affaires soumises à la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique créée par le compromis du 8 septembre 1923, et notamment l'Affaire de la Home Insurance Company (*ibid.*, vol. IV [numéro de vente : 1951.V.1], p. 48 et suiv., notamment p. 52); l'Affaire Walter A. Noyes entre les Etats-Unis d'Amérique et Panama, soumise à la Commission générale des réclamations Etats-Unis/Panama créée par le compromis du 28 juillet 1926 (*ibid.*, vol. VI [*op. cit.*], p. 308 et suiv., notamment p. 311).

de se produire suffirait à lui seul — à savoir sans la survenance réelle de cet événement — à constituer une violation par l'Etat de l'obligation internationale en question.

12) Les positions prises par les Etats à l'occasion de différends réglés par la voie diplomatique correspondent parfaitement à celles qui ont été relevées lors de différends soumis à jugement ou à arbitrage international. Dans la pratique diplomatique, ce n'est qu'après la survenance d'un événement que les Etats ont invoqué la violation de l'obligation internationale de prévenir cet événement. Ce fut le cas, par exemple, à propos de toute une série de différends où il était question de l'obligation de l'Etat de prévenir certaines atteintes de la part de particuliers, d'insurgés, d'organes d'Etats étrangers, etc. Sur le plan diplomatique autant que sur le plan judiciaire ou arbitral international, une plainte pour fait internationalement illicite de la part de l'Etat qui s'estimait lésé n'a donc été normalement avancée qu'une fois que l'événement représenté par l'atteinte émanant de particuliers ou d'autres sources s'était effectivement produite dans les faits <sup>410</sup>. De cette constatation il ne faut pas déduire qu'un Etat ne puisse pas envoyer une communication à l'Etat obligé, avant que l'événement se produise, pour attirer son attention sur le fait que les mesures adoptées sont, à son avis, insuffisantes pour empêcher la survenance de l'événement que l'obligation internationale en question a pour objet de prévenir. Ces communications ou démarches, très fréquentes dans les rapports interétatiques, ne doivent cependant pas être confondues avec des réclamations internationales mettant en cause la responsabilité des Etats pour manquement à une obligation internationale à leur charge.

<sup>409</sup> Ils pourraient le faire, par exemple, à l'occasion de la détermination du moment et de la durée du fait internationalement illicite.

<sup>410</sup> Pour ce qui est du devoir de l'Etat de protéger la personne d'un agent diplomatique ou d'autres organes d'un Etat étranger, voir, par exemple, les cas du meurtre des membres italiens de la mission Tellini (1923), du meurtre du délégué soviétique Worowski à la Conférence de la paix de Lausanne (1923), du meurtre du membre de la mission diplomatique belge Borchgrave en Espagne (1936), etc. (*Annuaire...* 1972, vol. II, p. 124 et suiv., doc. A/CN.4/264 et Add.1, par. 115 et suiv.). Voir aussi l'attitude prise par l'Etat qui s'estimait lésé dans certains cas relatifs à l'obligation de protéger le siège de missions diplomatiques d'un Etat étranger : par exemple cas de la légation de Roumanie à Berne (1955), de la légation de Hongrie à Berne (1958), de l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique à Moscou (1964 et 1965), de l'ambassade de l'URSS à Pékin (1966) [*ibid.*, p. 128 à 130, par. 130 à 133]. Voir aussi les cas de l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique à T'ai-pei (1957) [M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1967, vol. VIII, p. 747 et suiv.], de l'ambassade de Belgique au Caire (1961) [*Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXXII, n° 3 (juil.-sept. 1961), p. 579 et suiv.]; et *Revue belge de droit international*, Bruxelles, 1966, vol. II, n° 2, p. 505 et suiv.], de la mission commerciale yougoslave à Bad Godesberg (1962) [*Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXXIV, n° 2 (avril-juin 1963), p. 361 et suiv.]; et *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 24, n° 4, octobre 1964, p. 681 et suiv.], de l'ambassade d'URSS à Washington (1968) [*Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXXIX, n° 4 (oct.-déc. 1968), p. 1082 et suiv.].

13) Lorsqu'ils ont voulu donner l'exemple typique d'une obligation internationale requérant de l'Etat un comportement susceptible de prévenir la survenance de certains événements, les internationalistes se sont le plus souvent référés à l'obligation d'empêcher des agissements préjudiciables de la part de particuliers. Ce faisant, les différents auteurs sont généralement partis de la prémisse de l'existence, en tant que fait déjà accompli, d'un préjudice causé par des particuliers à un Etat étranger, à ses représentants ou à ses ressortissants. C'est en relation avec le préjudice effectivement réalisé qu'ils se sont demandé dans quels cas l'Etat pourrait être tenu pour responsable. Comme on a pu le voir<sup>411</sup>, la réponse de la très grande majorité des auteurs modernes va dans le sens que l'Etat ne saurait avoir de responsabilité internationale que dans les cas où il n'aurait pas adopté les mesures normalement susceptibles d'empêcher les particuliers de commettre les actes préjudiciables en question et où de tels actes auraient quand même été accomplis à cause précisément du défaut de prévention de l'Etat. Ce défaut de prévention n'est pas, d'ailleurs, pour la plupart de ces auteurs, un défaut de prévention théoriquement constaté, mais un défaut de prévention concrétisé par la réalisation effective de l'événement que l'Etat avait le devoir d'empêcher et que son défaut a permis de se réaliser<sup>412</sup>. En outre, les auteurs d'ouvrages scientifiques qui ont examiné de plus près la question de la détermination des conditions de violation des obligations internationales dites d'« événement » sont tous d'accord pour reconnaître qu'il serait inadmissible de conclure à la violation d'une obligation internationale requérant de l'Etat de prévenir par son comportement la survenance de certains événements tant que ceux-ci ne se sont pas réalisés<sup>413</sup>.

14) La conclusion qui découle, en ce qui concerne les conditions requises pour constater leur violation, du mode d'être des obligations internationales « d'événement »

<sup>411</sup> *Annuaire...* 1975, vol. II, p. 86 et 87, doc. A/10010/Rev.1, chap. II, sect. B, sous-sect. 2, art. 11, par. 33 du commentaire.

<sup>412</sup> Les auteurs qui se sont plus particulièrement penchés sur la question ont mis en évidence que l'action du particulier est l'« occasion », ou même la « condition », pour que l'Etat soit censé avoir violé son obligation de prévention et avoir engagé la responsabilité internationale qui en découle. Voir, par exemple, Ch. de Visscher, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana*, Leyde, Brill, 1921, t. II, p. 103 ; A. Decencière-Ferrandière, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris, Rousseau, 1925, p. 63 ; L. Delbez, « La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d'un Etat et dirigés contre la sûreté d'un Etat étranger », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. IV (1930), p. 470 ; J. Spiropoulos, *Traité théorique et pratique du droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1933, p. 275.

<sup>413</sup> Voir p. ex. R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1939-II, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 447 et suiv. ; G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7<sup>e</sup> éd., Padoue, CEDAM, 1967, p. 348 et suiv. ; P.A. Zannas, *La responsabilité internationale des Etats pour les actes de négligence*, Montreux, Ganguin et Laubscher, impr., 1952, p. 32 et suiv. ; M. Giuliano, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1974, vol. I, p. 591 et 592 ; B. Graefrath, E. Oeser et P. A. Steiniger, *Völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten*, Berlin, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1977, p. 57 et 58.

ment » trouve donc pleine confirmation dans la pratique des Etats, dans la jurisprudence internationale et dans la doctrine. Là où le droit international général ou un traité met à la charge d'un Etat une obligation ayant pour objet direct la prévention d'un certain événement, la violation de l'obligation ne peut être affirmée, et la responsabilité de l'Etat engagée, que si l'événement à éviter s'est produit dans les faits et si un défaut de prévention de la part de l'Etat obligé a pu en outre être constaté. Encore faut-il, on l'a vu, qu'entre le comportement adopté par l'Etat dans le cas d'espèce et l'événement qui s'est produit il y ait eu un lien de causalité tel que l'on puisse considérer ledit comportement comme un des éléments *sine qua non* de l'événement. Ces conditions présentent une spécificité telle que leur définition ne saurait être absente, de l'avis de la Commission, du présent projet d'articles. L'attention particulière vouée jusqu'ici par le projet à l'établissement, pour chaque sorte d'obligations internationales, des conditions dans lesquelles se réalise leur violation ne permettrait pas non plus une telle omission. Cela dit, il convient d'insister sur le fait que l'article 23 du projet n'a pas pour but d'énoncer ou d'identifier les obligations internationales « d'événement », mais seulement de préciser que si une obligation internationale est une obligation « d'événement » sa violation se réalise d'une certaine manière.

15) Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent, la Commission, en libellant l'article 23, a prévu que « lorsque le résultat requis d'un Etat par une obligation internationale est de prévenir, par un moyen de son choix, la survenance d'un événement donné, il n'y a violation de cette obligation que si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas ce résultat ». Le premier membre de phrase délimite l'hypothèse à laquelle la disposition se réfère, en mettant en évidence avant tout le fait, illustré par les considérations développées plus haut<sup>414</sup>, que les obligations internationales dont la violation est spécialement prise en considération ici constituent une espèce particulière de la catégorie générale des obligations « de résultat ». Le « genre » des obligations auxquelles l'article 23 se réfère est donc celui des obligations qui requièrent de l'Etat d'assurer un résultat déterminé, en lui laissant le choix des moyens pour y parvenir.

16) Dans le cadre du genre « obligations de résultat », l'« espèce » particulière d'obligations auxquelles l'article 23 entend se référer est délimitée par la précision d'après laquelle, dans le cas de ces obligations, le résultat à atteindre est « de prévenir [...] la survenance d'un événement donné ». C'est à la lumière de cette précision qu'il faut lire la partie dispositiva de la règle, à savoir que, lorsque l'obligation rentre dans l'espèce indiquée, « il n'y a violation de cette obligation que si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas ce résultat ». Par « ce résultat », on entend évidemment le résultat spécifique d'empêcher la survenance d'un événement donné. La première des deux conditions qui doivent être réunies pour que, dans l'hypothèse envisagée, on puisse conclure à l'existence d'une violation de l'obligation —

<sup>414</sup> Voir ci-dessus par. 3 et 4.

à savoir la condition qui a été spécialement révélée au paragraphe 4 ci-dessus — est ainsi clairement mise en évidence. D'après la règle ainsi définie, on ne pourra pas conclure à la violation de l'obligation tant que l'événement que l'Etat était tenu de prévenir ne s'est pas produit — en d'autres termes, tant qu'il ne sera pas établi que l'Etat dont on était en droit d'attendre la réalisation du résultat « de prévenir [. . .] la survenance d'un événement » a manqué d'assurer *ce résultat*. En même temps, la deuxième des conditions de l'existence de la violation, à savoir l'existence d'un lien de causalité indirecte entre la survenance de l'événement et le comportement concrètement adopté par l'Etat, se trouve clairement indiquée par les termes « par le comportement adopté ». Ces mots traduisent de manière concise l'exigence mise en évidence plus haut <sup>415</sup>, à savoir que la survenance de l'événement a été rendue possible par le comportement que l'Etat a choisi d'adopter en l'occurrence, alors que par un comportement différent il aurait pu assurer le résultat requis.

---

<sup>415</sup> Voir ci-dessus par. 6.

Article 24

Moment et durée de la violation  
d'une obligation  
internationale réalisée par un fait  
de l'Etat  
ne s'étendant pas dans le temps

La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat ne s'étendant pas dans le temps se produit au moment où ce fait est accompli. La perpétration de cette violation ne s'étend pas au-delà dudit moment, même si les effets du fait de l'Etat se prolongent dans le temps.

Commentaire \*/

- 1) Les articles précédents du chapitre III du présent projet, réservé à la prise en considération de l'élément objectif du fait internationalement illicite, ont été principalement consacrés à la détermination des conditions de l'existence d'une violation d'une obligation internationale — ceci en prenant séparément en considération, à cette fin spécifique, les différentes catégories et espèces d'obligations internationales. Pour compléter la définition des règles relatives à la matière faisant l'objet de ce chapitre, il reste à tenir compte d'un autre aspect : de cet aspect temporel qui, en droit international comme en droit interne, se qualifie comme celui de la détermination du *tempus commissi delicti*. Cette dénomination comprend et la détermination du moment auquel l'existence de la violation d'une obligation internationale s'établit, et la détermination de la durée, de la présence dans le temps, de cette violation.
- 2) La Commission a déjà touché à certains aspects de l'élément temporel, notamment en formulant, à l'article 18, la règle exprimant l'exigence de la contemporanéité entre la vigueur pour l'Etat d'une obligation internationale et l'adoption par cet Etat d'un comportement non conforme à ce qui est requis par ladite obligation pour que ce comportement soit considéré comme internationalement illicite. Un élément temporel a également retenu son attention lors de la définition des règles formulées aux articles 21, par. 2, et 22, concernant la détermination

des conditions de la réalisation d'une violation de certaines obligations de résultat, ainsi que de la règle donnée à l'article 23 pour fixer les conditions de la réalisation de la violation d'une obligation requérant la prévention d'un événement. Les solutions alors adoptées pourront évidemment avoir une incidence sur la solution du problème de la détermination du *tempus commissi delicti*, et cette incidence ressortira plus spécialement des commentaires des articles 25 et 26. Après avoir ainsi souligné le souci de veiller à ce qu'il y ait une parfaite cohérence entre les solutions adoptées dans les différentes règles formulées dans le présent projet, il faut cependant préciser qu'il serait erroné de penser que la solution des problèmes actuellement abordés se trouverait déjà toute donnée dans la réponse précédemment apportée à des questions qui sont et qui restent différentes. Déterminer l'existence d'une violation d'une obligation internationale est en effet une chose, déterminer le moment et la durée de la réalisation de la violation dont l'existence a été établie en est une autre.

- 3) Les articles 24 à 26 du projet ont donc pour objet de donner, par rapport aux différentes hypothèses possibles, une réponse aux deux questions auxquelles il a été fait allusion à la fin du paragraphe 1 du présent commentaire. La première de ces deux questions revient à se demander quel est, dans le temps, le moment auquel, tous les éléments constitutifs de la violation d'une obligation internationale se trouvant réunis, il est permis de conclure à l'existence de cette violation. La seconde vise à déterminer quelle est la période entière pendant laquelle la violation se déroule, à savoir de quand à quand son temps de perpétration s'étend, ceci aussi bien avant qu'après le moment où son existence est établie.

- 4) Il n'est pas si simple de répondre aux questions ainsi énoncées. La Commission a déjà mis en évidence quels aspects délicats et parfois compliqués présentait, dans certaines situations surtout, la détermination des conditions de l'existence d'une violation d'une obligation internationale. La difficulté de ces aspects se reflète nécessairement sur la détermination du moment auquel la violation doit être considérée comme accomplie dans tous ses éléments constitutifs et, partant, son existence est établie. Il ne faut pas croire non plus que la détermination du temps de perpétration de la violation d'une obligation internationale soit plutôt une question de vérification de faits que d'application de critères de droit. En réalité, cette détermination n'est aisée que dans l'hypothèse d'une violation réalisée par un fait de l'Etat ne s'étendant pas dans le temps, en d'autres termes d'une violation dont le temps de perpétration coïncide avec le moment où ladite violation se produit. Mais la tâche se complique et requiert nécessairement l'application de normes juridiques dans le cas où le fait de l'Etat non conforme à l'obligation internationale est un fait qui s'étend dans le temps — que cela soit dû au caractère de continuité de ce fait, ou à la circonstance que ce fait soit globalement composé d'une pluralité de faits individuels distincts, ou encore qu'il soit un fait complexe, dans la réalisation duquel rentrent plusieurs comportements étatiques différents et successifs. Tout aussi dépendante de l'application de critères juridiques

---

\* Annuaire ... 1978, vol. II  
(deuxième partie), p. 97 à 101.

est la détermination du moment et de la durée de la violation d'une obligation de prévenir la survenance d'un événement. La Commission abordera plus spécifiquement ces problèmes aux articles 25 et 26 et aux commentaires y afférents.

5) L'importance pratique de la solution donnée aux problèmes évoqués ci-dessus n'est pas à souligner spécialement. La détermination du moment auquel on peut conclure à la réalisation de la violation d'une obligation internationale est manifestement essentielle pour établir à quel moment a été engagée la responsabilité internationale de l'Etat auteur de cette violation et, par conséquent, à quel moment l'Etat victime a eu la faculté d'agir sur le plan diplomatique, voire arbitral ou judiciaire, pour la poursuite de cette responsabilité. Le moment de la survenance d'une violation d'une obligation internationale et la durée de la perpétration de cette violation sont, d'autre part, deux données dont la valeur peut être déterminante lorsqu'il s'agit de résoudre toute une série de problèmes dans lesquels on relève l'incidence d'un élément temporel. Il en est ainsi, par exemple, en ce qui concerne la détermination de l'étendue du préjudice causé par un fait internationalement illicite donné et, par conséquent, du montant de la réparation due par l'Etat auteur du fait en question. Il en va de même en ce qui concerne la détermination de l'existence ou de la non-existence de la compétence d'un tribunal international pour connaître du différend engendré par la violation par un Etat d'une obligation internationale au cas où dans les accords passés entre les parties au différend se trouve insérée une clause limitant la compétence du tribunal institué ou mentionné par ces accords aux différends relatifs à des « faits » ou « situations » postérieurs à une date déterminée <sup>416</sup> — ceci pour autant que les

<sup>416</sup> Une clause de cette nature figure dans plusieurs traités bilatéraux prévoyant le règlement judiciaire ou arbitral des différends entre les parties, tel, par exemple, le Traité hispano-belge du 19 juillet 1927, sur lequel fut fondée la compétence de la CIJ dans l'Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (C.I.J. Recueil 1964, p. 39 et 40). L'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux, du 26 septembre 1928, prévoyait à l'article 39 la possibilité pour les parties, lors de leur adhésion à l'Acte, d'exclure des procédures décrites dans cet instrument « les différends nés de faits antérieurs, soit à l'adhésion de la partie qui formule la réserve, soit à l'adhésion d'une autre partie avec laquelle la première viendrait à avoir un différend » (SDN, Recueil des Traités, vol. XCIII, p. 360). Une réserve tendant aux mêmes effets figurait aussi dans bon nombre de déclarations unilatérales d'acceptation de la compétence obligatoire de la CPJI, par exemple dans celle qu'a formulée la Belgique le 10 mars 1926, qui limitait cette acceptation à « tous les différends qui s'élèveraient après la ratification de la présente déclaration au sujet de situations ou de faits postérieurs à cette ratification » ; la France le 25 avril 1931, qui limitait cette acceptation à « tous les différends qui s'élèveraient après la ratification de la présente déclaration au sujet de situations ou de faits postérieurs à cette ratification » ; ou encore l'Inde le 28 février 1940, qui acceptait la compétence de la Cour pour « tous les différends nés après le 5 février 1930, concernant des situations ou des faits postérieurs à ladite date ». Ces réserves jouèrent un rôle important respectivement dans l'Affaire de la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, dans l'Affaire des phosphates du Maroc, dans l'Affaire du droit de passage sur territoire indien (voir, respectivement, C.P.J.I., série A/B, n° 77, p. 81 ; *ibid.*, n° 74, p. 22 ; C.I.J. Recueil 1957, p. 140). A l'heure actuelle, une limitation exprimée soit en ces termes soit

parties en question n'aient pas expressément prévu de critères spéciaux d'interprétation de cette clause. La détermination du moment et de la durée de la violation d'une obligation internationale peut également affecter la décision quant à l'existence ou non de ce qu'on appelle le « caractère national de la réclamation », caractère qui, d'après l'opinion affirmée dans la pratique, doit subsister pour qu'un Etat soit admis à intervenir, au titre de la protection diplomatique d'un particulier, à partir du moment où un fait internationalement illicite au préjudice de ce particulier a été commis jusqu'au moment de la présentation de la réclamation <sup>417</sup>. C'est toujours de la détermination du moment et de la durée de la violation d'une obligation internationale que dépendra la détermination du moment à partir duquel le délai de la prescription commencera à courir, au cas où l'on admet l'existence, en droit international, de la prescription extinctive du droit de l'Etat de faire valoir la responsabilité découlant du fait internationalement illicite subi de la part d'un autre Etat. Enfin, la détermination de la durée de la perpétration d'un fait internationalement illicite peut parfois être importante pour juger de la gravité de ce fait et pour établir la possibilité de définir sur cette base le fait en question comme un « crime international » aux termes de l'article 19 du projet. La liste des exemples fournis ne prétend nullement être exhaustive.

6) Dans le contexte général indiqué au paragraphe 3 ci-dessus, l'article 24 a pour objet la détermination du moment et de la durée de la violation d'une obligation internationale dans le cas où le fait de l'Etat qui réalise

en d'autres plus ou moins analogues figure dans la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ de la Belgique (17 juin 1958), du Canada (7 avril 1970), d'El Salvador (26 novembre 1973), de l'Inde (18 septembre 1974), d'Israël (17 octobre 1956), du Japon (15 septembre 1958), du Kenya (19 avril 1965), du Luxembourg (15 septembre 1930), du Malawi (12 décembre 1966), du Mexique (28 octobre 1947), du Royaume-Uni (1<sup>er</sup> janvier 1969) et du Soudan (2 janvier 1958) [v. *Traités multilatéraux pour lesquels le Secrétaire général exerce les fonctions de dépositaire — Etat, au 31 décembre 1977, des signatures, ratifications, adhésions, etc.* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.78.V.6), p. 11 à 24]. Il est aussi intéressant de relever que des limitations allant dans ce sens se retrouvent dans certaines déclarations d'acceptation de la compétence de la Commission européenne des droits de l'homme à l'égard de requêtes introduites par des particuliers. Dans sa déclaration du 14 janvier 1966, le Gouvernement du Royaume-Uni a reconnu cette compétence « à raison d'un acte, d'une décision, de faits ou événements postérieurs à cette date » [13 janvier 1966] (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1966*, La Haye, vol. 9, 1968, p. 9). De même, le Gouvernement italien, par sa déclaration du 20 juin 1973, a accepté cette compétence à raison « d'un acte, d'une décision, de faits ou d'événements postérieurs à cette date » [31 juillet 1973] (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1973*, La Haye, vol. 16, 1975, p. 11).

<sup>417</sup> Et, le cas échéant, au moment de l'introduction d'une requête devant une instance internationale. Il va de soi que dans le cas où la réalisation de la violation d'une obligation internationale s'étend dans le temps le « caractère national de la réclamation », à savoir le lien de nationalité entre le particulier victime directe de la violation et l'Etat qui entend en exercer la protection diplomatique, doit avoir existé sans interruption depuis le moment initial du temps de perpétration de la violation. Il devient donc essentiel d'établir exactement quand ce temps de perpétration a commencé.

cette violation est un *fait ne s'étendant pas dans le temps*, à savoir un fait dont l'existence ne dépasse pas le moment de son accomplissement <sup>418</sup>. On en trouve aisément des exemples : organes de la DCA d'un Etat qui abatent un appareil survolant légitimement le territoire de ce pays ; un torpilleur d'un Etat belligérant qui coule en haute mer un navire neutre ; police d'un Etat qui tue ou blesse le représentant d'un autre Etat ou enlève une personne en territoire étranger ; organes d'un Etat qui confisquent l'immeuble où une mission diplomatique étrangère a son siège, etc. <sup>419</sup>. La détermination du moment auquel la violation d'une obligation internationale s'est produite, lorsque le fait étatique l'ayant réalisée ne s'étend pas dans le temps, n'a pour tâche que de vérifier si les conditions de l'existence de la violation se trouvent réunies dans le cas d'espèce <sup>420</sup>. Il est évident par ailleurs que, dans cette hypothèse, le moment où lesdites conditions existent représente à la fois le moment où la violation se produit et celui où, s'étant produite, elle cesse aussi automatiquement d'exister. La violation en tant que telle n'a pas de durée en dehors de ce moment <sup>421</sup>. Dans le cas d'une violation réalisée par un fait de ce genre, établir le moment où la violation est commise, c'est donc établir aussi le temps de sa perpétration.

<sup>418</sup> Dans la théorie générale du droit interne, un fait entrant dans cette hypothèse prend généralement le nom de « fait instantané ». Un meurtre, une lésion corporelle infligée à une personne, l'incendie de la propriété d'autrui, en sont des exemples fréquemment donnés.

<sup>419</sup> Dans les « Observations et conclusions » soumises par le Gouvernement italien à la CPJI le 15 juillet 1937 à l'occasion de l'Affaire des phosphates du Maroc, le fait internationalement illicite ne s'étendant pas dans le temps se trouve décrit dans les termes suivants :

« Il y a, en effet, des infractions au droit des gens, comme par exemple une insulte au drapeau d'une nation amie, le torpillage [*sic*] d'un navire neutre, etc., qui ont un caractère immédiat. Lorsqu'une telle infraction est accomplie, c'est-à-dire lorsqu'elle est devenue parfaite, elle s'est aussi épuisée et n'existe plus comme telle. » (C.P.J.I., série C, n° 84, p. 494).

<sup>420</sup> A ce sujet, il faudra d'abord établir que l'obligation était en vigueur au moment où le fait en question s'est produit (art. 18, par. 1), et aussi que l'on ne se trouve pas dans l'un de ces cas exceptionnels où un fait considéré comme illicite au moment de la réalisation devient par la suite un fait obligatoire en vertu d'une norme impérative du droit international général (art. 18, par. 2). Ensuite, si l'obligation dont on allègue la violation est une de celles qui requièrent de l'Etat l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé, il faudra simplement s'assurer que le comportement concrètement adopté par l'Etat n'était pas conforme à celui qui était requis de lui. Si, par contre, l'obligation appartient à la catégorie de celles qui exigent de l'Etat la réalisation d'un résultat, en laissant l'Etat libre de choisir les moyens d'y parvenir, l'on ne pourra considérer comme réunies les conditions de l'existence de la violation que si, par le comportement librement choisi, l'Etat a immédiatement et définitivement rendu irréalisable le résultat voulu par l'obligation (art. 21, par. 1).

<sup>421</sup> On ne doit évidemment pas faire dire à cette assertion ce qu'elle ne dit pas. Tout fait qui se produit à une durée, fût-elle minime. L'accomplissement d'un fait internationalement illicite rentrant sans doute aucun dans la catégorie des faits définis « instantanés » peut d'ailleurs demander un certain laps de temps : pour couler un navire, par exemple, un bombardement prolongé peut être nécessaire. Ce que l'on veut mettre en évidence ici, c'est que, dans le cas des faits faisant l'objet de la disposition de l'article 24, le temps de perpétration de la violation ne s'étend ni avant ni après le moment auquel la violation se produit.

7) Il est à peine nécessaire de souligner, toujours dans l'hypothèse prise en considération à l'article 24, que ce qui a précédé comme ce qui a suivi la réalisation de la violation n'entre pas en ligne de compte aux fins de la détermination de sa durée. Concevoir le dessein de l'infraction, prévoir même les conditions pouvant en faciliter l'exécution, etc., c'est s'acheminer vers l'accomplissement de la violation, mais non pas la réaliser, ou même seulement en amorcer la réalisation. La durée de ces éventuelles activités préparatoires est donc sans incidence sur la détermination du temps de perpétration de la violation. De même, les effets, les éventuelles conséquences, du fait étatique qui réalise la violation sont sans incidence sur cette détermination. Des coups, des blessures, infligés par des membres de la police ou de l'armée à la personne d'un étranger peuvent avoir des répercussions durables sur sa santé, sa capacité de travail, son aptitude à remplir ses fonctions ; un acte de spoliation à l'encontre d'un ressortissant étranger privera l'intéressé pendant un certain temps (et peut-être même définitivement si aucun remède n'est apporté) de la possession de ses biens ; la destruction d'avions ou de navires d'un Etat neutre ôtera à l'avenir audit Etat la disposition de ces moyens de transport ou de défense et pourra même affecter durant une longue période le potentiel de son aviation ou de sa flotte. Le caractère durable de ces effets pourra venir en considération aux fins de la détermination du dommage à réparer, mais il sera sans incidence sur la détermination de la durée du fait étatique qui les a provoqués, fait qui restera, quoi qu'il en soit, un fait ne s'étendant pas dans le temps.

8) Les éventuelles conséquences durables d'un fait qui, en tant que tel, ne s'étend pas dans le temps ne doivent donc pas faire attribuer à ce fait un quelconque « caractère de continuité », ni amener à le confondre avec l'un de ceux qui feront l'objet des prévisions de l'article 25, par. 1. C'est la Commission européenne des droits de l'homme qui, notamment, a mis en évidence la distinction à faire entre un « acte à effets durables » d'une part, et un fait constituant une « violation continue » de l'autre <sup>422</sup>. La CDI, de son côté, a déjà fait application de cette distinction dans son commentaire de l'article 18 du projet, toujours en relation avec l'exigence de la contemporanéité entre la « vigueur » de l'obligation internationale et la réalisation du fait censé être une violation de cette obligation <sup>423</sup>. Cette distinction s'applique nécessairement aussi à la détermination du *tempus commissi delicti*.

9) La constatation que le temps de perpétration d'un fait internationalement illicite dont seuls les effets sont susceptibles de se prolonger dans le temps ne dépasse pas le moment auquel le fait en question se produit a

<sup>422</sup> Un acte, telle une décision judiciaire ou arbitrale, qui ne fait qu'entraîner des effets durables reste, d'après la Commission européenne des droits de l'homme, « un acte instantané », et les conséquences n'en sont que « de simples effets » et non pas une prolongation de la réalisation de l'acte. Voir les cas cités dans le rapport de la CDI sur sa vingt-huitième session (Annuaire... 1976, vol. II [2<sup>e</sup> partie], p. 87, doc. A/31/10, note 437).

<sup>423</sup> *Ibid.*, p. 86 et 87, art. 18, par. 21 du commentaire.

une importance pratique sous plusieurs aspects auxquels il a déjà été fait allusion <sup>424</sup>. Cela vaut, par exemple, en ce qui concerne la détermination du *dies a quo* du délai de la prescription extinctive <sup>425</sup> et, surtout, la détermination de la compétence *ratione temporis* d'un tribunal international pour connaître d'un différend causé par l'un des faits auxquels l'on se réfère. Il paraît normal qu'un fait internationalement illicite ne puisse pas être considéré comme *postérieur* à la date critique fixée par un accord ou par une déclaration unilatérale d'acceptation de la compétence d'une instance internationale si ce fait a cessé d'exister avant ladite date et si tout ce qui s'est produit ensuite n'est qu'une simple conséquence des effets du fait en question.

10) A ce sujet, l'analyse de certains aspects de l'*Affaire des phosphates du Maroc* est particulièrement instructive. La Commission a déjà examiné cette affaire dans son commentaire de l'article 22 <sup>426</sup>. Or, comme il est rappelé plus haut <sup>427</sup>, la compétence de la CPJI se trouvait limitée, du fait de la réserve contenue dans la déclaration française d'acceptation, à « tous les différends qui s'élèveraient après la ratification de la présente déclaration au sujet de situations ou de faits postérieurs à cette ratification » — à savoir postérieurs au 25 avril 1931. Dans sa description des termes du différend, la Cour releva que le Gouvernement italien faisait valoir, quoique à titre de grief *subsidaire*, que la décision du Service des mines du 8 janvier 1925 avait spolié le ressortissant italien, M. Tassara, de ses droits acquis, et ce contrairement aux engagements internationaux de la France. Pour étayer la compétence de la Cour en l'affaire, le gouvernement demandeur soutenait non seulement que la décision du Service des mines avait été suivie, et parfaite en tant que fait internationalement illicite, par un déni de justice consommé après la date critique <sup>428</sup>, mais aussi, selon les termes de la Cour que

l'« état de spoliation » de M. Tassara et de ses ayants droit constituerait une situation illicite permanente qui, bien que née de la décision du Service des mines, se serait maintenue à une époque postérieure à la date critique [...] <sup>429</sup>.

<sup>424</sup> Voir ci-dessus par. 5.

<sup>425</sup> Si, suivant l'hypothèse déjà formulée ci-dessus, on admet l'existence, en droit international, de la prescription extinctive du droit de l'Etat lésé de faire valoir la responsabilité d'un Etat coupable envers lui d'un fait internationalement illicite (ou, du moins, d'un fait illicite n'étant pas d'une catégorie spécialement grave), la détermination du moment final de la perpétration de cet illicite pourra être décisive. C'est en effet de ce moment que partira le délai de prescription du droit en question. Et il est évident que la prescription interviendra plus tôt si, comme la Commission ainsi que la jurisprudence récente l'estiment, il faut exclure de la durée de perpétration du fait illicite la période pendant laquelle auront continué de se produire ou de subsister les effets d'un fait qui, lui, aura cessé d'exister.

<sup>426</sup> *Annuaire... 1977*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 40 et 41, doc. A/32/10, chap. II, sect. B, sous-sect. 2, art. 22, par. 25 à 28 du commentaire.

<sup>427</sup> Voir ci-dessus note 416.

<sup>428</sup> C'est sur cet aspect que portait tout particulièrement l'analyse de l'affaire faite par la Commission dans son rapport sur sa vingt-neuvième session.

<sup>429</sup> *C.P.J.I.*, série A/B, n° 74, p. 28.

Or, il ressort de l'argumentation développée à ce sujet dans l'arrêt du 14 juin 1938 que, d'après la Cour, la violation du droit international, pour autant qu'il y ait réellement eu violation, était représentée par la décision du Service des mines du 8 janvier 1925. C'était cette décision, toujours d'après la Cour, qui avait privé le ressortissant italien des droits qu'il réclamait, et cette décision ne pouvait pas être soumise à la juridiction de la Cour, même si ses conséquences fâcheuses s'étaient maintenues jusqu'à la date critique et au-delà. Sans se servir expressément de ces termes, la Cour voyait donc, et vraisemblablement à juste titre, dans la décision de 1925 un « fait instantané à effets continus » plutôt qu'un « fait continu » se prolongeant lui-même avec un caractère de permanence. Cette même conviction ressort avec évidence de l'opinion individuelle du juge Cheng Tien-hsi, où on lit que :

Pour ce qui est de la décision du Service des mines, il est juste de dire que le différend s'est élevé au sujet d'un fait antérieur à la date critique, car cette décision a été rendue en 1925. Si elle était injuste, le tort qu'elle a causé l'a été en 1925. Si elle subsiste, c'est simplement à l'état de préjudice auquel il n'a pas été porté remède ; mais elle ne commet point de lésion nouvelle, n'enfreint pas de nouveau droit et, partant, ne donne naissance à aucune situation ni à aucun fait nouveau <sup>430</sup>.

11) Pour conclure, la CDI a été à l'unanimité d'avis que la durée éventuelle des seuls effets d'un fait de l'Etat ne s'étendant pas en tant que tel dans le temps ne saurait avoir des incidences sur la détermination du « temps de perpétration » de la violation de l'obligation. Ce « tempus » est uniquement représenté par la durée du moment où le fait en question est accompli.

12) En ce qui concerne la rédaction adoptée pour l'article 24, la Commission relève que la première proposition du texte (« La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat ne s'étendant pas dans le temps se produit au moment où ce fait est accompli ») énonce ce qui peut paraître une vérité allant de soi. En effet, la détermination du moment où se produit la violation due à un fait dont la durée ne se prolonge pas dans le temps ne présente pas de problème : la violation ne peut exister qu'au moment même de la perpétration du fait qui la réalise. Toutefois, cette première proposition prend sa vraie valeur par opposition à la seconde, en vertu de laquelle « La perpétration de cette violation ne s'étend pas au-delà dudit moment, même si les effets du fait de l'Etat se prolongent dans le temps ». Cela

<sup>430</sup> *Ibid.*, p. 36. Quelles qu'aient pu être, d'ailleurs, les divergences de vues entre le Gouvernement italien, d'une part, et le Gouvernement français et la Cour, d'autre part, sur l'existence dans le cas concret d'un fait illicite « instantané », même s'il était à effets durables, ou d'un fait illicite « continu », ce qu'il importe de souligner, c'est que le Gouvernement italien avait lui-même affirmé, dans ses « Observations et conclusions », que « pour les délits immédiats, le moment de leur accomplissement coïncide dans le temps avec le moment où ils cessent d'exister [...]. Il s'ensuit que le moment du délit, en ce qui concerne les délits immédiats, sera représenté par le moment coïncidant de l'accomplissement et de l'épuisement [...] » (*C.P.J.I.*, série C, n° 84, p. 494.) Par l'expression « moment du délit », le Gouvernement italien entendait manifestement désigner aussi bien le « moment » proprement dit du fait internationalement illicite que sa « durée ».

veut dire que la vérité exprimée par la première proposition ne souffre pas une exception au cas où le fait par lequel la violation est réalisée a des effets qui, eux, durent au-delà du moment de l'accomplissement du fait. Même dans ce cas, la violation en tant que telle n'existe pas au-delà du moment où elle s'est produite ; elle ne continue pas plus après qu'elle n'a commencé avant ledit moment. Dans le titre de l'article, on a préféré les termes « moment et durée » à l'expression concise « temps », car ils font mieux ressortir les deux aspects temporels distincts qui entrent en ligne de compte. L'expression « fait [...] ne s'étendant pas dans le temps » a été préférée à celle, pourtant habituelle en droit interne, de « fait instantané » pour éviter la possibilité d'une interprétation par trop restrictive de la catégorie de faits prise en considération par l'article 24.

Article 25

Moment et durée de la violation  
d'une obligation  
internationale réalisée par un fait  
de l'Etat  
s'étendant dans le temps

1. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat ayant un caractère de continuité se produit au moment où ce fait commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle ce fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.

2. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat composé d'une série d'actions ou omissions relatives à des cas distincts se produit au moment de la réalisation de celle des actions ou omissions de la série qui établit l'existence du fait composé. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière à partir de la première des actions ou omissions dont l'ensemble constitue le fait composé non conforme à l'obligation internationale et autant que ces actions ou omissions se répètent.

3. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat complexe, constitué par une succession d'actions ou omissions émanant des mêmes ou de différents organes étatiques intervenant dans une même affaire, se produit au moment de la réalisation du dernier élément constitutif dudit fait complexe. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière allant du comportement qui a amorcé la violation à celui qui l'a parachevée.

Commentaire \* /

1) Le présent article a pour objet spécifique la détermination du moment auquel se produit la violation d'une obligation internationale ainsi que du temps de perpétration de cette violation dans les différentes hypothèses, fréquentes et distinctes entre elles, dans lesquelles le fait de l'Etat réalisant la violation n'est pas un fait dont la durée coïncide avec le moment où la violation se produit, mais s'étend dans le temps, après ou avant ce moment particulier. Les trois hypothèses prises en considération séparément par l'article 25 sont celles d'un fait étatique se poursuivant dans le temps avec un caractère de continuité (fait « continu »), d'un fait étatique formé d'une série de faits étatiques individuels commis par rapport à des affaires distinctes (fait « composé »),

et d'un fait étatique constitué par un ensemble d'actions ou omissions d'organes étatiques se succédant dans une même affaire (fait « complexe »).

2) L'expression « fait continu » (ou « fait ayant un caractère de continuité ») désigne un comportement de l'Etat — à savoir une action ou omission attribuable à l'Etat en vertu des articles figurant au chapitre II du projet — qui s'étale, toujours le même, sur un laps de temps plus ou moins long autrement dit un fait qui, après s'être produit, continue d'exister en tant que tel et non pas seulement dans ses effets et dans ses conséquences<sup>481</sup>. Le maintien en vigueur de dispositions incompatibles avec les prescriptions d'un traité, la détention illégale d'une personnalité officielle étrangère, le maintien par la force d'une domination coloniale, l'occupation illégitime d'une partie du territoire d'un autre Etat, le maintien dans cet autre Etat, sans son consentement, de contingents armés, le blocus illégal de côtes ou de ports étrangers, etc., sont autant d'exemples de faits de cette nature<sup>482</sup>.

3) Lorsque le fait de l'Etat est constitué par un comportement qui s'étend dans le temps en restant identique à lui-même pendant son existence plus ou moins prolongée, il va de soi, s'il se révèle non conforme à ce qui est requis de l'Etat par une obligation internationale, qu'il représente, dès le moment même où le comportement en question fait son apparition, une violation de cette obligation<sup>483</sup>. Un premier point peut donc être

<sup>481</sup> Comme c'est le cas pour l'un de ces « faits instantanés à effets continus » qui ont été pris en considération dans le cadre de l'article 24. Dans la théorie générale du droit interne, un fait du type actuellement envisagé prend habituellement le nom de « délit continu », de « permanent wrong », de « reato permanente », de « Dauerdelikt », etc. La séquestration de personnes, la détention illégale de biens d'autrui, le recel d'objets, le port d'armes abusif, etc., en sont des exemples.

<sup>482</sup> Dans ses « Observations et conclusions » soumises en 1937 à la CPIJ dans l'Affaire des phosphates du Maroc, le Gouvernement italien, après avoir décrit les caractéristiques d'un « délit immédiat » ne s'étendant pas dans le temps (v. ci-dessus note 419), continuait en remarquant :

« Il y a, au contraire, d'autres violations du droit international qui ont un caractère prolongé dans le temps, de façon que lorsqu'elles sont devenues parfaites, dans le sens que tous leurs éléments constitutifs sont présents, elles ne cessent pas par là d'exister et se continuent, identiques avec elles-mêmes, avec un caractère permanent. »

Le Gouvernement italien citait, entre autres exemples, l'adoption d'une loi contraire au droit des gens, l'arrestation d'un diplomate ou la saisie abusive des biens d'un étranger. Il citait également le passage de H. Triepel (*Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899, p. 289) où le savant auteur allemand dit :

« si à un moment donné les Etats sont internationalement obligés d'avoir des règles de droit d'une teneur déterminée, l'Etat qui les a déjà violés son devoir s'il les abolit et néglige de les introduire à nouveau, tandis que l'Etat qui ne les a pas encore violés son devoir seulement par le fait de ne pas les introduire : tous les deux commettent d'ailleurs [...] un délit permanent international (*völkerrechtliches Dauerdelikt*) » (C.P.J.I., série C, n° 84, p. 494).

<sup>483</sup> Dans le cas où l'on alléguerait l'existence d'une violation d'une obligation internationale réalisée par un fait étatique continu, il faudrait donc, tout comme dans le cas où l'on alléguerait l'existence d'une violation d'une obligation internationale causée par un fait ne s'étendant pas dans le temps (v. ci-dessus

(Suite de la note page suivante.)

établi, à savoir que la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait étatique ayant un caractère de continuité se produit au moment même où ce fait débute<sup>484</sup>. Un second point peut aussi être établi, à savoir que le temps de perpétration de cette violation n'est nullement circonscrit au seul moment où le fait commence, mais qu'il s'étend sur toute la période durant laquelle le même fait se poursuit, continuant à être non conforme aux exigences de l'obligation internationale. Contrairement, donc, à ce qui se passe dans le cas d'une violation réalisée par un fait ne s'étendant pas dans le temps, il n'y a pas de coïncidence entre le commencement et la fin du temps de perpétration d'une violation qui est l'œuvre d'un fait ayant un caractère de continuité. Le moment initial est, ici aussi, celui où la violation se produit ; le moment final, par contre, est différent et correspond au moment où le fait ayant réalisé la violation cesse d'exister<sup>485</sup>.

4) Les positions prises par les Etats à l'occasion de différends qui les ont amenés à comparaître devant des instances internationales, ainsi que la jurisprudence de ces instances, confirment le bien-fondé des conclusions qui s'imposent déjà, sur la base d'une simple déduction logique, des caractéristiques propres des faits étatiques actuellement pris en considération. La caractérisation de certains faits en tant que faits « continus » et leur différenciation notamment par rapport aux faits « instantanés à effets continus », comme il a été mis en évidence *supra*<sup>486</sup>, révèlent tout particulièrement leur importance pratique dans l'incidence qu'elles peuvent avoir, entre autres, soit sur la détermination du *dies a quo* du délai de l'éventuelle prescription extinctive du droit à faire valoir la responsabilité internationale de l'Etat auteur

(Suite de la note 433.)

note 420), que les conditions de l'existence de la violation se trouvent réunies. Il faudra d'abord établir que l'obligation mise en cause était en vigueur pour l'Etat au moment où le comportement prétendument non conforme de celui-ci a commencé (art. 18, par. 1 et 3) ; il faudra aussi vérifier que le comportement de l'Etat dans le cas d'espèce ne soit pas l'un de ceux qui, illicites au moment où le comportement a été adopté, sont ensuite devenus obligatoires en vertu d'une norme impérative du droit international général (art. 18, par. 2). Ensuite, si l'obligation dont on allègue la violation est une obligation de comportement, il faudra s'assurer que le comportement que l'Etat vient d'adopter n'est pas conforme à celui qui était requis de lui (art. 20) ; si l'obligation en question est une obligation de résultat, il faudra s'assurer que le comportement que l'Etat a commencé d'adopter a rendu définitivement irréalisable, de par sa seule existence, le résultat voulu par l'obligation internationale (art. 21, par. 1).

<sup>484</sup> La violation se produira également, mais à un moment ultérieur, si c'est à ce moment ultérieur que l'obligation est mise à la charge de l'Etat, ceci pour autant que, entre temps, le comportement de cet Etat n'ait pas changé.

<sup>485</sup> Cela, une fois de plus, à la condition que la simultanéité entre la vigueur pour l'Etat de l'obligation enfreinte et l'existence continuée du comportement étatique non conforme à cette obligation subsiste jusqu'au moment de la cessation de ce comportement. Si, à un moment donné, l'obligation cesse d'être à la charge de l'Etat, le temps de perpétration de la violation se termine à ce même moment, indépendamment du fait que le comportement de l'Etat se prolonge inchangé au-delà de cette date.

<sup>486</sup> Voir ci-dessus art. 24, par. 9 du commentaire.

d'un fait internationalement illicite<sup>487</sup>, soit sur la détermination de la compétence *ratione temporis* d'un tribunal international à connaître d'un différend donné. C'est précisément à l'occasion de divergences de vues quant à la compétence d'un tribunal international à juger du différend qu'on lui avait soumis que les parties à ce différend et les instances saisies ont été amenées à prendre position sur la question de la détermination du temps de perpétration de la violation d'une obligation internationale lorsque cette violation est réalisée par un fait étatique ayant un caractère de continuité, et sur les conséquences à tirer de cette détermination.

5) Dans ses « Observations et conclusions » soumises en 1937 à la CPJI dans l'*Affaire des phosphates du Maroc*, le Gouvernement italien faisait valoir que, pour les faits illicites qu'il qualifiait de « permanents » (à savoir ayant un caractère de continuité), le temps de perpétration était nécessairement représenté « par toute la période qui est comprise entre le moment du commencement et celui de l'accomplissement ». Et il ajoutait :

Même si on considère, d'ailleurs, la figure juridique du délit permanent dans l'ordre juridique interne, on trouve généralement accueilli par la législation, la pratique et la doctrine des différents Etats le principe que l'infraction permanente ou durable se considère comme commise pendant toute la durée de l'infraction même, et que par *moment du délit*, dans le cas d'un *délit permanent* [...], on doit entendre la période entière de la permanence<sup>488</sup>.

Or, la Cour, dans son arrêt déjà cité du 14 juillet 1938, n'a en rien contesté l'exactitude du principe général ainsi formulé par le Gouvernement italien. Si la majorité de cette juridiction a rejeté la demande italienne, c'est parce qu'elle a estimé non fondée l'utilisation de ces notions dans le cas d'espèce par la partie demanderesse. Ce que les juges de la majorité ont nié, c'est, d'un côté, que les faits allégués par le Gouvernement italien eussent le caractère que celui-ci leur prêtait<sup>489</sup> et, de l'autre, que

<sup>487</sup> Il a été relevé plus haut (v. note 425) que la détermination du moment final du temps de perpétration d'un fait internationalement illicite peut être décisive pour la détermination du moment à partir duquel le délai de la prescription extinctive commence à courir. Or, tout autant que, dans le cas d'un fait illicite « instantané » ayant des effets continus, le *dies a quo* du délai de prescription s'établira *avant* la date éventuelle de cessation de ces effets, qui n'ont aucune incidence sur lui ; dans le cas d'un fait illicite « continu », par contre, ce *dies* ne pourra s'établir qu'*après* la cessation du temps de perpétration du fait illicite lui-même.

<sup>488</sup> C.P.J.I., série C, n° 84, p. 494 et suiv.

<sup>489</sup> La divergence entre le point de vue soutenu par le Gouvernement italien et celui qu'a adopté la Cour portait sur la qualification du fait dont l'Italie se plaignait, en tant que fait ayant un caractère de continuité ou en tant que fait instantané bien que suivi d'effets continus. D'après le Gouvernement italien, le monopole des phosphates marocains, institué par les dahirs du 27 janvier et du 21 août 1920 — donc avant la date critique —, mais maintenu après cette date, constituait un « fait continu » qui tombait donc sous la juridiction de la Cour (*ibid.*, p. 497 et 498).

D'après la majorité de la Cour, par contre,

« La situation dénoncée par le Gouvernement italien comme illicite est un état de droit qui est né de la législation de 1920. Elle ne peut, au point de vue de la critique qui en est faite, être isolée de la législation dont elle est issue. L'incompatibilité prétendue du régime du monopole avec les obliga-

l'on pût, en se fondant sur les termes de la clause limitant *ratione temporis* l'acceptation par la France de la juridiction obligatoire, considérer comme postérieurs à la date critique des faits qui, malgré leur persistance dans le temps, puisaient leur origine dans des mesures prises antérieurement à cette date<sup>440</sup>.

6) Plus récemment, c'est surtout la Commission européenne des droits de l'homme qui eut à distinguer entre faits illicites « instantanés à effets continus » et faits illicites « continus » pour établir sa compétence à l'égard de certains différends. Le Royaume-Uni a reconnu la compétence de cette commission à l'égard des requêtes individuelles invoquant l'incompatibilité avec les obligations découlant pour le Royaume-Uni de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>441</sup> de tout acte ou décision intervenu ou de tout fait ou événement survenu après le 13 janvier 1966<sup>442</sup>. Cela étant, la Commission européenne a manifestement adopté, en matière inter-temporelle, des solutions différentes suivant le type de faits portés devant elle. En présence d'un fait illicite « continu » s'étant

déroulé en partie avant la date critique et en partie après, elle s'est déclarée compétente par rapport à la seconde partie du « fait ». La Commission a donc reconnu que la durée de la violation de l'obligation se prolongeait au-delà du moment initial de sa perpétration<sup>443</sup>.

7) Dans la littérature juridique de droit international, c'est Triepel qui a été le premier, en 1899, à élaborer la notion de fait illicite ayant un caractère de continuité, avec les conséquences qui en découlent à propos du

<sup>443</sup> Dans la décision partielle du 16 décembre 1966 en l'Affaire de Courcy c. Royaume-Uni, par exemple, la Commission, se référant aux griefs du requérant fondés sur son maintien en détention cellulaire, vingt heures sur vingt-quatre, pendant une période de dix mois, a observé que

« [...] même si ladite période de dix mois était, en partie, postérieure au 13 janvier 1966, les conditions de détention cellulaire décrites ne constituent pas une violation des droits et libertés énoncés dans la convention [...] il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée au sens de l'article 27, par. 2, de la convention » (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1967, La Haye, vol. 10, 1969, p. 383).

Abstraction faite du fond de l'affaire, ce qui intéresse ici est que la Commission européenne a implicitement admis que le comportement de l'Etat considéré à tort par le requérant comme illicite (la détention cellulaire), bien qu'ayant débuté avant la date critique, s'est prolongé au-delà de cette date, de sorte qu'elle s'est estimée compétente en principe pour connaître de l'éventuelle incompatibilité de ce comportement, pour la seconde partie de sa durée, avec les obligations établies par la convention.

Dans l'Affaire Roy and Alice Fletcher c. Royaume-Uni, les requérants se plaignaient, entre autres, de ce que, contrairement aux dispositions de l'article 6 de la convention, ils ne fussent pas passés en jugement dans un délai raisonnable. Dans la décision rendue le 19 décembre 1967 dans cette affaire, la Commission a rejeté la requête avec cette motivation :

« *Attendu que*, en ce qui concerne la plainte des requérants selon laquelle ils n'étaient pas jugés dans un délai raisonnable pour l'inculpation de crime d'incendie sur laquelle il n'avait pas été statué lors de leur procès en 1961, il convient de noter, dans la mesure où la plainte se rapporte à la période antérieure au 14 janvier 1966, que, aux termes de sa déclaration de cette date reconnaissant la compétence de la Commission pour accepter des pétitions en vertu de l'article 25 de la Convention, le Royaume-Uni ne reconnaît la compétence de la Commission pour accepter des pétitions que dans la mesure où celles-ci ont trait à des actes ou décisions, à des faits ou événements, qui sont postérieurs au 13 janvier 1966 ; attendu qu'un examen de cette partie de la requête ne relève pas de la compétence *ratione temporis* de la Commission ;

« *Attendu que*, en outre, pour ce qui est de la période postérieure au 13 janvier 1966, un examen de cette plainte telle qu'elle a été présentée, y compris un examen d'office, ne révèle aucune apparence de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention et en particulier à l'article 6. » (Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme, *Recueil de décisions*, Strasbourg, n° 25, mai 1968, p. 86.) [Trad. du Secrétariat.]

Dans ce cas aussi, donc, la Commission a reconnu sa compétence pour connaître de l'incompatibilité éventuelle avec les dispositions de la convention de la partie du fait « continu » (constitué par la non-soumission à procès) se situant après la date critique. D'autres décisions non publiées qui vont dans le même sens sont citées par M. A. Eissen, « Les réserves *ratione temporis* à la reconnaissance du droit de recours individuel », *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, Levante, 1974, p. 94, note 38.

tions internationales du Maroc et de la France est un grief qui s'adresse avant tout aux dahirs de 1920 qui l'ont institué. Si, en l'établissant, le Maroc et la France ont violé le régime conventionnel de l'Acte général d'Algésiras du 7 avril 1906 et de la Convention franco-allemande du 4 novembre 1911, cette violation procède des dahirs de 1920. C'est dans ces dahirs qu'il faut voir les faits essentiels constitutifs du prétendu accaparement et, par conséquent, les véritables faits générateurs du différend relatif à cet accaparement. Or, ces dahirs sont des « faits » qui, par leur date, échappent à la juridiction de la Cour. » (*C.P.J.I.*, série A/B, n° 74, p. 25 et 26.)

La thèse italienne était, quant à elle, soutenue par le juge Cheng Tien-hsi, dans son opinion individuelle, qui disait :

« [...] le monopole — bien qu'il ait été institué par le dahir de 1920 — existe encore aujourd'hui. Il s'agit là d'une situation ou d'un fait actuel. S'il en résulte une injustice, cette injustice ne provient pas simplement du fait qu'elle a été causée, mais du fait que le tort continue à être causé à ceux dont, prétend-on, les droits conventionnels ont été enfreints, et le préjudice ne poursuit pas simplement son existence antérieure, mais il acquiert même une nouvelle existence chaque jour, tant que demeure en vigueur le dahir qui l'a institué pour la première fois. Le cas du monopole diffère entièrement de celui où une partie lésée n'a pas obtenu satisfaction en réparation d'un tort prétendu, — ce cas serait analogue à la décision de 1925 ; il ne s'agit pas non plus simplement des conséquences d'un acte illicite », ce qui signifierait que le tort aurait été causé antérieurement et une fois pour toutes à un moment donné ; [...] il ne suffit pas de dire qu'il s'agit d'une situation juridique résultant de la législation de 1920 ou ne pouvant être envisagée à part de la législation dont cette situation ou ce fait est le résultat ; l'essence du différend, en effet, est la suivante : le demandeur se plaint de ce qu'il a constamment représenté comme un état de choses continu et permanent incompatible avec des droits étrangers plutôt que du simple fait de la création de cet état de choses » ; [...]. Pour ces motifs, je suis d'avis que le monopole n'est pas une situation ou un fait antérieur à la date critique, et par conséquent, quels que puissent être les mérites de la demande, le différend qui le vise ne sort pas du domaine de la juridiction de la Cour. » (*Ibid.*, p. 36 et 37.)

<sup>440</sup> Pour l'opinion de la majorité de la Cour, voir *ibid.*, p. 21 et suiv. ; pour l'avis contraire à cette opinion exprimé dans l'opinion dissidente du juge van Eysinga, voir *ibid.*, p. 33 et suiv.

<sup>441</sup> En vigueur pour le Royaume-Uni depuis le 3 septembre 1953.

<sup>442</sup> Voir ci-dessus note 416.

temps de réalisation de ce type de fait <sup>444</sup>. Cette notion a ensuite été reprise dans diverses études générales consacrées à la responsabilité des Etats <sup>445</sup>, ainsi que dans des ouvrages consacrés à l'interprétation de la formule « situations et faits antérieurs à une date donnée », employée dans certaines déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CPJI <sup>446</sup>, ou consacrés à l'interprétation de formules analogues contenues dans les déclarations britannique et italienne d'acceptation de la compétence de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de requête individuelle <sup>447</sup>. Tous ces auteurs sont explicitement ou implicitement d'accord pour reconnaître que le temps de perpétration de la violation réalisée par un fait ou une situation continue se prolonge au-delà du moment initial de la réalisation de cette violation et ne se termine qu'au moment où soit le fait de l'Etat cesse d'exister, soit l'obligation cesse d'être en vigueur pour ledit Etat.

8) Pour terminer sur ce point, la Commission estime utile de rappeler à nouveau, comme elle l'a déjà fait de manière générale <sup>448</sup>, qu'il faut veiller à ce qu'une parfaite cohérence règne entre les principes dont s'inspirent les différentes règles formulées dans le présent projet. En particulier, elle désire faire ressortir que la solution consacrée au paragraphe 1 de l'article 25 est en harmonie avec celle qui a été précédemment adoptée au paragraphe 3 de l'article 18. Par cette disposition, la Commission a entendu répondre, dans l'hypothèse spécifique d'un fait ayant caractère de continuité, à l'exigence générale de simultanéité entre la vigueur d'une obligation internationale à l'égard de l'Etat et la réalisation par cet Etat d'un fait non conforme à cette obligation pour qu'il y ait violation de ladite obligation. En ne requérant pas que cette simultanéité existe dès le point de départ d'un fait étatique « continu » et en se bornant à exiger que ladite simultanéité existe à un moment quelconque du déroulement de ce fait <sup>449</sup>, la Commission a implicitement pris position au sujet de la durée de la violation perpétrée par un fait de ce genre. Les deux règles du paragraphe 3 de l'article 18 et du paragraphe 1 de l'article 25 se conforment donc, avec un parallélisme rigoureux, à l'idée que le temps de perpétration de la violation d'une obligation internationale

réalisée par un fait continu correspond à la période tout entière durant laquelle ce fait se déroule.

9) La deuxième des hypothèses envisagées par le présent article est celle d'une violation d'une obligation internationale réalisée par l'un de ces faits qu'en d'autres occasions déjà la Commission a qualifiés de « faits étatiques composés ». Par cette expression, on entend désigner un type de fait qui, comme le fait continu, s'étale sur un temps plus ou moins long. A la différence du fait continu, cependant, le fait étatique composé n'est pas constitué par un comportement unique qui se prolonge lui-même dans le temps en conservant la même identité : il est constitué par une série de faits étatiques individuels se succédant dans le temps, à savoir une suite de comportements distincts, actions ou omissions, adoptés dans des cas d'espèces distincts, mais concourant tous à la réalisation du fait global en question. La réalisation de ces différents faits individuels est requise pour que se trouvent réunies les conditions de la violation d'une obligation internationale, laquelle consiste précisément à interdire la perpétration du fait global qui est la résultante de l'ensemble des faits individuels. Pris séparément, les faits individuels distincts qui concourent à former le « fait composé » peuvent être internationalement licites. Il est également possible, et même fréquent, que chacun d'eux soit lui-même un fait internationalement illicite, mais cela par rapport à une obligation internationale autre que celle qui détermine l'illicéité du fait d'ensemble. Pour conclure, le trait distinctif commun des faits étatiques du type ici considéré est de comporter une suite d'agissements — lesquels, pris séparément, peuvent être licites ou illicites — qui sont liés entre eux par une identité d'intention, de contenu et d'effets, tout en se rapportant à des cas d'espèce différents.

10) Il est aisé de relever des exemples de violations d'obligations internationales réalisées par des faits composés. Supposons que l'Etat A se soit engagé, par un traité d'établissement et de collaboration économique, à admettre en termes généraux une participation de ressortissants de l'Etat B à l'exploitation de certaines de ses propres ressources, minières, agricoles ou maritimes, et qu'en exécution de cette obligation nombre de concessions aient été attribuées à des personnes physiques ou morales relevant de l'Etat B. Supposons que, par la suite, l'une de ces concessions fasse l'objet d'une expropriation pour des motifs donnés : cette expropriation peut être en elle-même internationalement irréprochable, ayant été effectuée dans le respect des règles internationales relatives aux expropriations de propriétés étrangères. Elle peut également être internationalement illicite, soit sur la base d'une obligation conventionnelle en vertu de laquelle, par exemple, les deux Etats seraient tenus de ne pas procéder à des expropriations de biens appartenant à leurs ressortissants respectifs, soit sur la base d'une obligation coutumière, par exemple pour défaut d'indemnisation adéquate. Mais elle ne réalise pas, à elle seule, une violation par l'Etat A de son obligation d'admettre d'une manière générale une participation de ressortissants de l'Etat B à l'exploitation de ses propres ressources économiques. Si, par contre, la première expropriation est suivie de toute

<sup>444</sup> Triepel, *op. cit.*, p. 289. (Edition française : *Droit international et droit interne*, tr. par R. Brunet, Paris, Pédone, 1920, p. 287.)

<sup>445</sup> Voir p. ex. Decencière-Ferrandière, *op. cit.*, p. 93 ; Ago, *loc. cit.*, p. 518 et suiv. ; Graefrath, Oeser et Steiniger, *op. cit.*, p. 60 et 61.

<sup>446</sup> Voir p. ex. J. Fischer Williams, « The optional clause (The British signature and reservations) », *British Year Book of International Law*, 1930, Londres, vol. 11, p. 74 et 75 ; R. Montagna, « La limitazione *ratione temporis* della giurisdizione internazionale obbligatoria », *Scritti giuridici in onore di Sant' Romano*, Padoue, CEDAM, 1940, vol. III, p. 130 et suiv.

<sup>447</sup> Voir p. ex. Eissen, *loc. cit.*, p. 94 et 95.

<sup>448</sup> Voir ci-dessus art. 24, par. 2 du commentaire.

<sup>449</sup> La CDI avait pris cette position en se basant notamment sur la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme (Affaire De Becker). Voir *Annuaire... 1976*, vol. II, (2<sup>e</sup> partie), p. 86 et 87, doc. A/31/10, art. 18, par. 21 du commentaire.

une série d'autres dont l'effet global est de réduire en fait à néant cette participation, l'ensemble des mesures ainsi prises réalise manifestement une violation de l'obligation que l'Etat A avait assumée en concluant avec l'Etat B le traité d'établissement et de collaboration économique. En d'autres termes, l'Etat A ne fait alors que réaliser par une pluralité d'actes distincts, formant à eux tous un fait composé, le même objectif internationalement illicite auquel il serait parvenu par un acte unique, législatif ou autre, excluant en général les ressortissants de l'Etat B de l'exercice de toute activité économique sur son territoire. Un autre exemple, fréquemment cité, est fourni par la violation d'une obligation interdisant à l'Etat auquel elle s'adresse d'adopter une « pratique discriminatoire » en ce qui concerne l'accès des étrangers originaires d'un pays donné à l'exercice d'une activité ou d'une profession. Face à une interdiction ainsi formulée, le rejet isolé de la demande présentée par un ressortissant dudit pays ne peut pas être considéré à lui seul comme une violation de cette interdiction. Mais si les demandes émanant de ressortissants de ce pays sont systématiquement rejetées par les autorités étatiques dans toute une série de cas, cet ensemble de rejets, pris en bloc, constitue sûrement la « pratique » discriminatoire que l'on entendait empêcher, et se trouve donc en contradiction manifeste avec ce que l'obligation requiert de l'Etat. D'autre part, dans son commentaire de l'article 18, par. 4, la CDI a déjà attiré l'attention sur le fait que, dans la pratique du Conseil économique et social des Nations Unies, une violation systématique des droits de l'homme et des libertés fondamentales acquiert le caractère d'une infraction en soi, différente de celle qui peut éventuellement être constituée par une violation isolée de ces droits ou de ces libertés<sup>450</sup>. La notion de fait internationalement illicite composé trouve donc une application également dans ce contexte.

11) Il découle logiquement des caractéristiques propres d'un fait composé que le moment auquel se produit la violation de l'obligation réalisée par un fait de cette nature ne peut certes pas être le moment du premier fait particulier de la série, à savoir celui qui apparaîtra par la suite seulement comme le fait l'ayant, en quelque sorte, « inaugurée ». Ce ne sera qu'après toute une série de faits de même nature que se révélera le fait composé : l'un d'entre eux sera, à un moment donné, le « déclic » qui fera apparaître, non plus une simple succession accidentelle de faits isolés, mais un fait global méritant en tant que tel une définition à part. Avant ce moment-là, rien ne permet d'affirmer que la violation réalisée par ce fait global existe ; ce sera donc à ce moment-là, et non pas auparavant, que l'existence de la violation sera établie<sup>451</sup>.

<sup>450</sup> *Ibid.*, p. 87, note 438.

<sup>451</sup> Ici aussi, pour pouvoir conclure à la violation de l'obligation internationale et, par conséquent, pour pouvoir déterminer le « moment » où cette violation s'est produite, il faudra que les autres conditions de l'existence d'une telle violation se trouvent réunies. Dans l'hypothèse à laquelle l'on se réfère actuellement, il faudra notamment que soit remplie la condition indiquée au paragraphe 4 de l'article 18, qui spécifie par rapport à ladite hypothèse l'exigence générale de la contemporanéité entre la

12) Il est d'autre part évident que, une fois révélée l'existence du fait composé, tous les faits particuliers qui le constituent, depuis son commencement, s'en trouvent affectés. Par exemple, dès qu'il apparaît que, par une succession de mesures individuelles d'expropriation, l'Etat procède à l'exclusion générale des étrangers de l'exercice d'une activité déterminée, ou que par toute une série de cas concrets de discrimination l'Etat se livre à une véritable « pratique » discriminatoire, cette exclusion, cette pratique — et par conséquent la violation de l'obligation — sont censées avoir commencé avec la première mesure, le premier cas, de la série. Autrement, on aboutirait au résultat absurde de reconnaître, par exemple, l'existence d'une « pratique » dans une action unique. En outre, si, par la suite, des agissements semblables s'ajoutaient à la série déjà constatée, le fait « composé » s'enrichirait automatiquement de tous ces faits particuliers ultérieurs, et la violation de l'obligation s'étendrait en conséquence. En conclusion, la durée, le *temps de perpétration*, de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait « composé » s'étale à partir du moment où a lieu le premier des faits étatiques individuels qui le composent jusqu'au moment où intervient le dernier fait à venir s'y ajouter<sup>452</sup>. Le début de ce temps de perpétration ne coïncide donc en aucun cas avec le moment, nécessairement postérieur, où la violation se parfait et est établie. Ce deuxième moment pourrait, à la rigueur, être aussi celui qui marque la fin du temps de perpétration de la violation, mais normalement ce temps de perpétration s'étendra au-delà d'un tel moment, car il est difficilement concevable que la série de faits individuels constituant le fait composé se termine avec celui de ces faits individuels qui aurait établi l'existence de la violation.

13) L'importance pratique de la détermination du temps de perpétration de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait étatique « composé » peut se révéler sous plusieurs aspects mentionnés dans le commentaire de l'article 24<sup>453</sup>. Nul doute que cette détermination puisse avoir des incidences considé-

« vigueur » d'une obligation internationale et la réalisation éventuelle d'une violation de cette obligation. En vertu de cette disposition, il y a violation de l'obligation si le fait « composé » peut être considéré comme constitué par les actions ou omissions accomplies par l'Etat pendant la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à son égard. Il en découle que si l'obligation internationale était en vigueur à l'égard de l'Etat lorsque celui-ci a commis les premiers faits individuels de la série, mais ne l'était plus quand l'Etat a commis le fait individuel ultérieur permettant désormais d'établir l'existence du fait composé, on ne pourra ni conclure à l'existence d'une violation de l'obligation internationale ni évidemment déterminer le « moment » d'une telle violation.

<sup>452</sup> On parle toujours, évidemment, des faits individuels commis pendant que l'obligation était en vigueur pour l'Etat. Les agissements commis avant l'entrée en vigueur de l'obligation ou après son extinction ne sauraient être pris en considération aux fins de la détermination du temps de perpétration de la violation. Ce temps commence avec le premier fait de la série commis après l'entrée en vigueur de l'obligation et prend fin avec le dernier fait accompli avant l'éventuelle extinction de cette obligation.

<sup>453</sup> Voir ci-dessus art. 24, par. 5 du commentaire.

rables sur la définition de la réparation due à la suite de l'infraction, cette réparation ne pouvant qu'être fonction de la durée de la perpétration du fait composé. Nul doute non plus que la même détermination puisse se révéler décisive en ce qui concerne la reconnaissance de la compétence *ratione temporis* d'un tribunal international pour connaître du différend engendré par la perpétration d'un fait internationalement illicite composé. Si cette perpétration se situe à cheval sur la date critique, il paraît évident que — toujours sous réserve d'une conclusion différente imposée par l'interprétation de la clause limitative — la compétence devra être reconnue, le fait illicite « composé » s'étant étendu dans le temps après ladite date critique. Quant au délai de la prescription extinctive, il semble normal qu'il ne puisse courir qu'à partir du moment où s'est produit le dernier dans le temps des faits individuels constituant le fait composé. Enfin, il n'est pas exclu que la détermination du temps de perpétration de la violation réalisée par un fait « composé » puisse avoir de l'influence sur l'éventuelle qualification du fait composé en tant que « crime international », aux termes de l'article 19 du projet. Par exemple d'après l'alinéa c du paragraphe 3 de cet article, « un crime international peut notamment résulter [...] d'une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celles interdisant l'esclavage, le génocide, l'*apartheid* ». Or, pour que la violation d'une obligation correspondant à cette description par un fait étatique tel que l'adoption d'une politique ou « pratique » de discrimination ou d'esclavage puisse être qualifiée de « violation grave et à une large échelle », la détermination de la durée de cette violation pourra se révéler essentielle.

14) La troisième hypothèse envisagée à l'article 25 est celle d'une violation d'une obligation internationale réalisée par un fait appartenant à cette catégorie de faits auxquels la Commission a eu à faire à plusieurs reprises et qu'elle a dénommés « faits étatiques complexes ». Par cette expression, la Commission désigne un type de fait dont la perpétration s'étend également dans le temps, mais qui se différencie, non seulement des « faits continus », mais aussi des « faits composés », dont il se rapproche cependant. Un fait « complexe » n'est pas constitué par une série de faits étatiques individuels distincts, commis dans des cas d'espèce distincts. Bien qu'il soit lui aussi constitué par une succession de comportements, d'actions ou omissions, étatiques, ces actions ou omissions (émanant soit d'un même organe soit, plus fréquemment, d'organes différents) sont toutes adoptées dans un cas d'espèce unique et représentent dans leur ensemble la position prise par l'Etat dans ledit cas.

15) La Commission a posé aux articles 21, par. 2, et 22 des règles permettant de déterminer l'existence d'une infraction internationale constituée par un fait « complexe » de l'Etat. Ces règles mettent en lumière l'importance toute particulière que présente cette notion lorsqu'on veut expliquer la façon dont se réalise la violation de certaines obligations, fréquentes dans des secteurs particuliers du droit international, à savoir les obliga-

tions qui requièrent de l'Etat qu'il assure, par les moyens de son choix, un résultat déterminé, et qui lui accordent, en plus de ce choix initial, la faculté de corriger, en recourant à de nouveaux moyens, la situation impropre éventuellement provoquée, dans un cas d'espèce donné, par les moyens initialement utilisés, de façon à atteindre, à un deuxième stade, le résultat internationalement requis, ou du moins un résultat équivalent. L'hypothèse fondamentale d'un fait internationalement illicite complexe est donc celle d'une infraction qui, entamée, mise en marche par l'action ou omission d'un organe étatique ayant initialement failli à la tâche de réaliser, dans un cas concret, le résultat requis par une obligation internationale, est ensuite complétée et parachevée par de nouvelles actions, émanant, comme on l'a dit, parfois du même organe, mais plus souvent d'autres organes, intervenant dans la même affaire à un moment ultérieur. En d'autres termes, le fait internationalement illicite complexe est l'aboutissement global de tous les comportements adoptés, à des étapes successives, dans un cas d'espèce donné, par des organes étatiques — comportements dont chacun aurait pu assurer le résultat internationalement requis et dont chacun a manqué à le faire. La Commission en a déjà donné des exemples concrets et d'autres pourraient s'y ajouter : acquittement par tous les degrés successifs de juridiction des auteurs d'un crime contre le représentant d'un gouvernement étranger ; déni de justice résultant, pour un ressortissant étranger, d'un ensemble de décisions émanant de toute la série des instances judiciaires saisies ; violation, dans un cas d'espèce donné, d'une obligation conventionnelle concernant le traitement à réserver aux ressortissants d'un pays déterminé, ou aux nationaux d'une certaine origine ethnique, réalisée par l'effet conjoint d'agissements successifs d'organes appartenant à des branches différentes du pouvoir étatique ; etc.

16) La prise en considération des caractéristiques propres d'un fait « complexe », alliée au souci de cohérence avec la position adoptée par la Commission au sujet des questions examinées aux articles 21, par. 2, et 22, dictent logiquement la solution à apporter aux problèmes du *tempus commissi delicti* relativement à un fait de cette nature. En ce qui concerne la détermination du moment de l'accomplissement de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait complexe, la Commission pense pouvoir exclure que ce moment soit celui du comportement initialement adopté, dans le cas d'espèce, par un organe étatique, à savoir celui du comportement de l'organe qui, le premier, a manqué à la tâche d'assurer le résultat requis par l'obligation. Ce comportement a seulement ouvert l'*iter* de la violation, mais ne l'a pas fermé<sup>454</sup>. Le moment où, dans l'hypothèse envisagée, la violation se produit ne peut être que celui du comportement étatique qui ferme cet *iter*, à savoir du comportement qui rend définitivement irréalisable

<sup>454</sup> Le cas où le comportement initial aurait rendu lui-même définitivement irréalisable le résultat requis de l'Etat par l'obligation, et où, par conséquent, la violation se produirait au moment de ce comportement initial, se situe par définition en dehors de l'hypothèse du fait étatique « complexe ».

ble l'obtention par l'Etat du résultat voulu par l'obligation. Ce n'est qu'à ce moment, en effet, que, tous les éléments constitutifs du fait complexe se trouvant réunis, les conditions de l'existence d'une violation par ce fait de l'obligation internationale en question sont remplies <sup>455</sup>.

17) Quant au *temps de perpétration de la violation*, il paraît tout aussi évident qu'il ne peut pas être circonscrit au moment du comportement final qui parfait la violation. La non-conformité du fait complexe de l'Etat avec ce qui est requis de lui par l'obligation internationale a été le produit d'une pluralité de comportements étatiques successifs, et non pas seulement du comportement final. Il serait donc inadmissible de ne tenir compte, pour la détermination de la durée de la violation, que de ce dernier comportement, en négligeant tout ceux qui l'ont précédé — à commencer par le premier, qui reste celui qui, au départ, a donné son caractère à la violation et en a, dans une large mesure, déterminé les conséquences dommageables. Le temps de perpétration de la violation doit donc être calculé à partir du moment où s'est produit le premier agissement étatique ayant créé une situation non conforme au résultat requis par l'obligation, jusqu'au moment où a eu lieu le comportement qui a rendu définitivement irréalisable l'obtention du résultat en question. Le temps de perpétration de la violation réalisée par un fait complexe commence donc à un moment antérieur à celui où la violation se produit en se parachévant, et il se termine à ce moment précis ; autrement dit, il y a coïncidence entre le moment où la perpétration de la violation arrive à son terme et le moment auquel la violation se produit.

18) Les prises de position des Etats et les opinions exprimées par les tribunaux internationaux, bien qu'elles ne soient pas nombreuses, confirment à ce sujet le bien-fondé de conclusions imposées avant tout par des considérations de logique juridique. Dans l'*Affaire des phosphates du Maroc*, déjà citée à propos d'autres aspects de la question, le Gouvernement italien dénonçait (encore que, on l'a dit, à titre de grief subsidiaire) la spoliation de la société italienne *Miniere e Fosfati* de ses droits acquis <sup>456</sup> — spoliation réalisée, à son avis, par la décision du Service des mines du 8 janvier 1925 et par le déni de justice qui l'avait suivie, en violation de l'obligation de la France de respecter ces droits. D'après le gouvernement demandeur, on se trouvait là en présence

d'un fait internationalement illicite, amorcé sans doute par la décision de 1925, mais qui n'était devenu parfait et définitif qu'avec les actes de 1931 et de 1933, par lesquels le Gouvernement français avait refusé d'assurer aux ressortissants italiens intéressés des recours efficaces contre la décision incriminée <sup>457</sup>, et il s'agissait donc d'un cas typique de fait internationalement illicite « complexe ». Le gouvernement demandeur s'exprimait ainsi au sujet des aspects inter-temporels des violations d'obligations de résultat réalisées par les faits décrits plus haut :

[...] c'est seulement au moment où l'on a comme résultat final un manquement à ces obligations que la violation du droit international est parfaite, et que l'on est ainsi en présence d'un fait illicite pouvant donner lieu à un différend international. En l'espèce, les obligations internationales qui s'imposaient à la Puissance protectrice, concernant le traitement à réserver à la société *Miniere e Fosfati* en tant que ressortissante italienne, n'exigeaient pas qu'elles fussent exclusivement réalisées par certains organes. Ces obligations imposaient particulièrement d'admettre effectivement ladite société aux bénéficiaires des concessions minières ; mais il n'était pas encore décisif qu'un tel résultat fût écarté par le Service des mines. [...] Tant qu'il y avait encore une possibilité de rétablir la situation conforme à ces obligations — et s'il y avait eu une sérieuse intention en ce sens, aucune occasion n'aurait pu être plus propice que celle d'une révision de la décision du Service des mines de la part de la plus haute autorité du Protectorat —, on ne pouvait pas encore affirmer qu'il se fût produit un fait illicite international parfait et définitif, donnant lieu à la responsabilité internationale de l'Etat, et faisant surgir un différend international <sup>458</sup>.

Et, dans ses plaidoiries orales, il ajoutait :

C'est seulement le 28 janvier 1933 que l'Etat protecteur déclare que, désormais, il ne va pourvoir par aucun moyen à la réalisation de l'effet requis par le droit international et qu'il veut profiter de l'occasion que lui fournit sa loi judiciaire pour rendre définitive la spoliation des ressortissants italiens. C'est donc à ce moment-là que s'accomplit vraiment la violation du droit conventionnel ; c'est à ce moment-là que s'accomplit vraiment le manquement définitif à l'obligation de faire jouir les ressortissants italiens du régime des concessions <sup>459</sup>.

Il est caractéristique que, mis en présence de cette argumentation, ni le gouvernement défendeur ni la Cour elle-même n'ont avancé d'objections à la thèse de principe développée par le gouvernement demandeur. Ce que le Gouvernement français <sup>460</sup> et également la Cour <sup>461</sup> ont contesté, c'est que, par l'application de cette thèse de principe, on pût parvenir, dans le cas d'espèce, à surmonter l'exception de l'incompétence *ratione temporis* de la Cour. Pour ce qui peut intéresser

<sup>455</sup> Il va sans dire qu'avant d'affirmer que le moment d'un comportement étatique donné constitue le moment de la violation d'une obligation internationale, il faut d'abord s'assurer — on l'a indiqué ci-dessus aux notes 420, 433 et 451 — que toutes les autres conditions de la violation de cette obligation ont aussi été remplies. Il faudra donc avoir établi, aux termes du paragraphe 5 de l'article 18, que l'obligation était en vigueur à l'égard de l'Etat quand le premier des éléments constitutifs du fait complexe a été acquis. Ensuite, si l'obligation de résultat dont on allègue la violation est une obligation concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, il faudra aussi, aux termes de l'article 22, avoir établi que les particuliers n'avaient pas, ou n'avaient plus, de recours internes efficaces contre le comportement de l'Etat censé rendre définitivement irréalisable le résultat requis.

<sup>456</sup> C.P.J.I., série A/B, n° 74, p. 27.

<sup>457</sup> Voir « Observations et conclusions » du Gouvernement italien, 15 juillet 1937 : C.P.J.I., série C, n° 84, p. 493.

<sup>458</sup> Nouvelles observations du Gouvernement italien, 21 février 1938 : *ibid.*, p. 850.

<sup>459</sup> Exposé du Conseil du Gouvernement italien, séance du 12 mai 1938 : *ibid.*, n° 85, p. 1232 et 1233. La thèse ainsi développée permettait au Gouvernement italien de soutenir que l'infraction réalisée par une succession d'actes s'étalant de 1925 à 1933 et devenue définitive à cette dernière date était à considérer dans son ensemble comme un fait « postérieur » à la date d'acceptation par la France de la juridiction obligatoire.

<sup>460</sup> Voir surtout la plaidoirie orale du 5 mai 1938 de l'agent du Gouvernement français : *ibid.*, p. 1048 et suiv.

<sup>461</sup> *Ibid.*, série A/B, n° 74, p. 22 et suiv.

la solution consacrée au paragraphe 3 de l'article 25, il est donc à souligner a) que, dans ce cas judiciaire important, le demandeur a ouvertement soutenu, sur le plan de la définition des notions, l'existence d'une catégorie de faits internationalement illicites constitués par une succession, dans une même affaire, de comportements étatiques distincts, mais contribuant tous, globalement, à la réalisation de la violation, et qu'il a délibérément et explicitement écarté la possibilité de considérer comme étant le moment où se produit la violation de l'obligation par un fait de cette espèce le moment où a lieu le comportement initial de la série ; et b) que le défendeur, loin de s'opposer du point de vue théorique aux principes prônés par le demandeur, a accepté de raisonner sur la base de l'existence de cas dans lesquels le temps de perpétration de l'obligation comprendrait « plusieurs moments ». Il ne l'aurait vraisemblablement pas fait s'il avait été convaincu que par temps de perpétration ou de la violation il fallait, dans des cas de ce genre, entendre exclusivement le moment du premier comportement de l'Etat.

19) On peut trouver une confirmation indirecte du bien-fondé des solutions proposées *supra*<sup>402</sup> dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme. On a rappelé que le Royaume-Uni avait reconnu la compétence de cette commission à l'égard des requêtes individuelles se rapportant aux actes, décisions, faits ou événements postérieurs au 13 janvier 1966, et qu'une réserve analogue avait été faite par l'Italie<sup>403</sup>. La jurisprudence de cette commission n'a été publiée qu'en partie : on ne sait donc pas toujours quelle a été l'attitude de la Commission européenne en présence de requêtes dirigées contre un acte ou une décision antérieurs à la date critique, mais entre lesquels les recours internes ne se sont trouvés épuisés qu'après cette date. Certaines des décisions publiées fournissent néanmoins des indices sur l'attitude possible de la Commission à ce sujet. C'est le cas, par exemple, d'une décision rendue dans une affaire où le requérant se plaignait de la procédure suivie par les organes du Royaume-Uni en vue de l'expropriation de biens lui appartenant. La décision d'expropriation était antérieure à la date critique, tandis que la dernière des décisions rendues en l'affaire était postérieure. La Commission jugea que la requête était irrecevable, mais cela pour de toutes autres raisons que l'existence de la réserve *ratione temporis* du Royaume-Uni<sup>404</sup>. La possibilité d'exclure la compétence de la Commission parce que la décision d'expropriation était antérieure à la date critique ne fut en fait mentionnée ni par le Royaume-Uni ni par la Commission. Dans une autre affaire, la requérante prétendait que la dernière en date des décisions des autorités du Royaume-Uni en l'affaire (celle qui, d'après elle, était à considérer comme définitive) était une décision postérieure à la date

critique. La discussion s'engagea sur le point de savoir si la véritable décision définitive dans le cas d'espèce était celle qu'alléguait la requérante ou la décision antérieure à la date critique qu'indiquait le Gouvernement britannique. La Commission fit sienne l'opinion du Gouvernement britannique à ce sujet et, sur cette base, se déclara incompétente *ratione temporis* à l'égard de la réclamation<sup>405</sup>. Mais ce qui est tout de même intéressant, c'est que la Commission ait considéré comme date à retenir pour déterminer si un fait était antérieur ou postérieur à la date critique, non pas la date du comportement initial de l'Etat en l'affaire — en l'espèce celle de l'acte d'expropriation —, mais la date de la décision par laquelle il a été définitivement statué sur le recours de la partie réclamante<sup>406</sup>.

20) La conclusion de la Commission européenne des droits de l'homme sur le point ici considéré est donc la suivante : a) lorsque la violation est réalisée par un fait étatique « complexe », le moment auquel cette violation se produit, à savoir celui où son existence est établie, est le moment auquel le dernier des comportements qui concourent à former le fait complexe vient se joindre aux autres l'ayant précédé ; b) le temps de perpétration de cette violation s'étend sur toute la période à partir du moment du premier comportement qui a amorcé la violation en créant une situation non conforme au résultat requis par l'obligation, jusqu'au moment du comportement final qui a parachevé la violation en rendant définitivement irréalisable le résultat en question.

21) L'importance pratique de cette conclusion se traduit par les conséquences qu'elle entraîne sous presque tous les aspects envisagés dans le commentaire de l'article 24<sup>407</sup>. La détermination du montant de la réparation due par l'Etat auteur de la violation sera manifestement influencée par le fait que l'on considère comme temps de perpétration de la violation toute la période allant du premier au dernier des comportements constitutifs du fait étatique complexe, et non pas seulement l'un ou l'autre de ces comportements. La condition dite du caractère national de la réclamation se traduira, à la lumière des solutions consacrées au paragraphe 3 de l'article 25, par l'exigence que le particulier pour lequel l'Etat entendrait prendre fait et

<sup>405</sup> Décision du 14 décembre 1970, requête n° 4430/70 (Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme, *Recueil de décisions*, Strasbourg, n° 37, octobre 1971, p. 112 et suiv.).

<sup>406</sup> Sur la valeur et la portée des clauses limitant *ratione temporis* l'acceptation de la compétence de la Commission européenne des droits de l'homme, voir l'étude de G. Sacerdoti, « Epuisement préalable des recours internes et réserve *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de requête individuelle », *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, Levante, 1974, p. 133 et suiv. Sur la question générale de la détermination du *tempus commissi delicti* en cas de violation d'une obligation internationale réalisée par un fait « complexe », voir Ago, *loc. cit.*, p. 417 et 418 ; P. Reuter, « La responsabilité internationale », *Droit international public* (cours), Paris, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956, p. 98 et suiv.

<sup>407</sup> Voir ci-dessus art. 24, par. 5 du commentaire.

<sup>402</sup> Voir ci-dessus par. 16 et 17.

<sup>403</sup> Voir ci-dessus note 416.

<sup>404</sup> Décision du 4 février 1970, requête n° 3651/68 (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1970, La Haye, vol. 13, 1972, p. 477).

cause ait possédé la nationalité de l'Etat en question dès le moment du premier comportement étatique ayant créé une situation non conforme au résultat requis, et non pas simplement, par exemple, à partir du moment du comportement ayant conclu l'*iter* de la formation du fait complexe. L'éventuelle *limitation « ratione temporis » de la compétence d'un tribunal international* aux différends portant sur des « situations » ou des « faits » postérieurs à une date déterminée ne devra normalement pas amener à exclure cette compétence, par rapport à des différends portant sur un fait « complexe », si le moment final du temps de perpétration de ce fait se trouve être postérieur à la date critique — réserve faite de la possibilité d'une conclusion différente découlant de l'interprétation du texte prévoyant cette limitation. Finalement, le *délai de prescription* du droit à faire valoir la responsabilité de l'Etat auteur de la violation de l'obligation commencera logiquement à courir à partir du moment où le dernier des éléments constitutifs du fait complexe se sera joint aux autres, et non pas, par exemple, du moment de la réalisation du premier de ces éléments.

22) Dans la rédaction de l'article 25, la Commission a eu soin d'établir le parallélisme voulu avec le libellé de l'article 24, et d'assurer une parfaite unité de terminologie et une parfaite cohérence de solutions avec le même article 24 et d'autres articles précédents, l'article 18, notamment, qui exige, comme on l'a souvent rappelé, que toute obligation se trouve être en vigueur au moment où sa violation est censée se produire. D'une manière uniforme, les trois paragraphes de l'article 25 établissent les critères relatifs à la détermination du *tempus commissi delicti* dans les trois hypothèses essentielles et distinctes de violations réalisées par des faits étatiques ayant en commun le caractère de s'étendre dans le temps. Chacun de ces paragraphes énonce d'abord la règle relative à la détermination du *moment* auquel se produit, dans chacune des hypothèses respectivement prises en considération, la violation de l'obligation internationale, et ensuite la règle concernant la détermination du temps de perpétration de cette violation, c'est-à-dire de sa *durée*.

Article 26

Moment et durée de la violation  
d'une obligation  
internationale de prévenir un  
événement donné

La violation d'une obligation internationale requérant de l'Etat de prévenir un événement donné se produit au moment où l'événement commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle l'événement continue.

Commentaire \*/

1) Le présent article a pour objet la détermination du moment et de la durée de la violation d'une obligation internationale dans le cas où l'obligation requiert de l'Etat la prévention de la survenance d'un événement donné. La nécessité de prévoir une règle spéciale régissant la détermination de ces deux aspects du *tempus commissi delicti* en cas de violation d'une obligation de ce type particulier procède essentiellement

des mêmes raisons que celles qui ont requis la formulation d'une règle spéciale pour la détermination, dans le même cas, des conditions de l'existence de la violation. Ainsi qu'on l'a déjà indiqué <sup>468</sup>, l'espèce particulière des obligations requérant de l'Etat qu'il fasse en sorte, par des moyens de son choix, qu'un événement donné ne se produise pas se différencie des autres obligations de la catégorie générale des obligations de résultat en ceci que le résultat à assurer, dans le cas présent, est la non-survenance d'un événement extérieur — d'un fait de l'homme ou de la nature — étranger, en tant que tel, à l'action de l'Etat. Comme — on l'a aussi mis en évidence — la clef de la violation est, dans cette hypothèse particulière, la « survenance de l'événement » que l'Etat aurait dû prévenir, il s'ensuit que, tout comme cette survenance est la condition *sine qua non* pour qu'il y ait violation de l'obligation, elle doit aussi être nécessairement l'élément décisif pour la détermination, dans cette même hypothèse, du moment et de la durée de ladite violation.

2) On a indiqué *supra* <sup>469</sup> que la survenance de l'événement ne constitue toutefois pas la seule condition spécifiquement requise pour qu'il y ait violation d'une obligation internationale exigeant de l'Etat qu'il assure le résultat consistant à prévenir la survenance d'un événement et que, pour que l'existence de cette violation puisse être considérée comme acquise, il faut aussi qu'un lien de causalité indirecte existe entre la survenance de l'événement et le comportement adopté en l'occurrence par les organes de l'Etat. Il a été souligné que l'événement doit avoir pu se produire du fait que l'Etat n'a pas su le prévenir par son comportement, alors que par un comportement différent il aurait pu l'éviter. C'est seulement à la condition supplémentaire que tout cela ressorte qu'il est permis de conclure que le résultat requis par l'obligation n'a pas été assuré. Mais cette condition supplémentaire ne saurait avoir une incidence sur la question de la détermination du moment de la violation de l'obligation internationale. La violation ne peut pas être considérée comme réalisée à un moment où le défaut d'action préventive de la part de l'Etat — défaut susceptible de rendre éventuellement possible la survenance de l'événement — se serait peut-être déjà révélé, mais n'aurait pas encore eu comme conséquence que l'événement se produise dans les faits. La logique même empêche donc de considérer que le moment de la violation puisse se situer à un moment quelconque antérieur à la survenance de l'événement.

3) La détermination du *moment de la violation* dans l'hypothèse envisagée est donc d'une grande simplicité : le moment de la réalisation de la violation coïncidera nécessairement avec le moment de la survenance de l'événement. Quant à ce dernier moment, ce sera celui où l'événement en question commence et en même temps cesse d'exister, au cas où cet événement aurait un caractère d'instantanéité ; ce sera, par contre,

\* Annuaire ... 1978, vol. II  
(deuxième partie), p. 109 à 111.

<sup>468</sup> Voir ci-dessus art. 23, par. 4 du commentaire.

<sup>469</sup> *Ibid.*, par. 6 du commentaire.

seulement celui où l'événement commence, au cas où celui-ci aurait un caractère de continuité<sup>470</sup>. Il est évident, en effet, que lorsque l'événement est lui-même caractérisé par le fait de s'étendre dans le temps, seul le moment initial dudit événement peut être déterminant aux fins de la fixation du « moment » de la violation. L'obligation requiert de l'Etat qu'il assure le résultat consistant à « prévenir » la survenance d'un événement donné. Nul doute, par conséquent, que lorsque l'événement apparaît dans le monde des réalités, et qu'il a pu y apparaître à cause du défaut d'action de prévention de la part de l'Etat, cet Etat a définitivement manqué d'assurer le résultat que l'obligation visait à obtenir de lui. La violation est donc réalisée à ce moment-là, car à ce moment-là les conditions en sont réunies<sup>471</sup>. De plus, elle est réalisée définitivement, indépendamment de la durée plus ou moins prolongée de l'événement.

4) La Commission estime donc pouvoir conclure sans aucune hésitation, sur ce premier point, en énonçant le principe que *le moment où l'événement commence est le moment où se produit la violation de l'obligation internationale requérant de l'Etat qu'il prévienne cet événement.*

5) En ce qui concerne la *durée de la violation* d'une obligation requérant de l'Etat qu'il empêche la survenance d'un événement donné, autrement dit son « temps de perpétration », la question pourrait se poser de savoir si cette durée doit être vue comme limitée au moment où l'événement « survient » ou bien si cette durée doit s'étendre soit en arrière soit en avant dans le temps, soit dans les deux directions à la fois. En arrière, il pourrait être conceptuellement concevable de la faire remonter jusqu'au moment où l'Etat aurait commencé à adopter un comportement inadéquat par rapport à la tâche qui lui incombe de faire en sorte que l'événement ne se produise pas. Bien sûr, la détermination de ce moment initial pourrait souvent se révéler extrêmement difficile, voire tout à fait impossible du point de vue pratique. Mais, abstraction faite de cette considération, c'est l'idée même de faire remonter à un tel moment le temps de perpétration de la violation de l'obligation qui est inacceptable. L'obligation, répétons-le, vise au résultat consistant à obtenir que, par son comportement, l'Etat empêche — à condition toujours que cela rentre dans ses possibilités matérielles — qu'un certain fait extérieur, de l'homme ou de la nature, se produise. Survenance de l'événement et comportement de l'Etat n'ayant pas su le prévenir sont les deux conditions intimement liées sans la réunion desquelles il n'y a pas de violation, ni totale ni même

<sup>470</sup> Tel est le cas, par exemple, de l'occupation du siège d'une ambassade par un groupe de rebelles ou de la pollution d'une rivière ou d'un lac, ou encore du changement de cours d'un fleuve.

<sup>471</sup> La situation est la même qu'en cas de violations réalisées par des faits étatiques continus. Le moment d'une violation de ce genre est lui aussi — la Commission l'a souligné — celui du moment où le fait continu commence, car dans ce cas aussi c'est dès ce moment-là que les conditions de la violation se trouvent réunies.

partielle. La violation d'une obligation du type particulier formant l'objet de l'article 26 ne saurait nullement être rapprochée de la violation d'autres obligations susceptible de se réaliser progressivement dans le temps par une succession de comportements étatiques, dont les premiers amorcent, dans un cas d'espèce donné, la violation et d'autres, ultérieurs, la parachèvent. Tant que l'événement à prévenir ne s'est pas produit, le fait que l'Etat a adopté un comportement insuffisamment efficace en vue de sa prévention ne constitue ni une violation de l'obligation ni même un simple début de cette violation — auquel l'événement, en se produisant, conférerait un caractère définitif. Il est donc clair que la durée de la violation, dans une telle hypothèse, ne peut en aucune manière comprendre une quelconque période antérieure à la survenance de l'événement à prévenir.

6) Par contre, il semble logique de concevoir que la durée de la violation, au cas où l'événement survenu serait marqué par un certain caractère de continuité, s'étende dans le temps jusqu'au moment de la cessation de cet événement. Il est en effet normal de penser que l'obligation de prévenir la survenance d'un événement implique, au cas où cette survenance se serait tout de même produite, l'obligation de faire en sorte qu'il prenne fin.

7) Pour ce qui est de la détermination de la durée de la violation d'une obligation de prévenir la survenance d'un événement, la Commission est donc parvenue à la conclusion qui se trouve consignée dans la seconde proposition de l'article 26 : « Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle l'événement continue. »

8) Il paraît à peine nécessaire de souligner que l'importance pratique de la détermination du temps de perpétration d'une violation d'une obligation internationale de prévention d'un événement peut se révéler par rapport à la règle dite du « caractère national de la réclamation ». Le moment initial du temps de perpétration de la violation étant celui où l'événement commence, ce ne sera qu'à partir de ce moment-là que le particulier éventuellement lésé par ledit événement devra avoir possédé la nationalité de l'Etat qui entendrait prendre fait et cause pour lui. Quant à la compétence d'un tribunal international qui se trouverait limitée aux différends nés de « faits » ou « situations » postérieurs à une date déterminée, il paraît logique qu'on la tienne pour établie au cas où l'événement aurait eu lieu après la date en question. Quant au délai de l'éventuelle prescription du droit à faire valoir la responsabilité internationale découlant de la violation, il est également logique que, vu les conclusions établies *supra*, ce délai ne commence à courir qu'à partir du moment de la cessation de l'événement ayant un caractère de continuité.

9) En rédigeant le texte de l'article 26, la Commission a eu soin d'aligner la formule choisie sur celle des autres articles déjà adoptés en matière de détermination du *tempus commissi delicti* (art. 24 et 25). Ici aussi, le titre comme le texte de l'article distinguent la

question de la détermination du moment où se produit la violation de l'obligation internationale et celle de la détermination de la durée ou du temps de perpétration de cette violation. La terminologie employée suit, elle aussi, celle qui est utilisée auxdits articles ainsi qu'à l'article 23.

#### CHAPITRE IV

##### IMPLICATION D'UN ETAT DANS LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE D'UN AUTRE ETAT

###### Commentaire <sup>\*</sup>/

1) Les conditions générales de l'existence d'un fait internationalement illicite ayant été définies aux chapitres II et III du projet par rapport à l'élément subjectif d'un tel fait aussi bien que pour ce qui est de son élément objectif, le chapitre IV passe en revue les problèmes particuliers que soulève l'implication éventuelle d'autres Etats dans le fait internationalement illicite d'un Etat déterminé. Un Etat peut être impliqué d'une manière ou d'une autre dans un fait internationalement illicite d'un autre Etat, soit dans les cas où il y a participation du premier Etat au fait illicite du second, soit dans les cas qui relèvent de ce qu'on appelle généralement la « responsabilité indirecte ». C'est de ces deux catégories de cas conceptuellement distinctes que traite le présent chapitre du projet.

2) La première hypothèse envisagée dans ce chapitre concerne donc les cas où l'existence d'un fait internationalement illicite indiscutablement commis par un Etat — fait restant comme tel à sa charge et engageant sans le moindre doute sa responsabilité internationale — s'accompagne de l'existence d'une participation par un autre Etat à la réalisation par le premier de son propre fait. L'élément qui caractérise cette hypothèse est précisément le lien existant entre le comportement concrètement adopté par un Etat — comportement qui, pris isolément, peut dans certains cas n'avoir rien d'internationalement illicite — et le fait commis par un autre Etat et dont l'illicéité serait par contre établie. Le problème se pose alors d'établir si cette participation ne se teinte pas d'illicéité internationale du seul fait de constituer une contribution à la réalisation par un autre Etat d'un fait internationalement illicite et, par conséquent, si une telle participation ne doit pas amener l'Etat qui en est l'auteur à partager dans quelque mesure la responsabilité internationale de l'autre Etat ou, de toute manière, à encourir lui aussi une responsabilité internationale — cela abstraction faite, évidemment, de la responsabilité internationale qu'il pourrait également encourir au cas où ses agissements représenteraient à eux seuls la violation d'une obligation internationale.

3) La seconde hypothèse dont il est question dans le présent chapitre réunit des cas dont le trait commun n'est plus la part prise éventuellement et concrètement par un Etat à la réalisation indépendante par un autre d'un fait internationalement illicite, mais l'existence entre deux Etats d'un rapport de nature particulière.

L'élément déterminant est l'existence d'une situation de droit ou de fait comportant pour l'un de ces Etats une grave limitation, au profit de l'autre, de sa liberté de détermination et d'action — soit d'une manière permanente, soit uniquement à l'occasion spécifique de la perpétration du fait illicite en question. Le problème qui se présente alors est de savoir si les agissements commis par le premier Etat, dans certaines conditions, en violation de ses obligations internationales ne doivent pas être traités, du point de vue de leurs conséquences juridiques, comme s'ils étaient des agissements du second. En d'autres termes, il s'agit d'établir si la situation créée par ce second Etat en sa faveur ne le rend pas indirectement responsable, sur le plan international, du fait illicite constitué par les agissements en question, en lieu et place de l'Etat qui en est l'auteur.

---

\* Annuaire ... 1978, vol. II  
(deuxième partie), p. 111.

Article 27

Aide ou assistance d'un Etat à un  
autre Etat pour la perpétration d'un  
fait internationalement illicite

L'aide ou l'assistance d'un Etat à un autre Etat, s'il est établi qu'elle est prêtée pour la perpétration d'un fait internationalement illicite réalisée par ce dernier, constitue elle aussi un fait internationalement illicite, même si, prise isolément, cette aide ou assistance ne constituerait pas la violation d'une obligation internationale.

Commentaire \*/

1) L'article 27 du projet énonce la règle générale de base qui définit les conditions dans lesquelles la « participation » d'un Etat au fait internationalement illicite d'un autre Etat constitue elle aussi un fait internationalement illicite distinct de l'illicite principal et engage, à ce titre, la responsabilité internationale de l'Etat auteur d'une telle participation. La délimitation de la matière qui fait l'objet de la règle énoncée dans cet article exige que l'on distingue clairement les situations visées par cette règle d'autres situations, analogues sous certains aspects, mais où il n'est nullement question de « participation d'un Etat au fait internationalement illicite d'un autre Etat ».

2) Ainsi, il est surtout important de préciser que la participation dont il est question dans cet article ne concerne pas les cas où les comportements d'un Etat se traduisent, non pas par des actions ou omissions ayant pour but de rendre possible ou plus facile la perpétration par un autre Etat d'un fait internationalement illicite, mais bel et bien par des agissements ayant pour objet la réalisation même, aux côtés d'un autre ou d'autres Etats, d'une violation d'une obligation internationale donnée. En d'autres termes, la « participation » ici envisagée exclut les cas où un Etat est ou devient coauteur d'un fait internationalement illicite. Il ne saurait, par exemple, être question de participation d'un Etat au fait internationalement illicite d'un autre Etat dans les cas où des infractions identiques sont commises de concert, voire parfois en même temps, par deux ou plusieurs Etats, agissant chacun par l'intermédiaire de ses propres organes. Si, par exemple, l'Etat A et l'Etat B, alliés, procèdent de concert, chacun agissant par ses propres organes militaires, à une attaque armée contre un Etat tiers, on est nettement

en présence de deux actes d'agression distincts commis par l'un et par l'autre des deux Etats. Une telle concertation ne saurait être considérée comme une forme de participation par l'un des deux Etats à un acte d'agression que l'autre aurait été seul à commettre. Une conclusion similaire s'impose dans les cas d'attribution parallèle d'un comportement unique à plusieurs Etats. C'est ce qui arrive lorsque le comportement en question a été adopté par un organe commun d'une pluralité d'Etats. 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 chacun des Etats 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 Etats auront commis parallèlement des faits internationalement illicites distincts, encore qu'identiques. Mais il va de soi que la perpétration parallèle par deux ou plusieurs Etats d'infractions identiques est tout à fait autre chose que la participation par l'un de ces Etats à un fait internationalement illicite commis par l'autre Etat.

3) Cela dit, il s'agit d'examiner si certains agissements d'un Etat ayant pour but d'amener un autre Etat à commettre un fait internationalement illicite constituent en réalité de véritables formes de « participation » d'un Etat au fait internationalement illicite d'un autre Etat qui devraient, à ce titre, être retenues pour la formulation de la règle à énoncer dans cet article du projet. A cet égard, il convient d'examiner, tout d'abord, l'hypothèse où un Etat, par une voie ou par une autre, conseille ou incite un autre Etat à commettre une violation d'une obligation internationale à la charge de ce dernier, c'est-à-dire l'hypothèse qui, dans la théorie générale du droit interne, apparaît sous le nom d'« instigation » au délit. Il n'y a pas de doute qu'en droit pénal interne, par exemple, certaines formes d'instigation par un sujet à la perpétration d'un délit ou d'un crime par un autre sujet constituent à leur tour une infraction de nature pénale. Toutefois dans l'ordre juridique international, il est plus que douteux qu'une simple instigation à commettre un fait illicite, adressée par un Etat à un autre, soit en tant que telle un fait internationalement illicite.

4) La jurisprudence et la pratique internationales ne paraissent pas s'éloigner à ce sujet de la conclusion classique formulée par le Board of Commissioners constitué pour distribuer la somme allouée par la France en exécution de la Convention du 4 juillet 1831 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France concernant les réclamations relatives à des mesures de confiscation de marchandises américaines prises par certains Etats soumis à l'influence de la France napoléonienne. Le Board refusa d'attribuer à la France la responsabilité pour des mesures prises par des Etats qui, comme le Danemark, n'avaient pas été formellement unis, à l'époque, à l'Empire français, ni placés dans une condition de dépendance vis-à-vis de lui, et étaient donc indépendants. Le fait que le souverain danois avait pu prendre alors des mesures pour complaire à l'Empereur des Français ne joua aucun rôle dans les

décisions du Board of Commissioners<sup>472</sup>. Celui-ci considéra le Gouvernement danois comme seul et entièrement responsable desdites mesures. Le commissaire Kane releva en particulier que les réclamations contre le Danemark (cas Holstein et Hamburg), à la différence de celles qui étaient soulevées à l'égard de la Hollande, représentaient

[...] une série d'injustices indignes d'un Etat incontestablement souverain et se déclarant libre, commises contre les citoyens d'une nation amie qui n'avaient enfreint aucune loi et que les règles de l'hospitalité comme celles de la justice autorisaient à bénéficier d'une protection.

Mais la question dont le Board était saisi concernait non pas le Danemark, mais la France. Or, un Etat ne peut se voir imputer les actions d'un autre Etat, car ni l'un ni l'autre ne sont dépendants. Peut-être la conduite du roi Frédéric était-elle dictée par son souci de se concilier la faveur de l'Empereur des Français ; [...] mais ses mobiles ou ses craintes ne nous intéressent pas. L'acte a été accompli par lui : le Royaume du Danemark était alors indépendant, comme il l'est maintenant. [...]

[...] [son] intervention [...] entretenait volontairement l'avidité française<sup>473</sup>.

5) Dans la pratique internationale, certes, on a assisté à des protestations à l'adresse d'Etats accusés, à tort ou à raison, d'en avoir incité d'autres à commettre des violations d'obligations internationales au détriment d'Etats tiers ; mais on ne connaît pas de cas où, sur un plan juridique, un Etat aurait prétendu à la responsabilité internationale d'un autre uniquement du fait de cette incitation. On ne connaît pas non plus de cas où des Etats auraient consenti à exonérer de sa propre responsabilité l'Etat qui, bien qu'il ait pu être incité par un Etat tiers, aurait tout de même violé de sa propre détermination une obligation internationale le liant à un autre Etat. Il ressort donc de la pratique internationale, aussi bien que des ouvrages de droit international qui traitent plus particulièrement de la question<sup>474</sup>, que le fait pour un Etat d'en avoir incité un autre à perpétrer un fait internationalement illicite au préjudice d'un Etat tiers ne donne pas lieu à l'existence distincte d'une responsabilité internationale découlant spécifiquement du fait de l'incitation. La simple incitation à commettre un fait internationalement illicite, adressée par un Etat à un autre, ne saurait

<sup>472</sup> Voir *Notes on some of the Questions decided by the Board of Commissioners under the Convention with France of the 4th of July, 1831* (Philadelphia, 1836), dans J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1898, vol. V, p. 4473 et suiv.

<sup>473</sup> *Ibid.*, p. 4475 et 4476 [tr. du Secrétariat]. Le passage cité a été commenté favorablement par C.L. Bouvé, « Russia's liability in tort for Persia's breach of contract », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 6, n° 2 (avril 1912), p. 399 ; et par F. Klein, *Die mittelbare Haftung im Völkerrecht*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1941, p. 279. Les prétentions américaines à l'égard du Danemark furent réglées d'une manière satisfaisante par l'accord du 28 mars 1830 (Moore, *op. cit.*, p. 4549 et suiv.).

<sup>474</sup> Voir p. ex. Ago, *loc. cit.*, p. 523 et 524. Pour une adhésion récente à cette opinion, voir Graefrath, Oeser et Steiniger, *op. cit.*, p. 64.

ainsi remplir les conditions pour être qualifiée de « participation » à cette infraction, au sens juridique du terme, et n'aurait donc pas en tant que telle une valeur et des conséquences juridiques. La situation serait évidemment tout autre, comme on va le voir, si un comportement donné se traduisant au départ dans une simple « instigation » se développait par la suite jusqu'à en arriver à constituer un véritable cas de « complicité ».

6) Il serait erroné, de l'avis de la Commission, de faire des rapprochements trop faciles entre l'incitation adressée par un Etat souverain à un autre Etat souverain et la figure juridique de l'« instigation au délit » du droit pénal interne. Cette figure juridique puise ses origines et trouve sa justification dans les mobiles psychologiques de la détermination de la conduite individuelle, mobiles auxquels on ne saurait assimiler ceux de la conduite étatique dans les rapports internationaux. La décision d'un Etat souverain d'adopter un comportement donné est bien une décision propre, quand bien même aurait-il reçu à ce sujet les suggestions et les conseils d'un autre Etat, suggestions et conseils qu'il était libre de ne pas suivre. Donc, si, par le comportement adopté, l'Etat en question a commis un fait internationalement illicite, il ne peut être question pour lui d'exclure ou même de réduire sa responsabilité en alléguant l'« instigation » d'un autre Etat. Et ni l'Etat auteur du fait internationalement illicite ni non plus celui qui en est la victime ne sauraient rejeter en tout ou en partie la responsabilité de ce fait sur un autre Etat qui se serait borné à encourager ou à inciter le premier à suivre une ligne de conduite finalement adoptée par celui-ci en pleine liberté de décision et de choix.

7) Cette conclusion ne se trouverait nullement modifiée si l'on prenait en considération le cas où l'Etat destinataire de l'incitation à commettre un fait internationalement illicite n'est qu'un « puppet State », un « Etat fantoche », entre les mains de l'Etat d'où émanerait l'incitation à l'infraction internationale, ou encore un Etat se trouvant, pour une quelconque raison, dans une condition de dépendance vis-à-vis de cet autre Etat. Dans de telles situations, il est possible qu'en présence de certaines circonstances l'Etat « dominant » soit appelé à répondre d'un fait internationalement illicite commis par l'Etat fantoche ou dépendant. Mais c'est alors la présence du rapport instauré entre les deux Etats qui devient déterminante de ce transfert de responsabilité d'un sujet à l'autre, et non pas la circonstance spécifique d'une instigation adressée par l'un à l'autre à commettre un fait illicite déterminé. Il ne serait pas question non plus, dans de telles situations, d'une responsabilité internationale qui serait distincte de celle qu'engendrerait ce fait illicite et que l'« instigation » en tant que telle engagerait à la charge de son auteur. En d'autres termes, les problèmes de responsabilité internationale découlant des agissements d'organes d'un Etat fantoche ou dépendant relèveraient, le cas échéant, de la notion de « responsabilité indirecte », objet de l'article suivant du chapitre IV, plutôt que de la participation d'un Etat

au fait internationalement illicite d'un autre Etat, dont il est question dans le présent article <sup>475</sup>.

8) Des conclusions analogues à celles que l'on vient d'indiquer à propos de l'incitation ou de l'instigation se justifieraient-elles dans le cas où un Etat accompagnerait son incitation de mesures de pression et de contrainte ? Là où un Etat, pour parvenir à faire commettre par un autre Etat un fait internationalement illicite, aurait recours à des mesures de ce genre, il serait évidemment difficile de soutenir que celles-ci, à l'instar d'une simple « incitation » par la persuasion et des conseils, seraient juridiquement « indifférentes » à la lumière du droit international. Nul doute que, pour le droit international général d'aujourd'hui tout autant que pour le système des Nations Unies, la contrainte comportant le recours ou la menace de recours à la forme armée est, en dehors de cas exceptionnels, une infraction internationale de première gravité. Là se trouve en effet la différence la plus marquante entre le droit international contemporain et celui du passé. Quant aux autres mesures de pression, économiques notamment, on sait que les opinions divergent encore, certains les assimilant purement et simplement aux formes de contrainte internationalement interdites, tandis que d'autres les considèrent comme des mesures qui, encore que condamnables, ne sont pas internationalement illicites. Les différentes tendances qui se manifestent à ce propos sont cependant sans incidence sur la question à résoudre dans le cadre de l'article 27.

9) En effet, là où on arriverait à la conclusion que l'emploi par l'Etat A de certaines mesures contraignant l'Etat B à enfreindre ses obligations internationales envers un autre sujet de droit international est, en lui-même et sans aucun doute, internationalement illicite, cela entraînerait des conséquences juridiques pour les rapports entre A et B. A la rigueur, cela pourrait en entraîner d'autres, dans les cas les plus

---

<sup>475</sup> Un raisonnement similaire inspira les conclusions du Board of Commissioners, déjà mentionné au paragraphe 4 ci-dessus, en ce qui concerne le Royaume de Hollande sous le règne du frère de Napoléon, Louis, de juin 1806 à juillet 1810, date à laquelle la Hollande fut incorporée dans l'Empire français. Les commissaires acceptèrent l'argument hollandais selon lequel la Hollande se trouvait à l'époque sous l'« actual government » de la France, et reconnurent la responsabilité de la France pour la confiscation et la vente au profit des finances françaises de toutes les marchandises parvenues en Hollande sur des bateaux américains, bien que ces mesures aient été prises par le soi-disant Royaume de Hollande (v. Bouvé, *loc. cit.*, p. 398 et 399 ; Klein, *op. cit.*, p. 280 et 281). Les exemples plus récents abondent dans le même sens. Ainsi, lors de nombreux différends internationaux engendrés par la violation d'une obligation internationale de la part d'Etats ou de gouvernements réduits, pendant la seconde guerre mondiale, à la condition d'Etats ou de gouvernements dépendants, l'Etat victime de cette violation fit valoir que la responsabilité qui en découlait était à attribuer non pas à l'Etat dont les organes avaient en fait agi, mais à l'Etat qui, dans la poursuite de sa politique à l'égard d'un Etat déterminé, y avait suscité la création d'une sorte de pseudo-Etat qui n'était en réalité que sa *longa manus*. On peut citer, dans ce contexte, des différends qui ont eu pour objet la responsabilité internationale pour des faits commis par des Etats ou des gouvernements créés dans certains territoires occupés par l'Allemagne nazie ou par l'Italie fasciste.

graves, pour les rapports entre l'Etat A et l'ensemble des autres membres de la communauté internationale. Mais cela ne concernerait en rien le problème dont il est ici question : celui de savoir si le recours aux dites mesures constitue ou non une forme de « participation » de l'Etat qui en serait l'auteur dans la violation, par l'Etat qui en serait l'objet, d'une obligation internationale le liant à un Etat tiers, ou, plus généralement, si oui ou non les rapports entre l'un ou l'autre des deux premiers Etats et l'Etat tiers en seraient affectés. Du seul point de vue de ces rapports avec l'Etat tiers, la réponse sera en définitive la même que la contrainte à l'origine de l'infraction envers l'Etat tiers ait ou n'ait pas porté atteinte à un droit subjectif international de l'Etat sur lequel elle s'est exercée.

10) Certes, on ne saurait prétendre que l'Etat objet de la contrainte ait adopté le comportement qui fut le sien « dans le libre exercice de sa souveraineté » — et que cela ne soit pas sans conséquences juridiques, personne ne saurait non plus en douter. Mais ces conséquences ne sont pas celles qui découlent de la participation d'un Etat à la réalisation d'un fait internationalement illicite par un autre Etat. Dans l'hypothèse ici envisagée, la réalisation du fait illicite reste l'affaire exclusive de l'Etat qui est soumis à la contrainte. L'Etat auteur de la contrainte reste en dehors de cette réalisation ; il n'assume l'exécution d'aucun des agissements qui perpétuent l'infraction, il ne fournit aucune aide ou assistance concrète à cette perpétration. En ce sens, il reste donc assurément en deçà de ce qui serait une véritable « participation » à la réalisation du fait internationalement illicite. Cependant en même temps, son implication dans l'affaire va bien au-delà de ce que serait une participation, car il va jusqu'à forcer la volonté de l'Etat soumis par lui à la contrainte, jusqu'à l'astreindre à prendre le parti de la perpétration d'une infraction internationale qu'autrement il ne commettrait pas — jusqu'à l'obliger à se conduire, dans le cas d'espèce, en Etat privé de sa capacité souveraine de décision. Là se trouve l'élément déterminant aux fins ici envisagées. Il ne saurait être question, de l'avis de la Commission, d'attribuer à l'Etat auteur de la contrainte une part dans la perpétration du fait illicite commis, sous l'effet de ladite contrainte, par un autre Etat. Cela ne pourrait se justifier que si l'Etat en question avait pris une part active à l'exécution de ce fait — mais en l'occurrence ce n'est pas le cas. Il en découle que l'hypothèse d'une contrainte exercée par un Etat sur un autre pour que celui-ci viole son obligation internationale vis-à-vis d'un Etat tiers n'est pas une hypothèse à retenir dans le cadre du présent article, car elle ne saurait être définie comme une hypothèse de « participation » à la réalisation par un autre Etat d'un fait internationalement illicite.

11) L'hypothèse de la contrainte exercée par un Etat sur un autre pour que celui-ci viole son obligation internationale vis-à-vis d'un autre sujet de droit international reste plutôt dans le domaine de la responsabilité du fait d'autrui, car la conséquence normale d'une telle situation est une dissociation entre le sujet auquel le fait générateur de la responsabilité reste attribué

et le sujet à la charge duquel cette responsabilité est mise. En effet, dans une telle hypothèse, l'Etat A, Etat contraignant, n'a commis, à l'égard de l'Etat ou du sujet C, aucune infraction distincte de celle qui a été commise à la suite de la contrainte subie par l'Etat B. D'autre part, l'Etat B, Etat auteur de l'infraction, agit en état de dépendance par rapport à l'Etat A, sa volonté se trouvant déterminée par la volonté de ce dernier — ou, tout au moins, sa libre détermination se trouvant restreinte par le contrôle exercé sur lui par l'Etat A. En d'autres termes, seul B a commis une infraction internationale envers C, mais il l'a fait en ayant sa liberté de décision gravement entravée par A. Que cette condition de dépendance ait une nature *de jure* ou simplement *de facto*, qu'elle ait un caractère de permanence ou qu'elle soit purement temporaire, voire occasionnelle, ne change en rien le problème. D'autre part, l'Etat A, qui a soumis l'Etat B à une contrainte pour l'amener à enfreindre son obligation internationale, ne saurait se soustraire à être appelé à répondre internationalement du fait commis par l'Etat B sous sa contrainte. On est donc bien dans le cadre d'un de ces cas de responsabilité indirecte qui seront examinés à l'article suivant du projet.

12) L'incitation et la contrainte ayant été écartées pour des raisons différentes, il ne reste comme hypothèse de « participation » d'un Etat à la réalisation d'un fait internationalement illicite par un autre Etat que le cas de participation que les membres de la Sixième Commission et de la CDI avaient à l'esprit quand ils ont souligné en 1975 la nécessité de traiter de la question dans le présent projet d'articles <sup>476</sup>, à savoir celle où un Etat donne une aide ou une assistance à un autre Etat afin de lui faciliter la perpétration d'un fait internationalement illicite. Dans une telle hypothèse, l'Etat en question ne se borne pas à inciter un autre Etat, par ses suggestions et ses conseils, à commettre une infraction internationale, et il n'a pas non plus recours à la contrainte pour l'amener à ce faire. Ce que fait l'Etat, c'est de faciliter, par sa propre action, à l'autre Etat la perpétration du fait internationalement illicite. On est ici dans des hypothèses que l'on pourrait définir de « complicité », au sens particulier, bien entendu, que le terme pourrait prendre en droit international — où il n'a pas une signification identique, tant s'en faut, à celle qu'on lui attribue dans les différents ordres juridiques internes des Etats.

13) A ce sujet, l'un des exemples le plus fréquemment mentionnés est celui d'un Etat ayant mis son territoire à la disposition d'un autre pour lui rendre possible, ou, en tout cas, plus aisée, la perpétration d'une infraction

<sup>476</sup> Voir p. ex. les interventions à la session de 1975 de l'Assemblée générale des représentants de la République démocratique allemande (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trentième session, Sixième Commission, Comptes rendus analytiques des séances*, 1539<sup>e</sup> séance, par. 3), de la Turquie (*ibid.*, 1547<sup>e</sup> séance, par. 20), de l'Iran (*ibid.*, 1548<sup>e</sup> séance, par. 6), de la Bolivie (*ibid.*, par. 30), lors du débat sur le rapport de la CDI. Voir aussi *Annuaire... 1975*, vol. I, p. 48 et 50, 1312<sup>e</sup> séance, par. 13 et 28 ; p. 52 et 53, 1313<sup>e</sup> séance, par. 4, 9 et 10 ; p. 64, 1315<sup>e</sup> séance, par. 19.

au préjudice d'un Etat ou d'un sujet de droit international tiers. Dans ce contexte, c'est surtout à l'alinéa f de l'article 3 de la Définition de l'agression approuvée en 1974 par l'Assemblée générale <sup>477</sup> que l'on s'est référé, cette disposition incluant dans la liste des agissements devant être considérés comme des actes d'agression

Le fait pour un Etat d'admettre que son territoire, qu'il a mis à la disposition d'un autre Etat, soit utilisé par ce dernier pour perpétrer un acte d'agression contre un Etat tiers.

Un autre exemple classique et souvent cité est celui d'un Etat qui fournirait à un autre les armes nécessaires pour attaquer un Etat tiers. Et il va de soi que l'aide ou l'assistance à une agression peut aussi se manifester sous d'autres formes, telle la fourniture de moyens de transport terrestres, navals ou aériens, ou même la mise à la disposition de l'Etat s'appêtant à commettre une agression d'organes militaires ou autres pouvant être utilisés à cette fin. Ce n'est d'ailleurs pas uniquement en cas de perpétration par un Etat d'un acte d'agression que la possibilité d'assistance d'un autre Etat peut être évoquée. Une assistance, par exemple, peut se manifester également sous forme de fourniture d'armes ou d'autres moyens destinés à aider un autre Etat à commettre un génocide <sup>478</sup>, à étayer un régime d'*apartheid* <sup>479</sup>, ou à maintenir par la force une domination coloniale, etc. Il n'est pas exact non plus qu'il n'y a possibilité de participation d'autrui que dans le cas où le fait internationalement illicite à la réalisation duquel un autre Etat prêterait aide ou assistance serait l'un de ceux auxquels, d'après l'article 19 du présent projet, on réserve la qualification de « crime international ». Il peut tout aussi bien y avoir assistance d'un autre Etat aux fins de la perpétration d'infractions moins typiquement caractérisées et d'une gravité moins accentuée : la fourniture de moyens en vue de la fermeture d'une voie d'eau internationale, le fait de faciliter un enlèvement de personnes sur sol étranger, l'aide en vue de la destruction de biens de ressortissants d'un pays tiers, sont des exemples, parmi d'autres, qui peuvent être mentionnés. Quant à l'aide ou assistance fournie, elle peut se traduire par la mise à disposition de moyens matériels, mais il peut aussi y avoir une aide ou assistance de type juridique ou politique, telle que la conclusion d'un traité suscep-

tible de faciliter à l'autre partie la perpétration d'un fait internationalement illicite. Une instigation même peut, parfois, prendre des formes qui en font en réalité une aide, un appui, à l'Etat « instigué » à commettre l'infraction.

14) Le comportement par lequel un Etat aide un autre Etat à commettre un fait internationalement illicite peut parfois constituer en lui-même la violation d'une obligation internationale, cela tout à fait indépendamment de la participation à l'illicéité de l'Etat auquel ce comportement apporte une aide. Cela serait le cas, par exemple, si un Etat Membre de l'ONU fournissait des armes au Gouvernement de la République sud-africaine en violation de l'obligation prévue dans la résolution 418 (1977) du Conseil de sécurité concernant l'embargo des armes à destination de ce pays. Mais, dans la plupart des cas, le comportement en question, pris isolément, sera un fait n'ayant en tant que tel aucun caractère d'illicéité. Ainsi, par exemple, le fait de fournir à un autre Etat des matières premières, des moyens de transport et même des armes, au cas où aucune obligation internationale spécifique ne l'interdit, n'a en soi rien d'internationalement illicite. Dans le présent contexte, toutefois, ce qui présente un intérêt n'est pas de savoir si le comportement en tant que tel viole ou non une obligation internationale, mais si le comportement adopté par l'Etat, en plus d'avoir matériellement facilité la perpétration de l'infraction internationale par l'autre Etat, a été adopté dans l'intention de permettre ou de faciliter à un autre Etat la perpétration d'une telle infraction. La notion même d'« aide ou assistance » à un autre Etat pour la perpétration d'un fait internationalement illicite présuppose nécessairement l'intention de collaborer à la réalisation d'un fait de cette nature et donc, dans les cas envisagés, la connaissance du but spécifique en vue duquel l'Etat destinataire de la fourniture de certains moyens entend se servir de ces derniers.

15) Des exemples tirés de la pratique récente des Etats montrent d'ailleurs que, quelle qu'ait pu être autrefois la situation, la notion de participation au fait internationalement illicite d'autrui sous forme de fourniture d'« aide ou assistance » — et donc, dans ce sens, de « complicité » — a actuellement acquis un droit de cité en droit international. Que cela soit aujourd'hui la conviction des gouvernements ressort, par exemple, de la déclaration faite en 1958 par le Secrétaire d'Etat au Colonial Office britannique en réponse à une interrogation parlementaire à propos de la fourniture d'armes et d'équipement militaire faite par certains pays au Yémen, ces armes ayant ensuite été utilisées lors d'une attaque contre Aden, qui était alors sous protectorat britannique. Le Secrétaire d'Etat justifia en quelque sorte l'envoi des armes dans le cas d'espèce, en faisant observer que la fourniture d'armes d'Etat à Etat était en soi licite et que, dans le cas concret, le fournisseur ignorait probablement, au moment de la fourniture, l'emploi que l'autre Etat ferait ultérieurement de ces armes <sup>480</sup>. Toute-

<sup>477</sup> Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, du 14 décembre 1974, annexe.

<sup>478</sup> L'article III de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, p. 277), inclut la « complicité dans le génocide » dans la liste des agissements punissables aux termes de la Convention. Il n'est toutefois pas précisé si la complicité d'un autre Etat à la perpétration d'un génocide par un gouvernement donné rentre ou non dans les prévisions de cette disposition.

<sup>479</sup> L'article III de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid*, adoptée le 30 novembre 1973 par l'Assemblée générale des Nations Unies (résolution 3068 [XXVIII], annexe), prévoit la responsabilité pénale des personnes — y compris les « représentants de l'Etat » — qui conspirent à la perpétration des actes d'*apartheid* ou qui y coopèrent directement. Il est cependant permis de douter que la complicité d'un autre Etat dans la perpétration d'actes ou dans la poursuite d'une politique d'*apartheid* de la part d'un gouvernement rentre dans les prévisions de la Convention.

<sup>480</sup> Pour le texte de la déclaration, voir *British Institute of International and Comparative Law, International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 7, 3<sup>e</sup> partie, juillet 1958, p. 550 et 551.

fois, s'il ressort de la prise de position du porte-parole du Gouvernement britannique qu'à son avis la fourniture d'armes d'Etat à Etat, lorsqu'elle ne tombe pas sous le coup d'une interdiction spécifique (par exemple des Nations Unies), est en elle-même légitime, il en ressort également que, toujours selon l'opinion de ce porte-parole, l'Etat qui, sciemment, fournit des armes à un autre Etat dans le but d'aider ce dernier à agir d'une manière non conforme à ses obligations internationales ne peut pas se soustraire à une responsabilité pour complicité dans cette conduite illicite <sup>481</sup>.

Une autre confirmation de la même conviction est fournie par une prise de position du Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, remontant à la même année. Le 15 août 1958, en effet, ce gouvernement répondit à une note du 26 juillet du Gouvernement de l'URSS qui reprochait au Gouvernement fédéral de participer à une agression en permettant à des avions militaires des Etats-Unis d'Amérique d'utiliser des champs d'aviation en territoire allemand, cela en relation avec l'intervention américaine au Liban. Dans sa réponse, le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne fit valoir que les mesures prises par les Etats-Unis et par le Royaume-Uni au Proche-Orient ne constituaient pas une intervention dirigée contre qui que ce soit mais une assistance à des pays dont l'indépendance semblait sérieusement menacée et qui appelaient au secours. Puisque, donc, d'après le Gouvernement fédéral, ses alliés ne s'étaient rendus coupables d'aucune agression au Proche et au Moyen-Orient, il en découlait pour lui que l'accusation dont il était l'objet (d'appuyer une agression commise par d'autres Etats) était dénuée de fondement. Le Gouvernement fédéral terminait en donnant l'assurance qu'il n'avait et qu'il n'aurait jamais permis que le territoire de la République fédérale fût utilisé pour la perpétration d'actes d'agression <sup>482</sup>. Abstraction faite de son appréciation des circonstances concrètes du cas d'espèce, le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne se montrait donc convaincu, sur le plan des principes, que le fait pour un Etat de mettre son propre territoire à la disposition d'un autre pour lui faciliter la réalisation d'un acte d'agression serait une forme de complicité dans l'agression et constituerait, partant, un fait internationalement illicite. Des auteurs de divers ouvrages récents donnent également l'impression d'accepter comme un fait internationale-

ment illicite distinct la notion de « participation », dans le sens d'« aide » ou « assistance » pour la perpétration d'un fait illicite réalisée par autrui <sup>483</sup>.

16) A la lumière de la pratique et de la doctrine internationales que l'on vient de décrire, la Commission a conclu qu'une règle concernant la « participation au fait internationalement illicite d'autrui », sous forme de fourniture d'aide ou assistance pour la perpétration d'un tel fait, ne saurait être absente d'un projet d'articles qui codifie les règles générales régissant la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites. Il s'agit, en outre, d'un domaine du droit international dans lequel on ne saurait pas ignorer les exigences du « développement progressif » de ce droit. La nécessité de prendre en considération une telle forme de « participation » d'un Etat au fait internationalement illicite d'un autre Etat trouve une justification additionnelle dans le fait que, en règle générale, l'aide ou assistance pour la perpétration par autrui d'un fait illicite reste en droit international — comme c'est le cas en droit interne pour la « complicité » — un fait distinct de cette perpétration, fait se qualifiant différemment et ne comportant pas nécessairement les mêmes conséquences juridiques. En d'autres termes, le fait illicite de participation par complicité n'est pas nécessairement un fait de la même nature que le fait internationalement illicite principal auquel il se rapporte. Le comportement d'un Etat qui fournit, par exemple, des armes ou d'autres moyens à un autre Etat pour lui faciliter la perpétration d'une agression ou d'un génocide n'est pas nécessairement et dans tous les cas un comportement pouvant se qualifier lui aussi d'agression ou de génocide. On pourrait tirer argument en faveur d'une conclusion différente de la constatation, par exemple, que la définition de l'agression traite aussi, on l'a vu, comme un acte d'agression la mise par un Etat de son territoire à la disposition d'un autre Etat en vue d'une agression par celui-ci contre un Etat tiers. Cependant, il serait inadmissible de généraliser l'idée d'une telle équivalence et d'étendre celle-ci au-delà du cas où elle est spécifiquement prévue par une disposition expresse. Même dans des cas de ce genre, d'ailleurs, il semble exclu que l'on puisse conclure à ce que le traitement fait par le droit international à tout agissement d'aide ou assistance pour la perpétration d'un fait internationalement illicite donné soit nécessairement identique à celui que ce droit réserve au fait illicite principal lui-même. En tout cas, la détermination de telles équivalences ne peut être qu'une question d'espèce, car elle dépend en dernière analyse de facteurs variables, et avant tout de l'importance et de la gravité de l'aide ou assistance concrètement fournie à l'auteur du fait illicite principal.

17) Ayant unanimement reconnu la nécessité de faire figurer dans le texte du projet une règle concernant l'« aide ou assistance » d'un Etat au fait internationalement illicite d'un autre Etat, la Commission est tombée

<sup>481</sup> Comme il a été dit dans un commentaire sur la prise de position du Gouvernement britannique :

« La réponse procède, semble-t-il, de l'idée qu'en l'absence, par exemple, d'une interdiction des Nations Unies la fourniture d'armes d'Etat à Etat est parfaitement licite. En outre, elle donne à entendre que la responsabilité de l'emploi de ces armes — tout au moins dans les circonstances envisagées dans la réponse — incombe essentiellement à l'Etat qui les reçoit. Rien, cependant, dans cette réponse n'accrédite l'idée qu'un Etat qui sciemment fournit des armes à un autre Etat dans le but de l'aider à agir d'une manière non conforme à ses obligations internationales peut se soustraire à une responsabilité pour complicité dans cette conduite illicite. » (*Ibid.*, p. 551 [commentaire de E. Lauterpacht].) [Tr. du Secrétariat.]

<sup>482</sup> Voir le texte de la note du Gouvernement fédéral dans *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 20, nos 2-3, août 1960, p. 663 et 664.

<sup>483</sup> Voir p. ex. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 443. Voir aussi, du même auteur, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 369 et suiv.

également d'accord sur les données essentielles qui devraient ressortir de la règle générale de base à énoncer : a) l'aide ou assistance doit avoir pour effet de rendre *matériellement* plus aisée à l'Etat bénéficiaire de l'aide ou assistance en question la perpétration d'un fait internationalement illicite ; b) l'aide ou assistance doit être prêtée avec l'*intention* de faciliter ainsi la réalisation de ce fait internationalement illicite par autrui ; c) le comportement par lequel un Etat participe d'une telle manière à la réalisation par un autre Etat d'un fait internationalement illicite à l'encontre d'un sujet tiers doit se qualifier d'*internationalement illicite précisément au titre de cette participation*, et cela doit valoir même dans le cas où, en d'autres circonstances, ce comportement serait internationalement licite ; d) le fait internationalement illicite de participation par aide ou assistance pour la perpétration d'un fait internationalement illicite par autrui *ne doit pas se confondre avec cette infraction principale, et par conséquent la responsabilité internationale qui en découle doit rester distincte de celle qui incombe à l'Etat auteur de l'infraction principale*.

18) Compte tenu des considérations qui précèdent, la Commission a rédigé l'article 27 de la manière suivante :

L'aide ou l'assistance d'un Etat à un autre Etat, s'il est établi qu'elle est prêtée pour la perpétration d'un fait internationalement illicite réalisée par ce dernier, constitue elle aussi un fait internationalement illicite, même si, prise isolément, cette aide ou assistance ne constituait pas la violation d'une obligation internationale.

Ce libellé met bien en évidence, tout d'abord, que l'élément *matériel* qui caractérise le fait internationalement illicite de participation dont il est ici question doit se traduire par une *aide* ou *assistance* réelle à la perpétration par un autre Etat d'un fait internationalement illicite, mais doit aussi rester dans les limites d'une telle aide ou assistance. C'est cela qui permet de distinguer clairement le fait envisagé ici de ces autres formes possibles d'association à un fait internationalement illicite où le degré de participation est tel que l'Etat en question devient véritable coauteur du fait internationalement illicite principal. En même temps, la formule adoptée pour l'article fait ressortir l'élément intellectuel d'intention, qui doit aussi être présent pour que l'on puisse conclure à l'existence du fait internationalement illicite de participation que l'on entend définir. Comme l'article le dit, il faut que l'aide ou assistance en question soit prêtée « pour la perpétration d'un fait internationalement illicite », à savoir avec le but spécifique de faciliter la perpétration du fait internationalement illicite principal dont il s'agit. Il ne suffit donc pas qu'une aide ou assistance fournie sans une telle intention puisse être utilisée par l'Etat qui la reçoit à des desseins illicites, ni non plus que l'Etat qui fournit aide ou assistance soit conscient de la possibilité éventuelle d'une telle utilisation. Il faut, en réalité, que l'aide ou l'assistance soit prêtée en vue de son utilisation dans la perpétration du fait internationalement illicite principal. Et il ne suffit pas que cette intention soit « présumée » : comme l'article le souligne, il faut qu'elle soit « établie ». Sans

ces conditions essentielles, un fait en lui-même licite ne saurait se transformer en fait illicite, et un fait éventuellement illicite ne saurait se voir affecté d'une illicéité supplémentaire.

19) Les mots « réalisée par ce dernier » précisent la condition qui semble s'imposer dans une règle générale en la matière, à savoir que, pour constater l'existence du fait internationalement illicite de participation visé par l'article, il faut que le fait internationalement illicite principal soit effectivement perpétré par l'Etat qui reçoit l'aide ou l'assistance en question. Il n'est pas exclu que des règles de droit international particulier prévoient que la prestation d'une aide ou d'une assistance pour la perpétration par autrui de la violation de certaines obligations d'une importance fondamentale pour la communauté internationale soit en elle-même un fait internationalement illicite, indépendamment de toute réalisation effective du fait internationalement illicite principal. Mais la règle générale définie à l'article 27, destinée à s'appliquer à la participation à la violation par autrui de toutes sortes d'obligations internationales, ne peut pas tenir compte de ces hypothèses spéciales.

20) L'illicéité de l'aide ou assistance prêtée à un autre Etat pour la perpétration par ce dernier de la violation d'une obligation internationale n'est pas conditionnée par l'importance de la violation en question. Le fait d'aider un autre Etat à commettre un fait internationalement illicite engage toujours la responsabilité de l'Etat qui aide, et cela indépendamment de la qualification de crime ou de délit du fait illicite principal, voire même de la gravité plus ou moins grande du crime ou du délit en question. C'est pourquoi, dans le libellé de l'article, on parle de « l'aide ou l'assistance [...] prêtée pour la perpétration d'un fait internationalement illicite », sans d'autres spécifications. Cela ne veut nullement dire, d'ailleurs, que les conséquences sur le plan de la responsabilité du fait internationalement illicite de participation prévu à l'article 27 doivent toujours être les mêmes et qu'elles ne puissent pas varier d'après des circonstances telles que l'importance de la participation, la manière dont elle s'effectue, ce à quoi l'Etat participe, la gravité du fait internationalement illicite principal, etc. Toutefois, il s'agit là de questions qui ne relèvent pas de la partie du projet consacrée à l'origine de la responsabilité internationale, mais de la deuxième partie, c'est-à-dire de celle où il sera question du contenu, des formes et des degrés de la responsabilité internationale.

21) Les mots « constitue elle aussi un fait internationalement illicite » donnent une précision qui est au cœur même des préoccupations à la base de cet article, en mettant en évidence qu'une participation consistant à prêter aide ou assistance à un autre Etat pour la perpétration par ce dernier d'un fait internationalement illicite est un fait d'une illicéité distincte de celle du fait principal. La responsabilité de l'Etat auteur de cette forme de participation est donc engagée à un titre différent de celle de l'Etat auteur dudit fait principal. Le dernier membre de phrase du libellé : « même si, prise isolément, cette aide ou assistance ne constituait pas la

violation d'une obligation internationale », souligne le caractère distinct et séparé du fait illicite particulier auquel l'article se réfère, en précisant qu'une telle forme de participation est internationalement illicite, indépendamment du fait que, en d'autres circonstances, le comportement qui la réalise serait internationalement licite.

22) Finalement, la Commission estime utile de sou-

ligner que l'aide ou l'assistance prêtée par un Etat à un autre Etat pour la perpétration par ce dernier d'un fait internationalement illicite est elle aussi un fait internationalement illicite, que le fait illicite principal soit perpétré à l'égard d'un Etat ou d'un groupe d'Etats déterminé, d'un sujet de droit international autre qu'un Etat, ou de la communauté internationale prise dans son ensemble.

#### Article 28

##### Responsabilité d'un Etat pour le fait internationalement illicite d'un autre Etat

1. Le fait internationalement illicite commis par un Etat dans un domaine d'activité dans lequel cet Etat est soumis au pouvoir de direction ou de contrôle d'un autre Etat engage la responsabilité internationale de cet autre Etat.

2. Le fait internationalement illicite commis par un Etat en conséquence de la contrainte exercée par un autre Etat pour provoquer la perpétration de ce fait engage la responsabilité internationale de cet autre Etat.

3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu des autres dispositions des présents articles, de l'Etat ayant commis le fait internationalement illicite.

1) On se souviendra que l'article 1<sup>er</sup> du présent projet d'articles établit que « tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale », c'est-à-dire que tout fait internationalement illicite d'un État engage en principe la responsabilité de l'État auquel le fait en question est attribuable en vertu des articles contenus dans le chapitre II du projet, et seulement la responsabilité de cet État. Le même principe se trouve répété à l'article 2 du projet, où il est dit que « tout État est susceptible d'être considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité internationale \* ». Toutefois, dans le commentaire de l'article 1<sup>er</sup>, on a pris le soin de souligner dès le début qu'il n'y avait là qu'une règle de base, se référant à la situation normale, et que la majorité des membres de la Commission était parfaitement consciente du fait qu'il pouvait « y avoir des hypothèses particulières où la responsabilité internationale est mise à la charge d'un État autre que celui auquel est attribué le fait que l'on qualifie d'internationalement illicite \* <sup>487</sup> ». Ledit commentaire renvoyait donc à plus tard l'examen de ces hypothèses, dont il n'avait pas été tenu compte dans la formulation de la règle générale uniquement en raison de leur caractère exceptionnel. Les hypothèses qu'on avait alors en vue étaient celles qui font l'objet du présent article. Celui-ci a précisément pour objet d'indiquer quels sont les cas exceptionnels dans lesquels le fait internationalement illicite commis par un État engage la responsabilité d'un État autre que celui auquel ce fait est attribuable en vertu des articles du chapitre II du projet. Il a pour objet d'établir quand et à quelles conditions l'on doit reconnaître, en droit international aussi, l'existence d'une responsabilité pour fait d'autrui, responsabilité qui est parfois exclusive de celle de l'État auquel le fait est attribuable, mais qui peut dans d'autres cas exister parallèlement à celle-ci.

2) Il va de soi que la prémisse nécessaire de l'existence d'une responsabilité internationale d'un État pour un fait internationalement illicite commis par un autre État est, en premier lieu, qu'un tel fait lui-même existe. Il faut donc que les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite de cet autre État soient remplies, c'est-à-dire : que l'on soit en présence d'un comportement actif ou omissif attribuable à cet État, que ce comportement ne soit pas conforme à ce qui est requis dudit État par une obligation internationale à sa charge, et que l'illicéité internationale de ce fait ne soit pas exclue en vertu de l'une des circonstances auxquelles on prête cet effet. Ce n'est qu'une fois établi que ces conditions se trouvent réunies que l'on pourra se demander s'il y a lieu d'appliquer en l'espèce la règle générale formulée à l'article 1<sup>er</sup>, qui rend responsable de ce fait l'État auquel celui-ci est attribuable, ou bien si des circonstances particulières font intervenir la règle formulée au présent article, qui, à titre

\* Annuaire... 1979, vol. II (deuxième partie), p. 104 à 118.

<sup>487</sup> *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 178, doc. A/9010/Rev.1, chap. II, sect. B, art. 1<sup>er</sup>, par. 11 du commentaire.

exceptionnel, rend responsable du fait en question un État différent, à la place ou à côté de l'État auteur dudit fait.

3) L'iter que la CDI a suivi pour parvenir à la définition des cas dans lesquels le phénomène de la responsabilité du fait d'autrui lui paraît avoir droit de cité en droit international également a été long et détaillé. La Commission a dû prendre successivement en considération toutes les hypothèses à propos desquelles l'applicabilité du principe de la responsabilité pour le fait d'autrui, ou, comme on le dit souvent, de responsabilité « indirecte » ou « médiate », a été évoquée par des auteurs ou a été envisagée dans la pratique, et toutes les justifications avancées à l'appui — et cela à commencer par les hypothèses dans lesquelles il a paru à la Commission que l'applicabilité de ce principe devait être résolument écartée. La première hypothèse prise en considération à cet effet a été celle d'une éventuelle responsabilité de l'État pour les faits internationalement illicites commis sur son territoire par les organes d'un autre État <sup>488</sup>. La Commission a exclu que le simple fait que de tels agissements ont lieu sur le territoire d'un État puisse être une raison suffisante pour attribuer à cet État la responsabilité de ces faits. La responsabilité qu'un État peut encourir à l'occasion d'un fait internationalement illicite commis, au préjudice d'un État tiers, par des organes d'un autre État agissant librement en cette qualité sur son territoire, n'est certainement pas une responsabilité pour fait d'autrui. La Commission a clairement mis en évidence, au paragraphe 1 de l'article 12 du projet, qu'un fait de cette nature n'est pas attribuable à l'État sur le territoire duquel le fait s'est produit, mais uniquement à l'État d'appartenance des organes ayant agi sur sol étranger. Par ailleurs, si l'État d'appartenance a agi, par l'intermédiaire de ses organes, en pleine liberté de détermination et sans être soumis au contrôle et à la direction, ou à la contrainte, d'autrui, on ne voit pas pourquoi il ne devrait pas être seul à porter la responsabilité de son fait. Quant à l'État sur le territoire duquel le fait s'est produit, s'il peut aussi encourir une responsabilité, cette responsabilité éventuelle n'est pas engendrée par les agissements d'organes étrangers qui ont eu lieu sur son sol, mais par le fait, dû à ses propres organes, de ne pas avoir pris les mesures de prévention ou de répression qui s'imposaient en l'occurrence. Tel est le sens du paragraphe 2 de l'article 12 du projet. L'une et l'autre de ces deux responsabilités sont donc des responsabilités que chacun des deux États encourt de son propre fait <sup>489</sup>.

<sup>488</sup> Cette question a été soulevée sous une forme dubitative par F. Klein, qui se réfère à des prises de position très anciennes. Voir F. Klein, *Die mittelbare Haftung im Völkerrecht*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1941, p. 265 et suiv., et 299 et suiv. Ces prises de position ont été citées dans le commentaire de l'article 12 du projet (v. *Annuaire... 1975*, vol. II, p. 89 et suiv., doc. A/10010/Rev.1, chap. II, sect. B, sous-sect. 2).

<sup>489</sup> Tous les auteurs contemporains qui ont traité de la question sont d'accord là-dessus. Voir A. Verdross, « Theorie der mittelbaren Staatenhaftung », *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. I, n° 4 [nouv. série] (mai 1948), p. 405 et suiv.; G. Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1961, t. III, p. 203 et 204; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5<sup>e</sup> éd., Naples, Liguori, 1968, p. 602 et 603.

4) La deuxième hypothèse prise en considération par la Commission a été celle d'une éventuelle responsabilité d'un État pour des faits internationalement illicites commis par un autre État dont il aurait la représentation générale et obligatoire. Une thèse qui a été dans le passé dominante dans la doctrine affirme que l'État « représentant » devrait être en général responsable sur le plan international des faits internationalement illicites commis par l'État « représenté »<sup>400</sup>. A cet égard, la Commission a tout d'abord souligné, d'accord là-dessus avec la doctrine plus moderne, que, contrairement à ce qu'affirmaient les tenants de cette thèse, il n'y a aucune « nécessité » de rendre l'État représentant responsable des faits internationalement illicites de l'État représenté — « nécessité » qui découlerait, d'après eux, du danger de voir disparaître toute possibilité de faire valoir les conséquences de ces faits illicites. Le simple fait que, à la suite de la représentation confiée à l'État A par l'État B, les États tiers lésés par l'État B ne peuvent plus s'adresser directement à celui-ci pour lui demander la réparation découlant de son fait illicite n'entraîne nullement, comme tel, la conséquence qu'ils ne peuvent plus exiger de lui cette réparation, qu'ils ne peuvent pas faire valoir sa responsabilité. A elle seule, l'existence entre A et B du rapport de représentation internationale n'a pour les États tiers d'autre conséquence que de les obliger à conduire leurs relations avec le représenté par l'intermédiaire du représentant : rien n'empêche ces États d'exiger du représenté, par le truchement du représentant, une prestation à titre de réparation. Et rien n'empêche l'État représenté de fournir cette réparation par l'intermédiaire du représentant. On ne peut donc nullement déduire du seul fait que les États lésés par un fait internationalement illicite commis par un État ayant confié sa représentation internationale à un autre État s'adressent à ce dernier pour demander la réparation du préjudice subi que, ce faisant, ils font valoir la responsabilité du représentant plutôt que celle du représenté. Bien au contraire, s'ils ne s'adressent à lui que dans sa seule

qualité de représentant d'un autre État<sup>401</sup>, il est à présumer qu'ils font valoir la responsabilité du représenté, et non pas une responsabilité incombant au représentant pour le fait du représenté.

5) Cette précision faite, la Commission s'est aussi demandé si, comme un auteur l'a soutenu<sup>402</sup>, le droit international ne mettrait pas à la charge de l'État qui a la représentation générale et obligatoire d'un autre État l'obligation de répondre des faits illicites de ce dernier, en contrepartie de ce qu'il l'a en quelque sorte « enfermé », en coupant les contacts directs entre lui et les États tiers. A l'appui de cette thèse, ledit auteur a cru pouvoir citer un passage de la décision rendue par l'arbitre M. Huber le 1<sup>er</sup> mai 1925 dans l'*Affaire des réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*, entre la Grande-Bretagne et l'Espagne, où il est dit que « La responsabilité du protecteur [...] découle [...] du fait que seul le protecteur représente le territoire protégé dans ses rapports internationaux » et que le protecteur répond « aux lieux et place du protégé »<sup>403</sup>. Cependant, en examinant attentivement la décision, on se rend compte que la vraie préoccupation de l'arbitre fut seulement d'éviter que, dans le cas d'un protectorat comportant la suppression des relations internationales directes de l'État protégé, la responsabilité internationale pour les faits internationalement illicites commis par le protégé ne finisse par disparaître, et cela au détriment de l'État victime de ces faits illicites. Il voyait, partant, le remède à ce danger dans l'acceptation par l'État protecteur de l'obligation de répondre en lieu et place du protégé<sup>404</sup>. Pour justifier cette acceptation, l'arbitre se fondait, en réalité, non pas tellement sur le fait que le protecteur a la « représentation » internationale du protégé, mais essentiellement sur le fait de la mainmise presque totale que, dans la plupart des cas, le protecteur effectue sur l'indépendance du protégé.

6) La Commission a aussi pris en considération le fait que, à l'appui de la thèse qui voudrait attribuer à l'État représentant la responsabilité des faits internationalement illicites commis par l'État représenté, on a parfois cité certaines des réponses des États au point X de la demande d'informations qui leur avait été adressée par le Comité préparatoire de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930). Le libellé de ce point était : « Responsabilité de l'État dans le cas d'État subordonné, d'État protégé, d'État fédéral et d'autres unions d'États ». S'il est vrai que deux ou trois de ces réponses (notamment celles de l'Autriche et du Japon) s'exprimaient en ce sens que dans les cas mentionnés la respon-

<sup>400</sup> Cette thèse a été avancée pour la première fois par D. Anzilotti dans *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Florence, Lumachi, 1902 (réimprimé dans : S.I.O.I. *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. II, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, t. 1<sup>er</sup>, Padoue, CEDAM, 1956, p. 146 et 147). Parmi les principaux tenants de cette thèse, bien qu'avec quelques différences d'auteur à auteur, se trouvent E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims* [1915], réimpr., New York, Banks Law Publishing, 1928, p. 201 et 202; Ch. de Visscher, « La responsabilité des États », *Bibliotheca Visseriana*, Leyde, Brill, 1924, t. II, p. 105; J. Spiropoulos, *Traité théorique et pratique de droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1933, p. 281; Verdross, *loc. cit.*, p. 408 et suiv. Cette théorie a été aussi acceptée par la majorité des membres de l'Institut de droit international en 1927 (v. le rapport de L. Strisower et le débat y relatif, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927-I, Paris, t. 33, p. 488 et suiv., 547 et suiv.; *ibid.*, 1927-III, p. 147 et suiv.) et a été consignée dans la règle IX, alinéa second, du projet adopté à la session de Lausanne (1927) et relatif à la « Responsabilité internationale des États au raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers » (v. *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 228, doc. A/CN.4/96, annexe 8). L'influence de cette théorie se retrouve aussi dans l'article III du projet de convention sur la même matière élaboré en 1929 par la Harvard Law School (*ibid.*, p. 229, annexe 9).

<sup>401</sup> La situation pourrait être différente s'ils s'adressaient à lui à un autre titre. Nombreux sont en fait les cas dans lesquels l'État ayant la représentation internationale, générale et obligatoire, d'un autre État a en même temps le droit de s'ingérer dans l'activité interne de l'État représenté. Il se peut alors que l'État en question soit appelé à répondre des faits internationalement illicites commis par l'autre État dans l'exercice de son activité, non pas cependant parce qu'il le représente, mais parce qu'il le contrôle, parce que la liberté de détermination et d'action de cet autre État se trouve être limitée au profit du premier.

<sup>402</sup> Verdross, *loc. cit.*, p. 408 et suiv.

<sup>403</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.1), p. 648.

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 648 et 649.

sabilité incombe à l'État représentant l'État fautif, ces réponses ne sont nullement motivées, ne font aucune distinction entre les hypothèses envisagées, et paraissent loin d'être techniquement probantes. D'autres réponses, par contre, beaucoup plus élaborées, comme notamment celle du Danemark, excluent expressément la thèse de la responsabilité indirecte comme contrepartie de la représentation, thèse pourtant dominante dans la littérature juridique de l'époque. On y distingue en effet très clairement les cas dans lesquels l'État représentant répond d'un fait commis par un organe à lui des cas où c'est l'État représenté qui doit répondre, parce que ce sont ses propres organes qui ont agi, cela même si la réclamation lui est adressée par l'intermédiaire de l'État représentant<sup>495</sup>. La Conférence de codification de 1930 n'eut malheureusement pas le temps de discuter la question de la responsabilité du fait d'autrui. D'autre part, dans la pratique des années qui suivirent la Conférence, on ne connaît aucun cas où l'on aurait fait valoir la responsabilité internationale d'un État pour le fait d'un autre État sur la base de sa qualité de représentant de celui-ci. On connaît par contre des cas où une telle responsabilité a été affirmée, mais sur de toutes autres bases<sup>496</sup>.

7) La Commission en a par conséquent conclu que la jurisprudence et la pratique internationales n'offraient nullement la preuve du bien-fondé de l'assertion que l'État qui a la représentation générale et obligatoire d'un autre État serait, de ce seul fait, internationalement responsable des faits illicites de l'État qu'il représente. La Commission n'a pas non plus estimé qu'il serait utile, *de jure condendo*, d'établir le principe d'une telle responsabilité. On ne voit pas pourquoi la relation de représentation, si elle ne s'accompagne pas d'une situation de « subordination » d'un État à un autre, devrait engendrer une responsabilité du représentant pour les faits illicites du représenté. Et si, par contre, ce qui compte aux fins de la responsabilité n'est pas l'existence de la relation de représentation, mais celle de la situation de « subordination » qui se cache derrière la relation de représentation, c'est de cette situation qu'il faut parler directement en tant que

<sup>495</sup> Voir SDN, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75.M.69.1929.V), p. 121 et suiv.

<sup>496</sup> On peut rappeler l'attitude du Gouvernement italien lors de l'affaire des phosphates du Maroc. Dans la requête introductive d'instance, ce gouvernement affirmait qu'on se trouvait en présence d'un fait illicite qui

« met en jeu la responsabilité internationale de la France à un double titre : responsabilité indirecte lui revenant en tant que protecteur du Maroc, et responsabilité personnelle et directe découlant d'actes accomplis par des autorités françaises ou avec leur collaboration, en vue d'intérêts purement français » (C.P.J.I., série C, n° 84, p. 13).

Le Gouvernement de Rome demandait donc à la Cour de signifier sa requête au Gouvernement de la République française à titre personnel et en tant que protecteur du Maroc (*ibid.*, p. 14). Il ne faisait aucune mention de la qualité de représentant du Maroc qui revenait alors à la France : comme fondement de la responsabilité indirecte de la France n'était mentionné que le fait que la France était l'État protecteur du Maroc. Et aucune mention du rapport de représentation existant entre la France et le Maroc ne fut faite par l'une ou par l'autre des deux parties dans la suite du procès.

base éventuelle de la responsabilité pour le fait d'autrui. La doctrine moderne est d'ailleurs d'accord dans sa grande majorité pour exclure que l'État représentant réponde, en tant que représentant, des faits internationalement illicites de l'État représenté<sup>497</sup>.

8) La troisième hypothèse prise en considération par la Commission a été celle où un État serait appelé à répondre des faits internationalement illicites d'un autre État parce que ce dernier se trouverait, par rapport à lui, dans une position de « subordination » ou de « dépendance ». Selon un certain courant doctrinal, l'État « dominant » serait automatiquement à considérer comme internationalement

<sup>497</sup> Voir notamment R. Ago, *La responsabilità indiretta nel diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1934, p. 30 et suiv.; A. P. Sereni, *La rappresentanza nel diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1936, p. 417 et suiv.; Klein, *op. cit.*, p. 71 et suiv.; G. Barile, « Note a teorie sulla responsabilità indiretta degli Stati », *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Rome, 3<sup>e</sup> série (spéciale), vol. XXII, fasc. 3, 1948, p. 435 et suiv.; M. V. Polak, « Die Haftung des Bundesstaates für seine Gliedstaaten », *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. 1, n° 4 [nouv. série] (mai 1948), p. 384; A. Ross, *A Textbook of International Law*, Londres, Longmans, Green, 1947, p. 262 et 263; Quadri, *op. cit.*, p. 600.

Il est vrai qu'il y a aujourd'hui encore des auteurs qui parlent d'une responsabilité indirecte de l'État représentant pour les faits illicites du représenté, mais il est à remarquer que ces auteurs ou bien ne font pas mention des objections qui ont été soulevées à l'encontre de la théorie d'Anzilotti, et n'expliquent donc pas comment on pourrait les surmonter (v. p. ex. P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1954, t. II, p. 26 et 27; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 214 et suiv.; A. Schüle, « Völkerrechtliches Delikt », *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, de Gruyter, 1960, t. I, p. 334 et 335; F. Berber, *Lehrbuch*, Munich, Beck's, 1977, vol. III, p. 17 et 18), ou bien ont clairement en vue uniquement le rapport de subordination qui accompagne en général le rapport de représentation générale et obligatoire.

La position de L. B. Sohn et R. R. Baxter à cet égard est particulièrement révélatrice. Dans le projet de convention élaboré par eux en 1961 pour le compte de la Harvard Law School, ces auteurs reprennent, à l'article 17, par. 1, al. c, une formule analogue à celle qui figurait dans le projet de 1929 de la même école. D'après cet article, un État serait responsable, entre autres, des faits accomplis par le « gouvernement de tout protectorat, colonie, dépendance ou autre territoire de l'État, dont celui-ci assure les relations internationales » (en anglais : « for the international relations of which that State is responsible ») [*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 151, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VII]. Or, dans le commentaire qui accompagne cet article, Sohn et Baxter précisent qu'il faut distinguer le cas mentionné à l'article 17, par. 1, al. c, du cas d'une

« représentation des intérêts étrangers d'un État par un autre, comme au Liechtenstein, dont les relations extérieures sont assurées par la Suisse, ou lorsqu'un État neutre protège les intérêts d'une nation belligérante en temps de guerre. L'État qui assure les relations extérieures d'un autre pays agit alors en qualité de représentant, non en tant que commettant, comme dans les cas considérés précédemment. Les types de rapport existant dans la représentation d'intérêts étrangers n'impliquent pas non plus de dépendance politique de l'État représenté par rapport à l'État qui remplit cette fonction. La responsabilité s'attache donc à la personne internationale dont l'organe, l'agence, le fonctionnaire ou l'employé a causé un préjudice à un étranger, même si la plainte doit être éventuellement présentée à cet État par l'intermédiaire des représentants diplomatiques de la nation qui représente les intérêts de l'État responsable. » (F. V. Garcia Amador, L. B. Sohn et R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Dobbs Ferry [N.Y.], Oceana Publications, 1974, p. 255 et 256.) [Tr. du Secrétariat.]

responsable des faits internationalement illicites de l'État « dépendant » du fait que des États tiers lésés par ces faits illicites seraient dans l'impossibilité pratique d'employer des moyens d'« exécution » à l'égard de l'État dépendant au cas où celui-ci ne respecterait pas spontanément les obligations découlant desdites illicéités. Ils risqueraient, autrement, de porter aussi atteinte aux intérêts ou aux droits de l'État « dominant » et d'obliger ce dernier, conformément au « droit-devoir » que son rapport avec l'État dépendant lui confère, à intervenir au titre de la « protection » de cet État <sup>498</sup>. L'État dominant constituant ainsi un écran de protection contre toute mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État dépendant, cela amènerait l'État tiers, toujours d'après ce courant doctrinal, à tenir ledit État dominant pour responsable de tous les faits internationalement illicites dont l'État dépendant se rendrait coupable. Conçue vers la fin du siècle dernier pour expliquer la responsabilité de l'État protecteur pour les faits illicites de l'État protégé, cette théorie a été invoquée par la suite pour donner un fondement à la responsabilité de l'État fédéral pour les faits illicites des États membres qui auraient gardé une personnalité internationale distincte et une capacité internationale restreinte, aussi bien qu'à la responsabilité de l'État « suzerain » pour les faits illicites des États « vassaux », et encore à celle de tout État se trouvant dans une position de « domination » par rapport à un autre État <sup>499</sup>.

9) En dépit de l'autorité scientifique de certains de leurs tenants, les idées exposées ci-dessus n'ont pas paru convaincantes à la Commission. En premier lieu, on n'en trouve guère trace dans les prises de position des États <sup>500</sup>

<sup>498</sup> Ce courant a été qualifié comme celui de la « doctrine de la protection » (« Schutztheorie »). Il a parmi ses principaux tenants P. Schoen, « Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, Kern's, Supplément 2 au tome X, 1917, p. 103 et suiv.; K. Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, Kohlhammer, 1920, t. III, 3<sup>e</sup> partie, p. 112 et suiv.; A. Decencière-Ferrandière, *La responsabilité internationale des États à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris, Rousseau, 1925, p. 192 et suiv.; Klein, *op. cit.*, p. 129 et suiv.

<sup>499</sup> Une sorte de variante de l'idée de justifier la responsabilité de l'État dominant pour les faits internationalement illicites de l'État dépendant sur la base du droit-devoir de protection du second par le premier est représentée par l'idée de Verdross de faire appel à l'idée d'« ingérence » (« Eingriff »). L'application de mesures coercitives (et surtout de mesures de représailles — non armées, s'entend) à l'encontre d'un État subordonné représenterait une « ingérence » inadmissible dans la sphère juridique de l'État « supérieur » dans les cas où l'État « subordonné » fait en réalité partie du « supérieur ». Cette situation vaut, à son avis, pour les rapports entre l'État membre et l'État fédéral, ainsi que pour ceux entre l'État vassal et l'État suzerain (car le territoire et les citoyens de l'un font en même temps partie du territoire et de l'ensemble des citoyens de l'autre) [Verdross, *loc. cit.*, p. 415 et suiv.].

<sup>500</sup> A première vue, on aurait l'impression d'une prise de position en faveur de cette dernière thèse dans la lettre écrite le 1<sup>er</sup> septembre 1871 par le chancelier Bismarck au Chargé d'affaires allemand à Constantinople, à propos de l'affaire concernant le ressortissant allemand Strousberg, victime d'une rupture de contrat de la part du Gouvernement des Principautés du Danube (plus tard Roumanie), vassales de l'Empire ottoman. Le Chancelier justifiait le fait de s'adresser à la Porte pour qu'elle fasse respecter le contrat par les autorités des Principautés en alléguant précisément que d'éventuelles mesures de contrainte exercées à l'encontre des Principautés constitueraient une ingérence dans les droits de la Porte (« Eingriff in ihre Rechte ») et provoqueraient, à ce titre,

et dans le raisonnement des juges et arbitres internationaux. En deuxième lieu, même à vouloir examiner le problème uniquement *de jure condendo*, la Commission a relevé que les arguments invoqués étaient inspirés par la préoccupation de parer aux inconvénients susceptibles de se produire au cas où l'État dépendant, tenu pour responsable des faits internationalement illicites commis par lui-même, refuserait de reconnaître cette responsabilité, de sorte que l'État tiers victime de ces illicéités serait amené à recourir à des mesures de contrainte à son égard. Mais on ne voit pas comment lesdits inconvénients seraient évités du seul fait que la responsabilité pour les faits internationalement illicites en question serait mise à la charge de l'État « dominant ». Étant lui-même tenu pour responsable, l'État dominant deviendrait destinataire direct des mesures employées à son égard s'il refusait de remplir les obligations par lesquelles se traduirait la responsabilité encourue par lui du fait de l'État subordonné. Sa sphère juridique n'en serait que plus directement atteinte.

10) La quatrième — et de loin la plus réaliste — des hypothèses que la Commission a eu à prendre en considération a été celle d'un État qui, ayant à un titre ou à un autre un pouvoir de direction ou de contrôle sur un domaine d'activité plus ou moins vaste d'un autre État, serait tenu pour internationalement responsable d'un fait illicite commis par cet autre État dans le domaine soumis à cette direction ou à ce contrôle. Cette hypothèse est susceptible de se présenter dans le cadre de plusieurs types de relations entre États : a) rapports internationaux de dépendance, et notamment de « suzeraineté » et de protectorat international ; b) rapports entre État fédéral et États membres de la fédération ayant gardé une personnalité internationale propre ; c) rapports entre État occupant et État occupé dans des cas d'occupation territoriale. La Commission les a pris successivement en examen.

11) Pour des raisons historiques, l'attention des internationalistes a été surtout attirée, dans un passé encore relativement récent, par des cas se rapportant à des relations internationales de dépendance, comme la « suzeraineté » (ou, à l'inverse, le « vasselage »), le protectorat international, le mandat de type A de la Société des Nations. Bien que des rapports de cette nature soient aujourd'hui en voie de disparition, il a paru utile à la Commission d'examiner ces cas, car leur intérêt n'est pas seulement historique : l'hypothèse d'un État ayant un pouvoir de direction ou de contrôle sur un domaine d'activité d'un autre État est parfaitement susceptible de se présenter dans le cadre d'autres types de relations entre États qui sont toujours actuels. Les principes affirmés il y a quelques décennies dans les cas mentionnés pourraient donc s'appli-

les protestations de la Porte elle-même. A y regarder de plus près, cependant, le Chancelier allemand considérait les Principautés comme une sorte de province de l'Empire ottoman, dotée d'une autonomie purement intérieure et dépourvue, à l'époque, d'une personnalité internationale distincte. Donc, pour lui, le cas d'espèce n'entrait pas dans le cadre de ceux où il peut être question de la responsabilité d'un sujet de droit international pour le fait d'un autre sujet. Voir la lettre de Bismarck dans J. Wythrik, « Eine Stellungnahme des Reichskanzlers Bismarck zu dem Problem der mittelbaren Staatenhaftung », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. XXI, fasc. 3-4, 1941, p. 273.

quer, *mutatis mutandis*, dans des cas qui se vérifieraient de nos jours.

12) La Commission n'a pas attribué un grand intérêt, aux fins de la question formant l'objet du présent article, aux cas connus où il a été question de la responsabilité pour des faits internationalement illicites commis par des organes d'États « vassaux » de l'Empire ottoman. Les États lésés ont parfois considéré les États « vassaux » comme de simples provinces de l'Empire ottoman, non dotées de personnalité internationale. Le fait qu'ils se soient adressés à l'Empire ottoman pour exiger la réparation des faits illicites commis par des organes de ces « vassaux » ne signifie alors pas qu'ils aient entendu faire valoir la responsabilité d'un État pour les faits illicites d'un autre sujet de droit international. A l'inverse, dans d'autres cas, les États lésés se sont déclarés convaincus que les États « vassaux », avec lesquels ils entretenaient des relations diplomatiques directes, agissaient libres de toute ingérence de l'Empire ottoman. L'existence même d'un rapport de dépendance était alors mise en discussion, et il est donc tout à fait normal que l'on n'ait pas cherché à faire valoir la responsabilité de la Porte pour les faits illicites commis par les organes des États « vassaux ». Une prise de position qui mérite cependant d'être citée est celle de l'Empire ottoman dans l'*Affaire Strousberg*<sup>501</sup>. En rejetant toute responsabilité du fait illicite commis par les organes de la Principauté du Danube, la Porte alléguait que ce fait avait eu lieu dans un domaine où la Principauté agissait en pleine autonomie et en dehors de tout contrôle de la part de la Porte<sup>502</sup>. A supposer donc qu'elle ait admis de considérer la Principauté comme dotée d'une personnalité internationale distincte, il est intéressant de remarquer que la Porte ne jugeait pas cela suffisant pour exclure sa responsabilité internationale. Elle croyait nécessaire de préciser que le fait illicite avait eu lieu dans un domaine où la Turquie n'exerçait aucune ingérence.

13) Pour ce qui est de la responsabilité de l'État protecteur ou de l'État mandataire pour des faits internationalement illicites commis par des organes des États protégés ou soumis à mandat, la Commission a par contre relevé qu'il y avait eu nombre de cas dans lesquels un tribunal international avait été appelé à décider de la question et que, dans la plupart de ces cas, la responsabilité internationale du protecteur ou du mandataire avait été reconnue. Elle a cependant dû noter qu'il n'était parfois pas facile d'établir clairement quelles avaient été, dans chaque cas, les argumentations ayant amené les juges ou arbitres à affirmer cette responsabilité. C'est ce que l'on doit dire, par exemple, à propos de l'*Affaire Studer*, dans laquelle les États-Unis d'Amérique invoquèrent la responsabilité de la Grande-Bretagne, puissance protectrice du sultanat du Johore, pour un fait illicite commis par les autorités du

Sultanat<sup>503</sup>. De même, dans la décision relative aux *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*, rendue par l'arbitre Huber le 1<sup>er</sup> mai 1925, et dans la sentence de la CPJI du 30 août 1924 relative aux *Concessions Mavrommatis en Palestine*, il semblerait à première vue que l'instance saisie ait entendu affirmer la responsabilité du protecteur pour un fait illicite commis par le protégé, et du mandataire pour un fait commis par l'entité soumise à mandat. Il semblerait également que cette responsabilité ait été basée sur la circonstance que l'État protecteur et la puissance mandataire avaient la représentation générale de l'État ou de la communauté « subordonnée »<sup>504</sup>. Toutefois, un examen plus attentif révèle que dans le premier cas l'arbitre estimait que le protecteur était devenu en définitive le vrai souverain du territoire du protégé<sup>505</sup> et que dans le deuxième le fait illicite était représenté par la violation d'obligations incombant à la puissance mandataire, violation commise en fait par des organes de cette puissance (ou tout au moins avec leur concours)<sup>506</sup>. La responsabilité respectivement attribuée dans ces deux cas au protecteur et au mandataire était donc, dans ces cas, une responsabilité pour fait propre plutôt que pour fait d'autrui.

14) Par contre, la décision en l'affaire *Brown*, rendue le 23 novembre 1923 par le tribunal arbitral constitué par la Grande-Bretagne et les États-Unis d'Amérique en vertu

<sup>503</sup> L'affaire fut déférée à un tribunal arbitral, qui rendit sa décision le 19 mars 1925. A propos de la question qui nous intéresse, le tribunal arbitral se borna à remarquer que

« Le Gouvernement britannique est partie à cette procédure du fait de la responsabilité qu'il assume sur le plan international pour le Gouvernement du Johore en vertu des dispositions d'un traité conclu en 1885. » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI [publication des Nations Unies, numéro de vente : 1955.V.3], p. 150.) [Tr. du Secrétariat.]

<sup>504</sup> Pour ce qui est de la décision relative à l'Affaire des réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc, voir les passages cités ci-dessus (par. 5 du présent commentaire); pour ce qui est de la sentence en l'Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, le passage pertinent est le suivant :

« Les pouvoirs attribués par l'article 11 à l'administration de la Palestine doivent, on l'a vu, être exercés « sous réserve des obligations internationales acceptées par le mandataire ». Cette réserve était nécessaire, car les obligations internationales du mandataire ne sont pas, comme telles, des obligations internationales pour la Palestine. Puisque l'article 11 du Mandat reconnaît à l'administration de la Palestine une large autonomie, il fallait mettre hors de doute que les pouvoirs accordés ne doivent pas être exercés d'une manière qui serait incompatible avec certains engagements internationaux du mandataire. Les obligations résultant de ces engagements sont ainsi des obligations que l'administration de la Palestine est tenue de respecter : leur violation engage la responsabilité internationale du mandataire, car, conformément à l'article 12 du Mandat, les relations extérieures de la Palestine sont de son ressort. » (C.P.J.I., série A, n° 2, p. 23.)

<sup>505</sup> Tout de suite après avoir affirmé que « la responsabilité du protecteur [...] découle [...] du fait que seul le protecteur représente le territoire protégé dans les rapports internationaux » (notons qu'il dit « le territoire protégé » et non pas « le protégé » ou « l'État protégé »), il poursuit : « La responsabilité pour les événements de nature à affecter le droit international, se passant dans un territoire déterminé, va de pair avec le droit d'exercer à l'exclusion d'autres États les prérogatives de la souveraineté. Comme, vis-à-vis de l'étranger, la situation du protecteur est la même que celle d'un État souverain, sa responsabilité doit être la même. » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II [op. cit.], p. 649.)

<sup>506</sup> C.P.J.I., série A, n° 2, p. 23.

<sup>501</sup> Voir ci-dessus note 500.

<sup>502</sup> Voir Wyrthlik, *loc. cit.*, p. 279 et 280.

de l'accord spécial du 18 août 1910<sup>507</sup>, constituée, aux yeux de la plupart des membres de la Commission, un précédent non seulement valable, mais très significatif pour les aspects essentiels de la question. Les États-Unis demandaient à la Grande-Bretagne, en sa qualité de puissance ayant eu, avant la guerre et l'annexion par elle de l'Afrique du Sud, la suzeraineté sur la République sud-africaine, la réparation du déni de justice infligé à l'ingénieur américain Robert Brown par une véritable conspiration des trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, de la République. Le tribunal arbitral reconnut l'existence du déni de justice, mais nia cependant que la Grande-Bretagne pût encourir de ce fait une responsabilité internationale, que cela soit à titre d'État successeur de la République sud-africaine ou — et c'est le point qui nous intéresse — à titre de puissance « suzeraine » à l'époque à laquelle le déni de justice fut perpétré. L'argumentation du tribunal sur ce sujet était centrée sur les deux points suivants : a) bien que la Grande-Bretagne ait alors eu une position et une responsabilité particulières à l'égard de la République sud-africaine, sa « suzeraineté » ne comportait en l'espèce qu'un contrôle, assez lâche d'ailleurs, sur les relations de ladite république avec les puissances étrangères, et n'entraînait pas la moindre ingérence ni le moindre contrôle sur l'activité interne, législative, exécutive ou judiciaire ; b) cela étant, les conditions dans lesquelles la Grande-Bretagne aurait pu être tenue pour responsable d'un fait, tel un déni de justice, commis à l'égard d'un ressortissant étranger dans le cadre de ladite activité interne n'étaient pas réunies. D'après la Commission, il est donc permis d'en déduire que, dans l'opinion du tribunal, une responsabilité peut et doit être reconnue à la charge d'un État pour le fait internationalement illicite commis par un autre État lié au premier par une relation de dépendance, quand le fait illicite dénoncé a été commis dans un domaine d'activité pour lequel l'État dominant a sur l'État dépendant un pouvoir de contrôle effectif, et dans ce cas seulement.

15) La Commission a aussi estimé que, dans le cadre de l'analyse de la jurisprudence et de la pratique internationales à propos de la détermination de l'État appelé à répondre d'un fait internationalement illicite commis dans le cadre d'un rapport juridique de dépendance internationale, il fallait rappeler une fois de plus la réponse du Danemark au point X de la demande d'informations du Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930. Cette réponse, en fait la plus élaborée et la mieux motivée de toutes celles qu'avait reçues le Comité, indiquait expressément que

La réponse dépend de la nature du rapport entre les deux États, de l'étendue et du caractère du contrôle qu'exerce un État sur l'administration de l'autre État et de l'autonomie laissée à l'État soumis ou protégé \*<sup>508</sup>.

Les critères dont le Gouvernement danois s'inspirait étaient manifestement les mêmes que ceux que le tribunal anglo-américain avait appliqués à la décision dans l'affaire *Brown*. En résumé, on peut dire que les quelques précé-

dents offerts par des décisions arbitrales ou par des manifestations d'opinions gouvernementales qui se réfèrent à des situations classiques, et en bonne partie révolues, de rapports de dépendance, tout en n'étant ni nombreux ni, et pour cause, récents, sont néanmoins très clairs et très nets. De plus, chose qui n'est pas à négliger, il n'y en a pas d'autres dont on puisse dire, après les avoir attentivement étudiés, qu'ils apportent leur soutien à des solutions différentes.

16) La Commission a d'autre part relevé que c'est à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle qu'est apparue dans la doctrine l'idée qu'un État ne peut se voir attribuer la responsabilité internationale découlant d'un fait internationalement illicite que s'il l'a commis en agissant dans une sphère d'action pour laquelle il avait pleine liberté de détermination et que, dans la mesure où il est soumis au contrôle d'un autre État et où sa liberté de détermination se trouve de ce fait limitée au profit de l'autre, c'est cet autre État qui doit être tenu pour responsable<sup>509</sup>. La Commission a noté que cette idée a été reprise et développée par la suite avec diverses variantes : en 1928 par C. Eagleton<sup>510</sup>, qui toutefois ne précise pas comment devrait être qualifiée dans de tels cas la responsabilité de l'État « dominant », et en 1934 par R. Ago, qui voit dans le principe énoncé la véritable base de la responsabilité d'un État pour un fait attribuable comme tel à un autre État<sup>511</sup>. Enfin, il a été pris acte que, dans les années qui suivirent, de nombreux auteurs, tout en se servant de formules diverses, se sont trouvés d'accord pour reconnaître que l'ingérence ou le contrôle attribués à un État sur l'activité extérieure ou intérieure d'un autre État donnent naissance, à la charge

<sup>509</sup> En 1883, F. de Martens écrivait :

« La logique et l'équité exigeraient que les États qui se trouvent dans cette situation dépendante ne fussent responsables de leurs actes à l'égard des gouvernements étrangers qu'en proportion de leur liberté d'action. Les actes du khédivé égyptien ou du bey de Tunis devraient engager dans une certaine mesure les puissances européennes dont ils subissent la tutelle. » (*Traité de droit international*, tr. par A. Léo, Paris, Marescq aîné, 1883, t. I, p. 379.)

<sup>510</sup> Selon cet auteur :

« si un État en contrôle un autre dans des circonstances qui peuvent empêcher cet autre État de s'acquitter de ses obligations internationales, la base de la responsabilité de l'État protecteur pour l'État subordonné est posée. La responsabilité doit être déterminée dans chaque cas en fonction du degré réel de liberté à l'égard du contrôle extérieur ou, inversement, du degré réel de contrôle laissé à l'État subordonné. » (C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, New York University Press, 1928, p. 43.) [Tr. du Secrétariat.]

<sup>511</sup> D'après cet auteur :

« La raison d'être de la responsabilité d'un État pour le fait illicite d'un autre État réside [...] dans le fait que l'illicéité a été commise par un sujet international dans l'exercice d'une activité entrant dans une sphère d'action à l'intérieur de laquelle ce sujet n'est pas libre d'agir comme il l'entend, d'après des règles déterminées par lui-même, qu'il ne peut pas se consacrer à la poursuite de finalités qu'il s'est lui-même proposées, mais doit agir suivant des règles établies par un autre sujet et doit viser des fins indiquées par ce dernier. » (Ago, *op. cit.*, p. 59.) [Tr. du Secrétariat.]

<sup>507</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (*op. cit.*), p. 120 et suiv.

<sup>508</sup> SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 122.

du premier État, à une responsabilité pour les faits internationalement illicites commis par le second<sup>512</sup>.

17) Sur la base de ce qui précède, la Commission a donc conclu que là où, à un titre ou à un autre, une situation de dépendance « internationale » est établie entre deux États, la responsabilité pour les faits illicites commis par l'État « dépendant » doit être attribuée à l'État dit « dominant », pour autant que le fait illicite ait été accompli par l'État dépendant dans un secteur d'activité où, sans pour autant perdre sa personnalité internationale distincte, il était soumis au pouvoir de direction ou de contrôle de l'État supérieur. Un membre de la Commission s'est dissocié de cette conclusion, étant convaincu que dans les hypothèses envisagées les États « dépendants » ne sont pas de véritables sujets de droit international. Tout en ne contestant pas que la responsabilité des faits illicites commis par le « dépendant » incombe à l'État « dominant », il voit dans cette responsabilité une responsabilité du fait « propre » et non pas du fait d'« autrui »<sup>513</sup>.

18) Après avoir examiné les aspects du problème qui retenait son attention relativement à des relations internationales de « dépendance », la Commission a tourné son regard vers les relations entre *États fédéraux et États membres*, et ceci en particulier dans les cas de fédération où les États membres gardent, du point de vue du droit international, une personnalité distincte de celle de l'État fédéral<sup>514</sup>. Bien que plutôt rares, de tels cas existent et, surtout, d'autres semblent susceptibles de se produire à l'avenir. La Commission, dans sa grande majorité, a donc constaté que, dans les limites du secteur d'activité où l'État membre jouit d'une personnalité internationale propre, à savoir du domaine dans lequel il se trouve être titulaire de droits et d'obligations internationales, il peut parfois jouir d'une autonomie complète par rapport à l'État fédéral. On ne verrait pas alors pourquoi l'État membre ne devrait pas répondre des violations de ses obligations internationales commises par ses organes. Cependant, il se peut aussi que, par rapport au secteur dans lequel il jouit d'une personnalité internationale propre, l'activité de l'État membre soit soumise à la direction ou au contrôle de l'État fédéral. Il se peut aussi qu'en agissant dans les limites de ce secteur d'activité l'État membre viole des obligations internationales étant à sa charge. Il a donc paru aux membres de la Commission —

à l'exception d'un d'entre eux<sup>515</sup> — que, ainsi qu'il se produit dans les rapports de dépendance, l'État fédéral doit répondre des faits internationalement illicites attribuables à l'État membre s'ils ont été commis dans un domaine d'activité soumis à un pouvoir de contrôle ou de direction de l'État fédéral.

19) Enfin, la Commission est passée à l'étude de la situation dans laquelle il est aujourd'hui plus vraisemblable qu'un État puisse se trouver amené à exercer un pouvoir de direction ou de contrôle sur un domaine d'activité d'un autre État. Il s'agit, comme on l'a dit *supra*, de la situation qui se produit en cas d'occupation totale ou partielle du territoire d'un État par un autre État. La Commission a été d'avis que ce sera dans une situation de cette nature que l'on verra plus fréquemment se poser la question de la responsabilité d'un État pour les faits commis par un autre État dans un domaine où la liberté de détermination et d'action de ce second État est limitée au profit du premier. Bien sûr, l'occupation territoriale n'a normalement pas son origine, comme un protectorat ou un mandat, dans un accord international ou, comme une relation Etat suzerain/Etat vassal ou Etat fédéral/Etat membre doté d'une personnalité internationale résiduelle, dans des dispositions du droit interne, mais, cela dit, il est indéniable que ce rapport présente des aspects proches de ceux qui caractérisent, par exemple, le rapport entre État protecteur et État protégé. L'occupation militaire aussi, même si elle s'étend à la totalité du territoire, n'amène pas comme telle de changement dans la souveraineté sur le territoire occupé et ne touche pas à la personnalité internationale de l'État soumis à l'occupation. Toutefois, l'État occupant, comme l'État protecteur, est amené à exercer sur le territoire occupé certaines prérogatives de sa propre puissance publique : pour protéger la sécurité de ses forces armées et, en général, pour pourvoir à ses propres exigences, ou aussi pour répondre à des besoins de la population du territoire occupé et pour maintenir l'ordre public, domaine dans lequel l'exercice de ces prérogatives est même exigé, dans certaines conditions, par les us et coutumes de la guerre et par le droit international conventionnel. Ici aussi, l'organisation étatique de l'occupé ne disparaît normalement pas, mais survit et continue d'opérer sur le territoire, même si c'est dans des conditions et des limites qui varient beaucoup d'un cas à l'autre : l'expérience de la seconde guerre mondiale l'a montré. L'ingérence dans l'activité internationale de l'État occupé a pour effet de restreindre cette activité dans des limites extrêmement variables, et elle va parfois jusqu'à l'annuler dans des cas d'occupation totale et particulièrement brutale. L'ingérence dans l'activité interne est toujours présente, même si elle prend également des proportions qui changent d'un cas à l'autre. Il y aura donc des domaines d'activité qui, ne touchant pas aux intérêts de l'État occupant, seront laissés à la libre détermination des autorités locales ; il en découlera que l'État occupé continuera d'encourir la responsabilité internationale des faits

<sup>512</sup> Voir M. Scerni, « Responsabilità degli Stati », *Nuovo Digesto Italiano*, Turin, vol. XI, 1939, p. 474 et 475; Barile, *loc. cit.*, p. 443 et suiv.; H. Rolin, « Les principes de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1950-II*, Paris, Sirey, 1951, t. 77, p. 446; G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7<sup>e</sup> éd., Padoue, CEDAM, 1967, p. 364; E. Vitta, « Responsabilità degli Stati », *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, vol. XV, 1968, p. 734. Pour Verdross (*loc. cit.*, p. 413) et Ross (*op. cit.*, p. 261 et 262), cette théorie ne justifie pas tous les cas de responsabilité, mais elle serait applicable dans les cas de protectorat où le protecteur n'a pas la représentation du protégé.

<sup>513</sup> Le fait du « dépendant » serait alors assimilable à celui d'une « collectivité publique territoriale », qui, en vertu de l'article 7, par. 1, du présent projet, est un fait attribuable à l'État.

<sup>514</sup> Si l'État membre est sans personnalité internationale, il entre, aux fins des présents articles, dans la catégorie des « collectivités publiques territoriales », dont il est question à l'article 7, par. 1, du projet. Par conséquent, l'État fédéral répondra bien des comportements des organes de l'État membre, mais ce sera alors une responsabilité pour son propre fait.

<sup>515</sup> Selon ce membre de la Commission, l'État membre qui a gardé une personnalité internationale limitée répond seul des éventuelles violations d'obligations internationales commises par lui, car l'organisation de l'État fédéral ne peut pas être considérée comme impliquant la soumission de l'État membre au pouvoir de direction ou de contrôle de l'État fédéral.

internationalement illicites éventuellement commis dans les domaines d'activité en question. A l'inverse, l'État occupant confiera parfois à des éléments de sa propre organisation l'exercice de certaines fonctions prévues par l'ordre juridique de l'État occupé, fonctions pour lesquelles il n'entend pas ou ne peut pas se servir des éléments de l'organisation de l'État occupé. L'État occupant devra alors endosser la responsabilité internationale des faits internationalement illicites éventuellement commis par ses propres organes par lesquels il aura remplacé des organes correspondants de l'État occupé, et il s'agira alors manifestement d'une responsabilité de son propre fait. Enfin, il y aura, ici aussi, de très vastes secteurs d'activité qui resteront confiés aux organes de l'État occupé, à ceux de ses collectivités publiques territoriales, à ceux de ses autres entités publiques, etc., qui agiront cependant d'après les directives et sous le contrôle des autorités de l'État occupant<sup>516</sup>. C'est précisément dans le cadre de ces secteurs d'activité qu'il a paru à la Commission, ne fût-ce que d'un point de vue de pure logique, que le phénomène de la responsabilité pour fait d'autrui devait nécessairement être pris en compte. Les quelques cas qui se sont produits dans la pratique et dont on a connaissance confirment d'ailleurs le bien-fondé de cette déduction.

20) A ce propos, la Commission a arrêté son attention, parmi les affaires plus anciennes, sur celles dans lesquelles le Gouvernement italien soutint la responsabilité de l'Empire français, en tant que puissance occupant alors militairement le territoire de l'État de l'Église, pour des faits estimés internationalement illicites commis par des organes pontificaux. Dans un des cas les plus significatifs, le Gouvernement de Turin releva que, si la Cour de Rome n'avait plus le contrôle de ses actes et n'était plus en état de répondre de leurs conséquences, la responsabilité pour les agissements des organes pontificaux ne pouvait qu'incomber à l'État français, et que la « simple désapprobation par le Gouvernement français des mesures prises ne suffisait pas à le libérer de la responsabilité que ces mesures font tomber sur lui<sup>517</sup> ». La Commission a aussi relevé

<sup>516</sup> Ainsi, par exemple, les instructions du 10 novembre 1943 pour la Commission alliée de contrôle pour l'Italie prévoyaient que

« La relation que la Commission de contrôle entretient avec le Gouvernement italien et l'administration italienne dans les zones libérées consiste en une *supervision* \* et en des *directives* \* bien plus qu'en une administration directe, comme c'est le cas du gouvernement militaire allié. »

L'administration directe n'était exercée par le gouvernement militaire allié que dans les zones à proximité de la ligne du front. (M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington [D.C.], U.S. Government Printing Office, 1963, vol. 1, p. 990.) [Tr. du Secrétariat.]

L'article 1<sup>er</sup> de l'Accord sur le mécanisme de contrôle en Autriche, conclu le 28 juin 1946 entre les Gouvernements des États-Unis d'Amérique, de la France, du Royaume-Uni et de l'URSS, prévoyait que

« a) Le Gouvernement autrichien et toutes les autorités autrichiennes qui lui sont subordonnées exécuteront toutes les instructions \* qu'ils pourront recevoir de la Commission alliée [...]. » (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 138, p. 87.)

<sup>517</sup> S.I.O.I.-C.N.R., *La prassi italiana di diritto internazionale*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1970, 1<sup>re</sup> série (1861-1887), vol. II, p. 875 et 876 [tr. du Secrétariat]. Les agissements dénoncés étaient des mesures illégitimes adoptées à l'égard de navires italiens dans les ports du Latium et d'autres analogues.

qu'une autre prise de position moins lointaine, mais toujours antérieure à la seconde guerre mondiale, figure dans l'arrêt rendu le 1<sup>er</sup> mars 1927 par la Cour d'appel d'Alexandrie dans l'affaire *Fink*. Le demandeur, un ressortissant allemand, réclamait du Gouvernement égyptien réparation des dommages subis à la suite de la mise sous séquestre de son fonds de commerce et de sa liquidation ultérieure par les autorités militaires anglaises qui occupaient l'Égypte. Cette liquidation, que Fink estimait désastreuse, eut lieu après que ses fondés de pouvoir avaient été invités par la police égyptienne à se constituer prisonniers et avaient été pris en charge par les autorités militaires. La Cour exclut que le comportement des autorités égyptiennes — en admettant qu'il ait été illicite — ait pu engager la responsabilité de l'Égypte, et cela parce que la police, qui avait invité les fondés de pouvoir de Fink à se constituer prisonniers, était soumise aux directives et placée sous le contrôle de la puissance occupante<sup>518</sup>. Il découle implicitement de cette conclusion négative que, de l'avis de la Cour, qui n'avait pas à se prononcer sur cet autre aspect, l'éventuelle responsabilité des faits commis par les autorités égyptiennes ne pouvait qu'être mise à la charge de l'État occupant, à titre évidemment de responsabilité du fait d'autrui.

21) Quant aux cas qui ont eu lieu à une époque plus récente, deux faits qui se sont produits pendant l'occupation allemande de Rome ont paru particulièrement significatifs pour le problème qui nous préoccupe. Le 2 mai 1944, la police militaire allemande, qui occupait Rome, pénétra de force dans un bâtiment annexe de la basilique de Sainte-Marie-Majeure et y procéda à des arrestations. Cette mesure représentait une infraction internationale évidente, l'extra-territorialité des biens du Saint-Siège dans Rome étant garantie par une obligation expressément définie par les accords du Latran, cette obligation s'imposant, à cause de son caractère typiquement localisé et lié au territoire, non seulement à l'Italie, mais également à tout État exerçant exceptionnellement son autorité sur le sol de Rome. La responsabilité de l'Allemagne, que le Saint-Siège fit valoir à cette occasion, était donc, sans aucun doute possible, une responsabilité encourue par l'État allemand du fait, et du fait exclusif, de ses organes : à tous les points de vue, donc, une responsabilité directe. Trois mois auparavant, par contre, le 3 février 1944, ce

<sup>518</sup> Les considérations de la Cour ont été les suivantes :

« Attendu qu'il appert de ce simple exposé des faits que la seule intervention du Gouvernement égyptien consiste en l'invitation faite par la police locale aux fondés de pouvoir du demandeur de se constituer prisonniers des autorités militaires ;

« Attendu en premier lieu que cette invitation ne constitue qu'un acte plutôt amical, pour éviter auxdits fondés de pouvoir de se voir arrêter *manu militari* et conduits de cette façon par les rues du Caire ;

« Qu'en outre les autorités locales, en prêtant leur concours aux forces d'occupation, ont toujours agi pour compte de ces dernières en vertu des principes du droit international \*, universellement respectés même pendant la dernière guerre, sans qu'on puisse tenir responsables les autorités locales d'une collaboration imposée par les circonstances \* ;

« Attendu que les seuls faits générateurs des dommages litigieux, soit la mise sous séquestre du fonds de commerce et sa liquidation, ont été exclusivement exécutés par les autorités militaires anglaises. » (*Journal du droit international*, Paris, 55<sup>e</sup> année, n° 1, janvier-février 1928, p. 196.)

fut la police italienne qui, ayant pénétré par la force dans Saint-Paul-hors-les-Murs, y commit des déprédations et opéra des arrestations. Mais comme la police italienne de Rome opérait notoirement sous le contrôle de la puissance occupante, le Saint-Siège adressa ses protestations non pas à de quelconques autorités italiennes, mais aux autorités allemandes, en faisant valoir, également dans ce cas, la responsabilité de la puissance occupante. Toutefois, il le fit en mettant à la charge de l'Allemagne la responsabilité internationale d'infractions commises par des organes non allemands dans un secteur d'activité soumis au contrôle des autorités d'occupation allemandes : une responsabilité qui devait, partant, être qualifiée de responsabilité pour fait d'autrui<sup>519</sup>.

22) Finalement, une prise de position particulièrement intéressante pour la question examinée a été relevée dans la décision rendue le 15 septembre 1951 par la Commission de conciliation franco-italienne, instituée en vertu de l'article 83 du Traité de paix avec l'Italie (1947) concernant le *Différend Héritiers de S. A. R. M<sup>re</sup> le Duc de Guise*. Dans cette affaire, le Gouvernement français demandait à l'Italie la restitution d'un immeuble appartenant à des citoyens français et réquisitionné par les décrets des 21 novembre 1944 et 4 janvier 1945 du Haut-Commissaire (italien) pour la Sicile, alors sous occupation militaire des puissances alliées et associées. La Commission accepta la requête française. A cette fin, elle remarqua, entre autres, que

Peu importe [...], en l'espèce, qu'à la date du 21 novembre 1944 les puissances alliées et associées aient exercé le *contrôle* \* administratif en Sicile puisque aussi bien aucune ingérence du Commandant des forces d'occupation ni d'aucune autorité alliée pour pro-

<sup>519</sup> Sur ces affaires, voir R. Ago, « L'occupazione bellica di Roma e il Trattato lateranense », Istituto di Diritto internazionale e straniero della Università di Milano, *Comunicazioni e Studi*, Milan, Giuffrè, 1945, t. II, p. 154 et suiv. Au cours de la seconde guerre mondiale, on a aussi vu réapparaître des situations dont l'époque napoléonienne avait déjà fourni des exemples : celles des États ou gouvernements « fantoches » (« puppet States or governments »), à savoir d'États ou de gouvernements créés sur un territoire déterminé à l'initiative de l'occupant et dépendant étroitement de l'État qui est à l'origine de leur existence. Le sujet a été évoqué dans le rapport de la CDI sur sa trentième session. La Commission relevait que

« Dans de telles situations, il est possible qu'en présence de certaines circonstances l'État « dominant » soit appelé à répondre d'un fait internationalement illicite commis par l'État fantoche [...] » (*Annuaire... 1978*, vol. II [2<sup>e</sup> partie], p. 113, doc.

A/33/10, chap. III, sect. B, sous-sect. 2, art. 27, par. 7 du commentaire).

La Commission avait donc conclu que les problèmes de responsabilité internationale découlant d'agissements d'organes d'un État fantoche pouvaient relever, comme ceux qui découlent d'agissements d'organes de tout État dépendant ou occupé, de la notion de responsabilité « pour fait d'autrui ».

Revenant plus spécifiquement sur la question pendant la présente session, la Commission a distingué le cas où l'État fantoche serait en réalité dépourvu de personnalité internationale et n'apparaîtrait alors que comme une sorte de « collectivité publique territoriale » de l'État occupant, au sens de l'article 7, par. 1, du présent projet, du cas où, par contre, il aurait une personnalité internationale propre. Dans le premier cas, l'État occupant répondrait des agissements internationalement illicites commis par l'État ou gouvernement fantoche en tant que « faits propres », attribuables à lui-même. Dans le second cas, il en répondrait en tant que « faits d'autrui », pour autant que ces agissements se produisent dans un domaine d'activité soumis à sa direction ou à son contrôle.

voquer les décrets de réquisition des 21 novembre 1944/4 janvier 1945 n'a pu être prouvée<sup>520</sup>.

Cette décision affirme donc expressément que l'État occupé reste responsable des faits internationalement illicites commis par lui en dehors de toute ingérence et de tout contrôle de la part de l'État occupant. Il faut évidemment en déduire, *a contrario*, que, si une telle ingérence a lieu et un tel contrôle est établi sur l'activité dans le cadre de laquelle l'infraction internationale se produit, la responsabilité passe à l'occupant, qui répond alors du fait de l'occupé.

23) Les auteurs de droit international qui ont étudié la question de la responsabilité d'un État pour les faits internationalement illicites commis par d'autres États ne se sont pas fréquemment demandé si un problème de ce genre pouvait se poser dans des cas d'occupation militaire par un État du territoire ou d'une partie du territoire d'un autre État. Ceux qui l'ont fait ont cependant reconnu que là aussi une responsabilité du fait d'autrui pouvait se produire<sup>521</sup>. D'autre part, la Commission n'a pas manqué de relever que de nombreux auteurs affirment qu'une responsabilité internationale pour le fait illicite d'un autre État peut avoir lieu non seulement dans des cas de dépendance de droit d'un État vis-à-vis d'un autre, mais aussi dans des cas de dépendance *de fait*<sup>522</sup>. Or, il va de soi que pour ces auteurs aussi l'État occupant devrait répondre des faits illicites commis par l'État occupé dans un domaine d'activité où celui-ci est soumis au pouvoir de direction et/ou de contrôle du premier État.

24) En vertu des éléments ainsi réunis, la Commission — à l'exception de celui de ses membres dont l'opinion distincte sur certains sujets a déjà été rapportée — a exprimé l'avis que l'État occupant pouvait lui aussi se trouver placé dans la situation d'être internationalement responsable d'un fait illicite commis par l'État occupé, ceci à la double condition : a) que l'État occupé ait continué d'exister en tant que sujet distinct de droit international ; b) que le fait internationalement illicite ait été commis par ledit État occupé dans un domaine d'activité où cet État se trouvait soumis à la direction ou au contrôle de l'État occupant. A ces fins, il a paru sans pertinence à la Commission, à l'exception d'un de ses membres, que l'occupation du territoire ait été totale ou partielle, ou qu'elle ait été réalisée licitement ou illicitement, puisque la situation de soumission de l'État occupé au pouvoir de

<sup>520</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (publication des Nations Unies, numéro de vente : 64.V.3), p. 161.

<sup>521</sup> Voir Ago, « L'occupazione bellica... » (*loc. cit.*), p. 163 et suiv. ; A. Verdross, *Völkerrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Vienne, Springer, 1964, p. 390. Ross admet la responsabilité de l'État occupant pour les faits accomplis par des organes de l'État occupé, mais il s'agirait d'après lui d'une responsabilité pour son propre fait (*op. cit.*, p. 260).

<sup>522</sup> Voir p. ex. Strupp, *loc. cit.*, p. 112 et 113 ; Klein, *op. cit.*, p. 111 ; Barile, *loc. cit.*, p. 446 ; I. von Münch, *Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Francfort-sur-le-Main, Keppeler, 1963, p. 235.

direction ou de contrôle de l'État occupant pouvait se produire dans les mêmes termes <sup>523</sup>.

25) Ayant ainsi achevé l'analyse des principaux exemples de cas dans lesquels, en dépit de leur diversité, il apparaît, de l'avis de la quasi-unanimité des membres de la CDI, qu'un État peut être appelé en droit international à répondre du fait commis par un autre État en vertu de cet aspect commun qu'est la soumission de ce dernier État au pouvoir de direction ou de contrôle du premier, la Commission a pris en considération une autre hypothèse. Celle-ci était l'hypothèse d'un État qui exerce sur un autre État une contrainte pour l'amener contre sa volonté à violer une obligation internationale envers un État tiers. Cette hypothèse a déjà été évoquée dans le commentaire de l'article 27 du projet afin de la distinguer de celle de la « participation » au fait internationalement illicite d'un autre État <sup>524</sup>. Dans ce commentaire, la Commission affirmait que, dans l'hypothèse de la « contrainte » à la perpétration d'une infraction internationale,

[...] la réalisation du fait illicite reste l'affaire exclusive de l'État qui est soumis à la contrainte. L'État auteur de la contrainte reste en dehors de cette réalisation; il n'assume l'exécution d'aucun des agissements qui perpétuent l'infraction, il ne fournit aucune aide ou assistance concrète à cette perpétration. [...] Il ne saurait être question [...] d'attribuer à l'État auteur de la contrainte une part dans la perpétration du fait illicite commis, sous l'effet de ladite contrainte, par un autre État. Cela ne pourrait se justifier que si l'État en question avait pris une part active à l'exécution de ce fait — mais en l'occurrence ce n'est pas le cas. [...] <sup>525</sup>.

La Commission excluait en même temps qu'il y eût là une infraction distincte de la part de l'auteur de la contrainte envers l'État tiers lésé par l'État agissant sous contrainte <sup>526</sup>. Toutefois, ajoutait-elle, cela ne veut pas dire que l'État qui a exercé la contrainte afin d'en amener un autre à commettre un fait internationalement illicite devrait être considéré comme n'ayant rien à voir avec un tel fait, qu'il n'aurait à en supporter aucune des conséquences. Cela ne veut pas dire non plus que le fait internationalement illicite commis par l'État soumis à

contrainte puisse être traité de la même manière qu'un fait internationalement illicite commis par un État qui agirait dans le libre exercice de sa souveraineté. Dans le cas ici envisagé, l'État soumis à contrainte se conduit, en l'espèce, en État privé de sa capacité souveraine de décision. D'après la Commission, la condition de cet État se rapprochait donc de celle où pouvait se trouver un État dépendant ou un État soumis à une occupation territoriale, et c'est pourquoi elle indiquait qu'elle allait examiner dans le cadre de l'article 28 si la relation qui s'établit entre l'État auteur de la contrainte et l'État qui, sous cette contrainte, commet un fait illicite n'est pas une de celles qui peuvent donner lieu à une hypothèse de responsabilité d'un État pour le fait d'un autre État <sup>527</sup>.

26) Lors de l'élaboration du présent article, la CDI a ainsi repris l'examen de la question et a conclu — à l'exception d'un seul de ses membres <sup>528</sup> — qu'il y avait lieu de reconnaître l'existence, à la charge de l'État ayant exercé la contrainte, d'une responsabilité internationale pour le fait illicite commis par l'État victime de cette contrainte. A ses yeux, cette responsabilité était donc une responsabilité du fait d'un autre État. En d'autres termes, la Commission est de l'avis que l'État qui commet un fait internationalement illicite sous la pression d'une contrainte exercée par un autre État se trouve en fait dans une situation analogue à celle de l'État dont un domaine d'activité est soumis à la direction ou au contrôle d'un autre État. Comme dans ce dernier cas, l'État n'opère pas dans le libre exercice de sa souveraineté, il n'agit pas en possession de sa pleine liberté de détermination et d'action. L'État auteur de la mesure de contrainte l'astreint à choisir la voie de la perpétration d'une infraction internationale que sans cela il ne commettrait vraisemblablement pas. Tout ce qu'il y a de différent par rapport à ce qui passe dans une relation de dépendance ou dans un cas d'occupation territoriale, c'est qu'ici la position de « dépendance » de l'État est purement occasionnelle et non pas permanente. Mais cela n'enlève rien au fait dominant que l'État auteur du comportement occasionnellement adopté sous la contrainte, tout comme l'État auteur d'un comportement adopté dans un domaine soumis de manière stable à la direction ou au contrôle d'autrui, agit concrètement en étant privé de sa liberté de détermination. Pour finir, la situation étant la même sous cet angle, il a paru à la Commission que les conséquences sur le plan de la responsabilité devaient aussi être les mêmes.

27) A l'appui de ses conclusions, la Commission a jugé utile de rapporter deux cas pratiques. Le premier est l'affaire *Shuster*, qui date de 1911. A l'époque, le Gouvernement persan procéda, sous la contrainte due à l'occupation d'une partie de son territoire par les troupes tsa-

<sup>523</sup> D'après le membre en question, il y aurait, par contre, lieu de distinguer le cas où l'occupation serait, en tant que telle, illicite de celui où elle serait licite, cas pour lequel ledit membre hésiterait même à employer le terme d'« occupation », tout au moins sans un qualificatif approprié (libératrice, amicale ou autre). Là où l'occupation se serait réalisée illicitement, l'État occupé, toujours d'après le même membre de la Commission, verrait sa propre organisation étatique entièrement remplacée par celle de l'État occupant, qui serait alors logiquement responsable des faits illicites commis sur le territoire occupé en tant que faits attribués à lui-même. Là où, par contre, l'occupation se serait produite licitement, comme dans le cas de la réaction à une agression, les faits illicites commis par des organes de l'État « occupé » seraient toujours attribuables à cet État, et celui-ci devrait en répondre lui-même à titre exclusif. Aucune exception à la règle établie à l'article 1<sup>er</sup> du projet ne serait donc nécessaire.

<sup>524</sup> *Annuaire... 1978*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 113 et 114, doc. A/33/10, chap. III, sect. B, sous-sect. 2, art. 27, par. 8 à 11 du commentaire.

<sup>525</sup> *Ibid.*, p. 114, par. 10 du commentaire.

<sup>526</sup> En mettant à part, bien entendu, l'existence éventuelle d'un fait internationalement illicite de l'auteur de la contrainte envers l'État soumis à contrainte (ou éventuellement envers les autres membres de la communauté internationale) au cas où le fait d'employer la contrainte serait internationalement illicite en soi (*ibid.*, p. 113 et 114, par. 9 du commentaire).

<sup>527</sup> *Ibid.*, p. 114, par. 11 du commentaire.

<sup>528</sup> D'après ce membre, l'État auquel le fait internationalement illicite est attribuable répond, et est le seul à répondre, du fait internationalement illicite qu'il a commis sous la contrainte d'un autre État. Si la contrainte est illicite, il y aura fait internationalement illicite et responsabilité de l'État l'ayant exercée vers l'État l'ayant subi (ou, le cas échéant, envers la communauté internationale prise dans son ensemble); mais l'État auteur de la contrainte répondra de ce seul fait, et non pas aussi du fait illicite commis par l'État soumis à contrainte. Aucune exception ne serait donc à prévoir, même par rapport à l'hypothèse envisagée dans ce paragraphe, à la règle établie à l'article 1<sup>er</sup> du projet.

ristes, à la rupture du contrat conclu par lui avec le financier américain Shuster, qu'il avait engagé comme conseiller économique pour réorganiser les finances de l'État. Le même Gouvernement persan renvoya à regret M. Shuster et prit sur lui d'indemniser la victime de son action, ce qui évita un différend international. Cependant, comme les commentateurs de l'événement le soulignèrent à l'époque, ce ne fut que cette indemnisation spontanément accordée par le Gouvernement persan qui empêcha le Gouvernement américain d'invoquer la responsabilité internationale indirecte du Gouvernement de Saint-Pétersbourg, la mesure prise par les autorités persanes l'ayant été sous la contrainte de ce gouvernement<sup>529</sup>. Le second est l'affaire de la *Romano-Americana Company*, société américaine lésée par la destruction, en 1916, de ses installations et de ses dépôts de pétrole en territoire roumain. Ladite destruction fut exécutée sur l'ordre du Gouvernement roumain, en guerre contre l'Allemagne, qui s'appropriait à envahir le territoire du pays. A la fin de la guerre, le Gouvernement américain, estimant que les autorités roumaines avaient été « contraintes » de prendre la mesure en question par les autorités britanniques, adressa d'abord sa réclamation pour la *Romano-Americana* au Gouvernement de Londres, en vue d'obtenir de lui la réparation du tort subi par son ressortissant<sup>530</sup>. Mais le Gouvernement britannique rejeta toute responsabilité en alléguant à sa défense qu'aucune contrainte n'avait été exercée en l'espèce par lui ni par les autres gouvernements alliés. Ceux-ci, fit-il valoir, ne firent qu'inciter le Gouvernement roumain à entreprendre, dans son intérêt et dans celui de la cause commune, une action qu'il exécuta en toute liberté et dont il ne pouvait que porter lui-même la responsabilité en cas de dommages pour des tiers<sup>531</sup>. Là-

<sup>529</sup> Voir notamment C. L. Bouvé, « Russia's liability in tort for Persia's breach of contract », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 6, n° 2 (avril 1912), p. 389 et suiv.

<sup>530</sup> A titre de justification de son action, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique soutint que les circonstances du cas révélaient :

« [...] une situation où un belligérant puissant, à des fins primordialement siennes liées à sa sécurité en mer, a *obligé* \* un allié plus faible à donner son assentiment à une opération qu'il a menée sur le territoire de cet allié » (note de l'ambassade des États-Unis à Londres du 16 février 1925, dans G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington [D.C.], U.S. Government Printing Office, 1943, vol. V, p. 702 [tr. du Secrétariat]).

<sup>531</sup> Voir la note du Ministère britannique des affaires étrangères du 5 juillet 1928 :

« De l'avis du Gouvernement de Sa Majesté, les faits établissent sans laisser subsister aucun doute que la destruction des biens de la *Romano-Americana Company* a été effectuée sur ordre direct du Gouvernement roumain, et était donc en droit et en fait l'acte de ce gouvernement [...].

« Le Gouvernement de Sa Majesté ne nie pas que, en compagnie des Gouvernements français et russe, il a vivement incité le Gouvernement roumain, par l'intermédiaire de leur représentant accrédité à Bucarest, à utiliser au maximum, au début de la campagne, la faculté d'empêcher l'ennemi d'obtenir des moyens de prolonger une guerre désastreuse pour tous ceux qui y participaient à l'époque, mais il réaffirme qu'ils n'ont pas pu dépasser — et n'ont pas dépassé — les limites de la persuasion et du bon conseil, comme c'était normal pour des gouvernements associés dans la poursuite d'une cause commune.

« ...

« Le Gouvernement de Sa Majesté a toutes raisons de croire que le Gouvernement roumain serait disposé à offrir les mêmes

dessus, le Gouvernement américain accepta finalement d'adresser sa réclamation au Gouvernement roumain, et celui-ci accepta à son tour d'endosser la responsabilité des faits commis par ses propres organes en 1916. Or, il convient de souligner que les Gouvernements de Washington et de Londres n'ont été en désaccord un temps que sur le point de savoir si, dans le cas concret, il y avait eu ou non « contrainte » de la part de la Grande-Bretagne sur la Roumanie. Par contre, les deux gouvernements semblaient clairement admettre que, si des mesures de contrainte avaient vraiment été exercées dans le cas d'espèce, le gouvernement auteur de telles mesures aurait eu à répondre du fait commis par le gouvernement forcé à agir contre sa volonté.

28) La Commission a, d'autre part, exclu que la responsabilité de l'État ayant exercé la contrainte pour le fait illicite commis sous l'effet de cette contrainte par les organes d'un autre État puisse être décrite comme une responsabilité pour son propre fait<sup>532</sup>. Les organes de l'État soumis à contrainte agissent, dans l'hypothèse envisagée, dans le cadre de l'exercice de prérogatives de la puissance publique de cet État sur la base d'une décision prise par celui-ci, quelles qu'aient été les conditions dans lesquelles cette décision a été prise. Le fait qu'ils commettent ne peut être attribué qu'à leur État, et non pas à l'État auteur de la contrainte. D'autre part, la responsabilité de ce dernier État ne saurait non plus s'analyser à titre de responsabilité pour le fait illicite représenté par l'emploi de la contrainte — ceci non seulement parce qu'il pourrait y avoir des cas où l'emploi de la contrainte ne serait pas en lui-même illicite<sup>533</sup>, mais surtout parce que, même lorsqu'elle serait illicite, cette contrainte constituerait une infraction envers l'État victime de la contrainte (ou, le cas échéant, envers la communauté internationale dans son ensemble). De ce fait illicite, l'État l'ayant commis devra certes répondre, mais ledit fait ne se confondra

conditions du règlement à la *Romano-Americana Company* que celles qui ont déjà été acceptées par des sociétés britanniques, françaises, hollandaises et belges, et par les sociétés roumaines telles que l'Astra Romana et la Steaua Company, dont les actions appartiennent en grande partie à des actionnaires non roumains. Le Gouvernement de Sa Majesté doit donc décliner toute responsabilité quant à la compensation qui pourrait être due à la *Romano-Americana Company* par suite de la destruction de ses biens en Roumanie en 1916. » (*Ibid.*, p. 704.) [Tr. du Secrétariat.]

<sup>532</sup> La thèse d'après laquelle il faudrait soutenir que le fait accompli par un État sous la contrainte d'un autre État est à considérer comme un fait de l'État exerçant la contrainte a été soutenue par Ross, *op. cit.*, p. 260; Quadri, *op. cit.*, p. 603; Verdross, « Theorie... » (*loc. cit.*), p. 413 et suiv.; J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leyde, Sijthoff, 1973, vol. VI, p. 712 et suiv.

<sup>533</sup> Dans le commentaire de l'article 27, la Commission écrivait à ce propos :

« Nul doute que, pour le droit international général d'aujourd'hui tout autant que pour le système des Nations Unies, la contrainte comportant le recours ou la menace de recours à la force armée est, en dehors de cas exceptionnels, une infraction internationale de première gravité. [...] Quant aux autres mesures de pression, économiques notamment, on sait que les opinions divergent encore, certains les assimilant purement et simplement aux formes de contrainte internationalement interdites, tandis que d'autres les considèrent comme des mesures qui, encore que condamnables, ne sont pas internationalement illicites. [...] » (*Annuaire... 1978*, vol. II [2<sup>e</sup> partie], p. 113, doc. A/33/10, chap. III, sect. B, sous-sect. 2, art. 27, par. 8 du commentaire.)

pas pour autant avec le fait commis par l'État soumis à contrainte envers un État tiers. La responsabilité de l'État ayant exercé la contrainte pour le fait internationalement illicite commis par l'État ayant agi sous cette contrainte ne peut donc s'expliquer qu'en tant que responsabilité pour le fait internationalement illicite d'un autre État.

29) Étant parvenue à cette conclusion, la CDI s'est employée à établir de quelle nature devait être la contrainte exercée par un État sur un autre pour que le fait illicite commis par le second sous l'impulsion de la contrainte puisse engendrer la responsabilité internationale du premier. La Commission s'est notamment demandé si cette contrainte devait être nécessairement représentée par l'emploi ou la menace de l'emploi de la force armée ou bien si elle pouvait revêtir d'autres formes aussi, et notamment la forme de pressions économiques. Après un examen attentif, la Commission a conclu que la « contrainte » aux fins du présent article ne saurait être nécessairement limitée à la menace ou à l'emploi de la force armée, mais devrait s'étendre à toute action limitant gravement la liberté de décision de l'État qui la subit, à toute mesure lui rendant extrêmement difficile d'agir d'une façon différente de celle requise par l'État exerçant la contrainte. Certains membres de la Commission ont suggéré d'établir un lien entre la notion de contrainte utilisée dans le présent article et celle qui est utilisée à l'article 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>534</sup>, mais il a été finalement reconnu que la notion de contrainte définie à l'article 52 de cette convention pouvait avoir une portée plus limitée que celle qui devait être utilisée dans le présent contexte.

30) La Commission n'a pas relevé d'autres cas où, d'après le droit international général, il y aurait lieu de mettre à la charge d'un État la responsabilité du fait internationalement illicite accompli par un autre État. Une extension à d'autres cas pourrait évidemment être prévue par le *droit international conventionnel*<sup>535</sup>. Mis à part la question de savoir s'il ne serait pas plus approprié de parler, dans cette hypothèse, de la concession par un État à un autre d'une garantie du premier pour les conséquences économiques d'une responsabilité internationale éventuellement encourue par le second, la Commission tient à souligner que, là où de prime abord on n'aperçoit qu'une hypothèse unique, il faut en distinguer deux. L'accord portant dérogation partielle ou totale au droit international général pourrait être un accord entre l'État A — qui assumerait la responsabilité de certains faits éventuellement commis par un État B — et l'État C, victime présumée des faits couverts par les dispositions de l'accord. Si tel était le cas, il est évident que l'État C

pourrait réclamer de l'État A la réparation des infractions que l'État B commettrait à son préjudice, et que l'État A ne pourrait pas se soustraire à l'obligation acceptée par convention à ce sujet<sup>536</sup>. Mais il n'y a manifestement pas lieu de prévoir ici cette hypothèse, vu qu'une dérogation par voie de convention est toujours possible par rapport aux articles du projet, pour autant qu'ils ne contiennent pas des règles de *jus cogens*. D'autre part, l'accord conclu en dérogation du droit international général pourrait être un accord passé par l'État A avec l'État B, c'est-à-dire avec l'État auteur présumé d'une infraction au préjudice de l'État C. Il est alors évident que cet accord — et l'extension qui en découlerait des hypothèses de responsabilité pour fait d'autrui à des cas non prévus par le droit international général — ne pourrait jouer qu'avec le consentement dudit État C. Ce dernier n'est en effet pas lié par un accord qui n'est pour lui qu'une *res inter alios acta*<sup>537</sup>. Quoi qu'il en soit, la Commission a estimé qu'il n'y avait pas lieu de prévoir de disposition à ce sujet dans l'article qu'elle entendait formuler.

31) Ayant achevé l'examen des cas où, à son avis, force est de reconnaître l'existence de la responsabilité internationale d'un État pour un fait internationalement illicite commis par un autre État, la Commission a dû se charger de l'examen d'une question que cette reconnaissance entraîne automatiquement. Elle a dû se demander si la responsabilité ainsi mise à la charge d'un autre État exclut celle de l'État auteur du fait internationalement illicite ou bien si elle se trouve engagée à côté de la responsabilité de celui-ci. La CDI a relevé que la pratique des États ne fournit pas à cet égard de données suffisamment claires<sup>538</sup> et que sur ce point la doctrine est divi-

<sup>536</sup> Plus douteuse serait la possibilité pour l'État B de se soustraire à l'obligation de droit international général de réparer les conséquences d'un fait internationalement illicite commis envers l'État C au cas où ce dernier s'adresserait à lui à cette fin, en violation de son accord avec l'État A, mais sans violer aucun engagement envers B.

<sup>537</sup> Si l'État C, victime d'un fait internationalement illicite commis par l'État B, refusait de tenir compte de l'accord passé par B avec A et d'exiger la réparation d'un État autre que B lui-même, ce dernier serait bien obligé, d'après le droit international général, de répondre du fait commis. Il n'aurait alors que la possibilité de s'adresser lui-même à l'État A pour se faire rembourser le montant de la réparation payée à l'État C. La vraie nature de l'accord passé entre A et B comme accord de « garantie » se révélerait alors de façon manifeste.

<sup>538</sup> On note dans la pratique une série de données qui feraient plutôt pencher vers l'idée du caractère exclusif de la responsabilité de l'État répondant au fait d'autrui. Quand on s'est adressé à un État pour lui demander la réparation du fait internationalement illicite commis par un autre État, il n'a jamais été fait mention de l'existence d'une responsabilité restant éventuellement à la charge de ce dernier, ni d'ailleurs qu'il y ait eu des cas où l'on se serait adressé en même temps aux deux États. L'État destinataire de la demande de réparation, pour sa part, a soit nié, soit admis sa responsabilité sans faire mention d'un partage éventuel de responsabilité avec l'État auteur du fait internationalement illicite. La possibilité d'une double responsabilité n'a pas non plus été envisagée dans les réponses au point X de la demande d'informations soumise aux États par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930 (SDN, *Bases de discussion...* [op. cit.], p. 121 et suiv.). On remarquera encore que lors de l'affaire Fink (citée ci-dessus au paragraphe 20 du présent commentaire), dans laquelle

<sup>534</sup> Pour le texte de la convention, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), p. 309. Ci-après dénommée « Convention de Vienne de 1969 ».

<sup>535</sup> Certains auteurs ont fait allusion à cette éventualité et l'ont présentée comme un cas où la responsabilité pour fait d'autrui ne ferait pas de doute. Voir p. ex. Dahm, *op. cit.*, p. 204; L. Cavaré, *Le droit international public positif*, 3<sup>e</sup> éd., mise à jour par J.-P. Quéneudec, Paris, Pedone, 1970, t. II, p. 507; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 442.

sée<sup>539</sup>. La Commission a donc longuement discuté de la question, en examinant le pour et le contre des deux solutions possibles. A l'appui de la thèse d'après laquelle la responsabilité de l'État ayant sur l'autre le pouvoir de direction ou de contrôle ou ayant exercé la contrainte à son égard devrait être exclusive, on a fait valoir que l'État soumis à direction, contrôle ou contrainte se trouve privé dans le cas d'espèce du pouvoir de déterminer librement son comportement et que, partant, il ne serait pas juste de le rendre responsable d'un fait commis par lui dans de telles conditions. Pour les tenants de cette thèse, il fallait évidemment être très restrictif dans l'admission de cas de responsabilité pour fait d'autrui (la contrainte, notamment, devrait avoir été une contrainte « irrésistible »), mais, lorsque les conditions strictes de son existence se trouvaient réunies, cette responsabilité devrait être considérée comme exclusive de toute responsabilité de l'État auteur du fait internationalement illicite. A l'encontre de cette thèse, on a rappelé qu'il y avait tout de même des cas dans lesquels l'État auteur du fait internationalement illicite aurait eu la possibilité de résister aux directives provenant de l'État ayant le pouvoir de les lui donner ou à la contrainte exercée par un autre État, et que l'adoption d'un principe excluant en toute hypothèse une responsabilité à la charge de cet État ne l'encouragerait pas à résister aux pressions subies. Parfois, l'État soumis à des directives ou à une contrainte va d'ailleurs même au-delà de ce qui lui est demandé par l'État dont émanent les directives ou exerçant la contrainte — sans compter que, dans le cas où un État n'aurait sur les activités d'un autre État qu'un pouvoir de contrôle, il pourrait arriver que cet autre État commette un fait illicite sans que l'État le contrôlant le lui ait demandé. La Commission a été finalement convaincue par la force de cette argumentation. Elle a donc estimé que l'attribution d'une responsabilité internationale à l'État ayant un pouvoir de direction ou de contrôle sur un certain domaine d'activité d'un autre État ou ayant exercé la contrainte sur un autre État afin de l'amener à commettre le fait illicite ne devait pas automatiquement comporter l'exclusion de toute responsabilité de l'État soumis audit pouvoir ou à ladite contrainte. La responsabilité de ce dernier ne saurait être totalement exclue que si l'auteur du fait internationalement illicite n'avait pas excédé ce que l'autre État lui avait demandé et que si une résistance à cette demande lui avait été extrêmement difficile. Dans les autres cas, cette responsabilité devrait subsister, bien que sous une forme atténuée, à côté de celle de l'État ayant le pouvoir de direction

(Suite de la note 538.)

l'État réclamant s'était adressé à l'État occupé pour obtenir de lui la réparation de dommages causés par l'action que ses organes avaient commise à la suite d'une requête de l'État occupant, la Cour d'appel d'Alexandrie nia l'existence d'une responsabilité de l'occupé. Il est toutefois vrai que, sauf dans l'affaire que l'on vient de mentionner, la responsabilité de l'État auquel le fait internationalement illicite était attribuable n'a jamais été expressément exclue.

<sup>539</sup> Eagleton (*op. cit.*, p. 26 et suiv.) et Ross (*op. cit.*, p. 261) affirment que la responsabilité mise, dans certains cas, à la charge d'un État autre que l'auteur direct du fait illicite est exclusive. Ago (*La responsabilità indiretta... [op. cit.]*, p. 54), Barile (*loc. cit.*, p. 447), Morelli (*op. cit.*, p. 364), Verzijl (*op. cit.*, p. 705) penchent pour la thèse opposée.

ou de contrôle ou ayant exercé la contrainte<sup>540</sup>. Ce sera dans la deuxième partie du projet que l'on établira comment la responsabilité d'un seul et même fait devrait se répartir entre les deux États et quelle forme chacune de ces parts de responsabilité devrait revêtir. La solution ainsi choisie a semblé avoir l'avantage de permettre de ne pas se limiter à prendre en considération, comme cause de responsabilité pour autrui, une forme de contrainte aussi astreignante que celle qui implique la menace ou l'emploi de la force armée. Il a en outre paru à la Commission que cette solution était celle qui ménageait le plus sûrement les intérêts de l'État tiers lésé, qui ne se verrait pas interdire, dans des cas particulièrement délicats, la possibilité de faire valoir ses raisons auprès de l'État auteur du fait illicite.

32) Ajoutons, pour finir, que la Commission a décidé, à la réflexion, de ne pas traiter de la question de l'existence éventuelle de cas de responsabilité d'un État pour fait internationalement illicite d'un sujet de droit international autre qu'un État, d'une organisation internationale notamment. Tout en étant essentiellement concevable, une hypothèse de ce genre lui a semblé dépourvue d'intérêt pratique.

33) C'est donc sur la base des conclusions atteintes à la suite de cette longue analyse de tous les aspects d'une des questions les plus délicates auxquelles elle a dû faire face dans le cadre de son projet que la Commission a procédé à la formulation de l'article 28. On comprendra aisément que l'hypothèse par rapport à laquelle cet article prévoit en premier lieu l'application du principe exceptionnel de l'attribution de la responsabilité d'un fait internationalement illicite à un État autre que celui qui en est l'auteur soit celle qui est définie au *paragraphe 1* de l'article, à savoir l'hypothèse où le premier État a sur le second un pouvoir, de droit ou de fait, de direction ou de contrôle s'étendant au domaine d'activité dans lequel le fait internationalement illicite a été commis. Cette situation a été si amplement illustrée par différents exemples dans les paragraphes précédents du présent commentaire qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter ici à expliquer pourquoi la Commission y a vu l'hypothèse principale d'une responsabilité pour fait d'autrui en droit international. Ainsi, comme effet de la première clause de l'article 28, si, quel que soit le type de rapports existant entre deux États, un fait internationalement illicite se produit dans un domaine d'activité d'un État soumis à la direction ou au contrôle d'un autre État, la responsabilité internationale de cet autre État se trouve engagée<sup>541</sup>, et il n'est pas nécessaire que ce dernier ait réellement fait usage dans le cas concret du pouvoir qui lui revenait, autrement dit qu'il ait en fait donné la directive de commettre l'infraction ou que, en exerçant son pouvoir de contrôle, il ait « laissé

<sup>540</sup> En accueillant cette thèse, la Commission s'éloigne partiellement de la solution qu'elle avait envisagée au paragraphe 11 du commentaire de l'article 1<sup>er</sup> (v. ci-dessus note 487) et au paragraphe 3 du commentaire d'introduction au chapitre IV du projet (*Annuaire... 1978*, vol. II [2<sup>e</sup> partie], p. 111, doc. A/33/10, chap. III, sect. B, sous-sect. 2).

<sup>541</sup> Si, par contre, le fait en question se produit dans un secteur d'activité où l'État qui en est l'auteur jouit d'une pleine autonomie de détermination et d'action, la responsabilité en restera logiquement à sa seule charge.

passer » l'infraction que l'État « contrôlé » allait commettre. Pour que le paragraphe 1 de l'article 28 s'applique, il est de même indifférent que la relation qui existe entre les deux États, et qui est à la base du pouvoir de direction ou de contrôle exercé par l'un des deux sur l'autre, soit une relation de droit ou une relation de pur fait, qu'elle soit licite ou illicite. Comme on l'a vu, parmi les cas historiquement réalisés de relations entre deux États dans lesquels l'un des sujets de ces relations avait un pouvoir de direction ou de contrôle sur un domaine d'activité propre de l'autre, on a rencontré les relations internationales de dépendance telles que, dans le passé, le « vasselage » ou le protectorat « international » proprement dit ou, aujourd'hui encore, les relations entre États fédéraux et États membres de la fédération pour autant que l'État membre ait gardé une capacité internationale propre, aussi limitée soit-elle, et, surtout, les relations entre États occupant et État occupé en cas d'occupation territoriale. Il est à peine nécessaire de rappeler une fois de plus que, comme on l'a vu, d'après l'opinion dominante — encore que non unanime — de la Commission, cette dernière forme de relation, caractérisée à la fois, dans les cas les plus nombreux, par le maintien par l'État occupé de sa souveraineté et de sa personnalité internationale propre et par l'exercice par l'État occupant de fonctions de direction ou de contrôle de l'activité de l'État occupé dans les domaines les plus différents, est celle qui est susceptible de fournir aujourd'hui les exemples les plus fréquents et les plus actuels du phénomène de l'attribution à un État de la responsabilité internationale pour un fait commis par un autre État.

34) La deuxième hypothèse par rapport à laquelle l'article 28 prévoit séparément, au *paragraphe 2*, la responsabilité internationale d'un État pour le fait internationalement illicite d'un autre État est celle où le premier a eu recours à la contrainte pour amener le second à commettre le fait internationalement illicite. Pour que cette hypothèse se réalise, il ne suffit évidemment pas qu'il y ait eu contrainte exercée par un État sur un autre, et commission par ce dernier d'un fait internationalement illicite. Il faut aussi qu'entre les deux il y ait eu un lien précis : il faut que le premier État ait exigé du second qu'il commette le fait illicite, et que ce soit pour appuyer cette exigence qu'il a eu recours à la contrainte. Il est par contre sans pertinence que l'emploi de la contrainte ait été en soi illicite ou non. Quant à la forme que doit revêtir cette contrainte pour justifier une responsabilité de son auteur pour le fait illicite commis par celui qui la subit, la Commission n'a pas cru utile de donner une définition précise. De lui-même, le mot « contrainte » désigne avec une précision suffisante une action exercée sur un autre État qui entrave gravement sa liberté d'adopter un comportement autre que celui requis par l'État exerçant cette action. Le cas le plus sûr et le plus indiscutable est, certes, celui de l'emploi ou de la menace de l'emploi de la force armée, mais, selon l'interprétation de la Commission, il n'est nullement exclu que la contrainte puisse prendre d'autres formes, notamment celle de graves pressions économiques, pourvu toujours qu'elle soit telle qu'elle ôte à l'État sur lequel elle est exercée toute la possibilité de décider librement du comportement à adopter.

35) Le *paragraphe 3* de l'article 28 attire ensuite l'atten-

tion sur le fait que, dans les cas mentionnés aux *paragrapes 1 et 2*, à côté de la responsabilité pour fait d'autrui de l'État ayant le pouvoir de direction ou de contrôle ou ayant exercé la contrainte — responsabilité en quelque sorte principale et qui ne saurait faire défaut —, la responsabilité sans cela normale de l'État à qui le fait internationalement illicite est attribuable peut aussi subsister. Comme la Commission vient de le remarquer, cette deuxième responsabilité se produira sans doute dans le cas où l'État auquel le fait internationalement illicite est attribuable est allé au-delà de ce que l'État ayant le pouvoir de direction ou ayant exercé la contrainte lui avait demandé, ou bien quand il ne lui aurait pas été trop onéreux de résister à ces directives ou à cette contrainte, ou encore lorsqu'il a en fait agi de son chef, bien que dans un domaine soumis au contrôle d'un autre État. Quoi qu'il en soit, le soin de déterminer l'éventuelle répartition de la responsabilité entre les deux États, au cas où l'on devrait admettre qu'il y a aussi responsabilité de l'État auteur du fait internationalement illicite, relèvera de la deuxième partie du projet, consacrée au contenu, aux formes et aux degrés de la responsabilité internationale. Le problème qui forme l'objet direct du présent article est uniquement celui de la détermination des cas où, seule ou doublée de celle de l'État auteur de l'infraction, une responsabilité du fait d'autrui naît à la charge de l'autre État qui intervient dans cette hypothèse.

36) D'après ce que l'on vient de dire, donc, l'article 28, tout comme l'article 27 qui le précède dans le même chapitre, vise une situation dans laquelle il y a implication d'un État dans le fait internationalement illicite d'un autre État. Dans le cas de l'article 27, cette implication se traduit par l'aide ou l'assistance fournie à la perpétration par l'autre État du fait internationalement illicite. Dans le cas de l'article 28, l'implication est constituée par le pouvoir de direction ou de contrôle revenant à un État dans le domaine d'activité dans lequel le fait illicite a été commis par l'autre État, ou dans la contrainte exercée par le premier pour amener le second à commettre le fait en question. Dans les deux cas, l'existence d'une infraction internationale commise par un État déterminé engendre une responsabilité internationale de la part d'un autre État. Mais le fondement et le *ratio* de cette responsabilité sont différents. Dans le cas de l'article 27, on est en réalité en présence de deux faits internationalement illicites distincts, même si l'existence de l'infraction de l'État ayant prêté aide ou assistance à la commission de l'infraction commise par l'État bénéficiaire de cette aide ou assistance est manifestement liée à la réalisation de cette deuxième infraction. Dans le cas du présent article, on est par contre en présence d'un seul fait internationalement illicite, attribuable comme tel à un seul État. Mais l'implication en l'espèce d'un autre État, réalisée dans l'une des formes décrites ci-dessus, fait que cet autre État se voit attribuer la responsabilité internationale du fait commis par autrui, même si cette responsabilité n'absorbe pas nécessairement celle qui, en vertu de la règle générale, peut toujours revenir à l'État auteur du fait en question.

37) Pour ce qui est de la *terminologie* employée, la Commission, afin d'éviter toute équivoque, a préféré ne pas utiliser l'expression « responsabilité indirecte » (« indirect responsibility » ou « vicarious responsibility » en anglais,

« mittelbare Haftung » en allemand) pour désigner l'hypothèse envisagée à l'article 28. En effet, l'expression en question, tout en étant employée habituellement par la majorité de la doctrine pour recouvrir l'ensemble des cas où un État est appelé à répondre d'un fait internationalement illicite d'un autre État ou d'un autre sujet de droit international, a parfois été utilisée, dans le passé surtout, pour désigner des situations très diverses<sup>542</sup>. La Commission a donc exclusivement parlé d'une responsabilité internationale d'un État pour le fait illicite d'un autre État.

## CHAPITRE V

### CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICÉITE

#### Commentaire \*/

1) La première partie du présent projet a pour objet le « fait internationalement illicite », c'est-à-dire qu'elle est consacrée à la définition des règles d'après lesquelles on établit, en droit international, l'existence d'un fait comportant une qualification d'illicéité et constituant, comme tel, la source d'une responsabilité internationale de l'État. A l'article 1<sup>er</sup> se trouve énoncé le principe de base rattachant une responsabilité internationale à tout fait internationalement illicite de l'État. Faisant suite à l'énonciation de ce principe, l'article 3 indique de façon générale les conditions qui doivent être réunies pour qu'il y ait fait internationalement illicite de l'État ; autrement dit, il établit quels sont les éléments constitutifs d'un fait auquel une telle qualification doit être réservée. Il y a fait internationalement illicite de l'État, y est-il dit, lorsqu'un comportement est attribuable d'après le droit international à l'État (élément subjectif) et ce comportement constitue la violation d'une obligation internationale à la charge dudit État (élément objectif). A la suite de quoi, les articles formulés aux chapitres II et III du projet fournissent respectivement le développement analytique de chacun des deux éléments ainsi indiqués, tandis que les articles du chapitre IV sont consacrés à certaines situations spéciales où, d'une manière ou d'une autre, il y a implication d'un État dans le fait internationalement illicite commis par un autre État. Le chapitre V, qui complète et termine la première partie du projet, a pour objet de définir les hypothèses dans lesquelles, en dépit d'une réunion apparente des deux conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite, on ne peut conclure à cette existence du fait de la présence d'une circonstance qui barre la voie à cette conclusion. Les circonstances qui entrent généralement en ligne de compte à cet effet sont le consentement, les contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite, la force majeure et le cas fortuit, la détresse, l'état de nécessité et la légitime défense. C'est de chacune de ces circonstances distinctes d'exclusion de l'illicéité que traite le chapitre V.

2) La Commission a déjà eu l'occasion d'indiquer qu'à son avis le véritable effet de la présence de ces circons-

<sup>542</sup> Pour les différentes acceptions dans lesquelles l'expression « responsabilité indirecte » a été employée, voir notamment Klein, *op. cit.*, p. 41 et suiv.

tances n'est pas, normalement, d'exclure la responsabilité qui autrement découlerait d'un fait en lui-même illicite, mais plutôt d'exclure que le comportement de l'État dans l'une des conditions mentionnées ne soit qualifié d'illicite. Dans son commentaire de l'article 2 du projet, par exemple, il est dit :

La Commission a d'autre part reconnu que l'existence (déjà évoquée dans le commentaire de l'article 1<sup>er</sup>) de circonstances qui pourraient exclure l'illicéité ne porte pas atteinte au principe énoncé à l'article 2 et ne saurait être présentée comme comportant une exception à l'applicabilité de ce principe. Lorsque le comportement d'un État a lieu dans des circonstances comme la légitime défense, la force majeure ou l'exercice légitime d'une sanction, ce comportement ne constitue pas un fait internationalement illicite car, dans de telles circonstances, l'État n'est pas tenu d'observer l'obligation internationale qu'il devrait normalement respecter, et il ne saurait donc y avoir de violation de cette obligation. Par conséquent, l'une des conditions essentielles de l'existence d'un fait internationalement illicite fait défaut. L'hypothèse envisagée n'est nullement celle d'une prétendue exception à la règle qui veut qu'aucun État ne puisse se soustraire à la possibilité de voir son comportement qualifié d'internationalement illicite si — précisément — toutes les conditions de cette qualification se trouvent réunies. [...] <sup>543</sup>.

3) Il serait erroné de croire que les expressions « circonstances excluant l'illicéité » et « circonstances excluant la responsabilité » sont de simples synonymes. Cette idée ne se justifierait qu'aux yeux de ceux qui définissent le fait illicite en fonction de la responsabilité engendrée par ce fait ou, pour mieux dire, qui ne qualifient un fait d'illicite que parce que le droit attache à ce fait une responsabilité. D'après les tenants de cette thèse, si aucune responsabilité ne s'attache à la perpétration d'un fait déterminé, le fait ne saurait logiquement être qualifié d'illicite ; en parlant de circonstances excluant la responsabilité, on se référerait donc à la même notion qu'en parlant des circonstances excluant l'illicéité<sup>544</sup>. Mais les choses se présentent autrement si la notion de « fait illicite » est conçue comme une notion qui, tout en étant liée à celle de la « responsabilité », en reste toutefois distincte. Or, tout au long du projet, la Commission a marqué sa conviction qu'une distinction devait être faite entre l'idée d'« illicéité », exprimant la contradiction d'un comportement d'un État avec une obligation mise à la charge de cet État par une norme « primaire » du droit international, et l'idée de « responsabilité », indiquant les conséquences de droit rattachées par une autre norme (une norme « secondaire ») du droit international au fait étatique constitué par ledit comportement.

4) D'autre part, il ne faut pas oublier, à ce propos, que le principe de base du projet est, comme on vient de le dire, le principe énoncé à l'article 1<sup>er</sup>, qui affirme que tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale. Si donc, dans un cas donné, la

<sup>543</sup> *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 180, doc. A/9010/Rev.1, chap. II, sect. B, art. 2, par. 7 du commentaire.

<sup>544</sup> P. ex. H. Kelsen, « Unrecht und Unrechtsfolgen im Völkerrecht », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. XII, n° 4, octobre 1932, p. 481 et suiv. Cet auteur n'admettant pas la distinction entre normes « primaires » et normes « secondaires », il est logique que pour lui la notion d'obligation elle-même ne soit qu'un dérivé de celle de responsabilité.

présence d'une circonstance particulière avait automatiquement pour conséquence qu'un fait étatique ne puisse pas être qualifié d'internationalement illicite, cette même présence aurait automatiquement pour conséquence qu'aucune forme de responsabilité internationale liée à un fait illicite ne pourrait en découler. En d'autres termes, aux fins du projet, toute circonstance excluant l'illicéité d'un fait a nécessairement pour effet d'exclure également la responsabilité<sup>546</sup>. Par contre, la proposition inverse ne s'impose pas avec la même logique impérative. Rien n'empêche, en théorie pure, d'envisager qu'il puisse y avoir des circonstances qui, tout en excluant la responsabilité, n'excluraient pas en même temps l'illicéité du fait n'engendrant exceptionnellement pas de responsabilité<sup>546</sup>.

5) La question préalable qui se pose dans le chapitre V du projet est donc la suivante : un fait de l'État non conforme aux prévisions d'une obligation internationale existant à la charge de l'État en question, mais commis, par exemple, avec le consentement de l'État titulaire du droit subjectif qui autrement aurait été lésé, ou dans l'application d'une contre-mesure légitime à l'égard d'un fait internationalement illicite d'autrui, dans des conditions de force majeure ou de cas fortuit, ou dans l'exercice d'une légitime défense, etc., est-il un fait qui cesse, à cause de l'une de ces circonstances, d'être un fait internationalement illicite, et qui par voie de conséquence — mais par voie de conséquence seulement — n'engage pas la responsabilité internationale de son auteur, ou bien est-il un fait qui, en lui-même, reste illicite, mais n'engage plus la responsabilité de l'État l'ayant commis? Il paraît difficile à la Commission de concevoir que le droit international puisse qualifier un fait d'internationalement illicite sans rattacher à ce fait des conséquences préjudiciables pour son auteur. On ne voit pas quel sens aurait alors cette qualification. Imposer une obligation et laisser en même temps sa violation sans conséquences juridiques équivaldrait à ne pas imposer du tout l'obligation en question. Une telle situation serait, d'ailleurs, en contradiction fla-

grante avec les caractéristiques dominantes d'un système juridique aussi pénétré d'effectivité que l'ordre juridique international.

6) Des réponses formulées à propos du point XI de la demande d'informations soumise aux États par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930, concernant les « cas dans lesquels un État est fondé à décliner sa responsabilité », révèlent clairement que pour les États les circonstances dont traite le chapitre V du projet excluent l'illicéité même et, indirectement seulement, la responsabilité. La réponse du Gouvernement autrichien, par exemple, affirmait que

En tant que le dommage n'est pas contraire au droit des gens, il n'existe pas de base pour la responsabilité internationale<sup>547</sup>.

Celle du Gouvernement britannique précisait que

[...] l'état de légitime défense peut justifier des actes commis par un État qui, autrement, eussent été *illégitimes* \* 548.

Plus nettement encore, le Gouvernement norvégien précisait, à propos de la légitime défense :

[...] seul un acte exécuté pour la défense des droits de l'État, qui est autorisé par le droit international, doit entraîner une exemption de la responsabilité, mais, dans ce cas, il ne s'agit pas d'un *acte contraire au droit international* \* 549.

7) Il est vrai que non seulement dans d'autres réponses au point XI de la demande d'informations, mais aussi dans des prises de position relatives à des différends concrets, certains gouvernements parlent parfois de circonstances « excluant la responsabilité ». Mais l'emploi d'une telle terminologie ne prouve nullement qu'on veuille soutenir que la circonstance à laquelle ces gouvernements se réfèrent exclurait la responsabilité sans affecter l'illicéité du fait de l'État. Comme le différend porte d'habitude sur l'existence ou la non-existence, dans un cas concret, d'une responsabilité internationale de l'État, ce qui intéresse les parties, en fin de compte, est d'établir si la responsabilité a ou n'a pas été engagée : à cet effet, cela ne fait aucune différence que la circonstance invoquée à sa défense par l'auteur du fait allégué comme générateur de responsabilité touche directement à l'existence de la responsabilité ou bien à celle du fait illicite, et par voie de conséquence seulement à l'existence de la responsabilité. C'est ainsi que, en passant directement à l'énoncé de la conséquence finale, des gouvernements affirment parfois qu'il n'y a pas de responsabilité de l'État dans un cas d'espèce déterminé parce que l'organe ayant adopté un comportement donné a agi en qualité de personne privée, ou parce que la personne ayant agi n'était qu'un simple particulier, etc., au lieu de dire, ce qui serait plus correct, que dans de tels cas il n'y a pas de fait internationalement illicite et, partant, pas de responsabilité. Il est évident que, ce faisant, ces gouvernements n'ont certes pas l'intention de dire que les agissements de leurs organes constituent bien des faits illicites de l'État mais n'engagent pas sa responsabilité :

<sup>546</sup> Il faut se garder de confondre les circonstances dont il est question dans le chapitre V avec celles qui sont prises en considération à l'article 28 du projet. Dans le cas de ces dernières, la responsabilité découlant du fait illicite n'est nullement exclue : elle est seulement mise à la charge d'un sujet différent, et ceci sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu des autres articles du projet, de l'État ayant commis le fait internationalement illicite.

<sup>546</sup> La possibilité *abstraite* qu'il existe des circonstances qui excluraient la responsabilité, mais qui n'affecteraient en rien l'illicéité, a été soutenue par divers auteurs. Voir notamment G. Spertuti, « Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Padoue, XXXV<sup>e</sup> année, 4<sup>e</sup> série, vol. XXII, fasc. 1-2, 1943, p. 19 et suiv.; G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 6<sup>e</sup> éd., Padoue, CEDAM, 1963, p. 351; G. Gaja, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1967, p. 29 et suiv. En formulant cette hypothèse, ces internationalistes ne se réfèrent évidemment qu'à des cas de responsabilité pour faits « illicites ». Le problème serait faussé, en effet, si on faisait entrer ici en ligne de compte les cas où une « responsabilité internationale » (en fait une simple obligation de réparer d'éventuels dommages) est rattachée à des activités que le droit international considère « licites ». Dans de pareils cas, l'existence de circonstances excluant cette forme particulière de responsabilité est certes envisageable, tandis qu'il ne peut même pas être question de circonstances excluant une « illicéité » qui, par définition, est exclue au départ. Voir à ce propos Gaja, *op. cit.*, p. 33 et suiv.

<sup>547</sup> SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 125. Il est évident que, d'après le Gouvernement autrichien, s'il n'y avait pas de base pour la responsabilité dans les hypothèses envisagées, c'est que l'illicéité internationale du fait de l'État ne subsistait pas.

<sup>548</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>549</sup> *Ibid.*, p. 127.

en niant la conséquence, ils nient aussi la prémisse. Il est donc permis de conclure que la pratique des États<sup>550</sup> confirme le bien-fondé de l'assertion suivant laquelle les circonstances auxquelles ce chapitre se réfère excluent l'illicéité du comportement de l'État, et indirectement seulement la responsabilité internationale qui autrement en découlerait. L'attitude des juges et des arbitres internationaux, bien qu'ils ne se soient pas expressément posé la question, révèle clairement que, pour eux aussi, ces circonstances n'avaient nullement pour effet d'exclure la responsabilité pour des faits restant en eux-mêmes illicites.

8) En ce qui concerne la doctrine, la majorité des auteurs qui traitent de la question emploient des expressions qui comportent la notion d'exclusion de l'illicéité : « circonstances excluant l'illicéité », « motifs d'exclusion de l'illicéité », « circumstances which exclude the normal illegitimacy of an act », « Ausschluss der Rechtswidrigkeit », « Gründe, die die Rechtswidrigkeit ausschliessen », « Unrechtausschliessungsgründe », « Circostanze escludenti la illiceità », etc. En outre, on peut aussi dire que les auteurs qui se servent de l'expression « circonstances excluant la responsabilité » ne le font jamais, à quelques exceptions près, dans l'intention de soutenir que ces circonstances excluraient la responsabilité, mais non pas l'illicéité du fait, laquelle exceptionnellement n'engendrerait pas de responsabilité. Ceux qui emploient cette terminologie sont en réalité le plus souvent des auteurs qui raisonnent toujours en termes de responsabilité (responsabilité pour les faits d'organes incompétents, de personnes privées, etc.), sans se poser le problème des rapports entre la notion d'illicéité et la notion de responsabilité. Il y a d'ailleurs des auteurs qui intitulent le chapitre ou le paragraphe dédié à la question « circonstances excluant la responsabilité », mais qui, dans le corps de leur analyse, parlent de « circonstances annihilant l'illicéité de l'acte<sup>551</sup> », ou de « motifs d'exclusion de l'illicéité<sup>552</sup> ». En ce qui concerne le fond du problème, il est un fait que la très grande majorité des internationalistes partent de la prémisse que chacune des circonstances ici envisagées exclut de par sa présence l'illicéité internationale d'un fait de l'État qui, sinon, constituerait la violation d'une obligation internationale envers un autre État<sup>553</sup>.

9) Les « circonstances » considérées dans ce chapitre du projet ont en commun un aspect essentiel : celui de

rendre définitivement ou temporairement non opérative l'obligation internationale dont la violation serait en cause, par rapport au cas où l'une de ces circonstances est présente<sup>554</sup>. Le fait de l'État en question ne peut pas être qualifié d'illicite pour la bonne raison que, en vertu de la présence d'une circonstance déterminée, l'État ayant agi n'était pas internationalement obligé en l'espèce de se conduire autrement. En d'autres termes, il n'y a pas d'illicéité quand l'une des circonstances envisagées est présente parce qu'en vertu de cette présence l'élément objectif du fait internationalement illicite, à savoir la violation d'une obligation internationale, fait défaut. Dans le cas, par exemple, de la circonstance appelée « consentement » : s'il n'y a pas de responsabilité de l'État qui a pourtant adopté un comportement non conforme à celui qui est normalement prévu par une obligation internationale le liant à un autre État, c'est parce que dans le cas particulier l'obligation en question est rendue non opérative par le consentement mutuel. Aucune violation de cette obligation n'a pu se produire, aucun fait illicite n'a pu avoir lieu, et donc il ne peut pas être question d'une responsabilité internationale. Il en va de même dans le cas de « contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite » : s'il n'y a pas de responsabilité, c'est parce que l'obligation internationale de s'abstenir de certains agissements à l'encontre d'un autre État n'est pas opérative dans des cas où ces agissements représentent une réaction légitime à un fait internationalement illicite commis par l'État contre lequel ils sont dirigés. Là aussi, le comportement adopté ne viole pas d'obligation internationale s'imposant à l'État dans le cas concret et il ne constitue donc pas, du point de vue objectif, un fait internationalement illicite. Des arguments analogues s'appliquent en ce qui concerne les autres circonstances traitées dans ce chapitre.

10) Lorsqu'une quelconque de ces circonstances est présente dans un cas d'espèce, l'illicéité du fait de l'État est exceptionnellement exclue parce que dans ce cas spécifique, et à cause de la circonstance spéciale qui intervient, l'État qui agit n'est plus obligé d'agir autrement. De ce point de vue, il n'y a aucune différence entre l'une ou l'autre des circonstances traitées dans le présent chapitre<sup>555</sup>. Le caractère d'exception est précisément dû au fait que la circonstance dont on constate la présence dans le cas concret déterminé rend dans ce cas sans effet une obligation internationale qui, sans cette circonstance, s'imposerait à l'État

<sup>550</sup> Pour une analyse de la pratique des États en la matière, voir Gaja, *op. cit.*, p. 31 et 32.

<sup>551</sup> Spiropoulos, *op. cit.*, p. 286.

<sup>552</sup> L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964, p. 368.

<sup>553</sup> Voir, outre les auteurs cités à la note suivante, R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours...*, 1939-II, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 532 et 533; Morelli, *op. cit.*, p. 351; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1962, t. III, p. 1523; E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », *Manual of Public International Law*, éd. par Sørensen, Londres, Macmillan, 1968, p. 541; G. Ténékidès, « Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1969, vol. II, p. 784; M. Giuliano, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1974, vol. I, p. 599; A. Favre, *Principes du droit des gens*, Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1974, p. 643; H. J. Schlochauer, « Die Entwicklung des völkerrechtlichen Deliktsrechts », *Archiv des Völkerrechts*, Tübingen, vol. 16, n° 3, 1975, p. 268 et 269.

<sup>554</sup> Plusieurs auteurs ont remarqué que les « circonstances excluant l'illicéité » ont cet effet, car, là où elles sont présentes, elles excluent l'existence de l'obligation internationale. Voir notamment Strupp, *loc. cit.*, p. 121; Scerni, *loc. cit.*, p. 476; Ross, *op. cit.*, p. 243; Guggenheim, *op. cit.*, p. 57; G. Schwarzenberger, *International Law*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1957, vol. I, p. 572 et 573; Gaja, *op. cit.*, p. 32 et 33; B. Graefrath, E. Oeser, P. A. Steiniger, *Völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten*, Berlin, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1977, p. 73.

<sup>555</sup> Pour certains auteurs, comme Strupp, Guggenheim, Steiniger et Graefrath, dans le cas de toutes ou de certaines de ces circonstances, l'illicéité du comportement adopté par l'État serait déjà exclue en vertu de la règle « primaire » que prévoit l'obligation en cause. La présence, dans le cas d'espèce, d'une de ces circonstances comme circonstance excluant exceptionnellement l'illicéité ne serait donc pas nécessaire, d'après ces auteurs, pour conclure dans ces hypothèses que ledit comportement ne viole aucune obligation et ne peut, par conséquent, constituer un fait internationalement illicite.

et rendrait illicite tout comportement non conforme à celui qu'elle requiert. Il y a une différence évidente entre un comportement généralement licite et un comportement généralement illicite et qui resterait tel si une circonstance spéciale ne venait pas, dans un cas concret, lui enlever ce caractère d'illicéité.

11) Finalement, il découle des considérations précédentes que les « circonstances excluant l'illicéité » examinées dans le chapitre V de la première partie du projet (L'origine de la responsabilité internationale) ne doivent pas être confondues avec d'autres circonstances qui pourraient avoir l'effet non pas d'exclure l'illicéité du fait de l'État, mais d'atténuer ou d'aggraver la responsabilité engagée par ce fait. Lorsque, dans un cas concret, des circonstances de ce genre interviennent, l'existence de l'illicéité du fait de l'État n'est nullement mise en cause. C'est sur les conséquences qui s'attachent à ce fait que les circonstances atténuantes ou aggravantes peuvent éventuellement avoir une incidence. La Commission se propose donc de traiter les questions que posent les circonstances atténuantes ou aggravantes lorsqu'elle étudiera l'étendue de la responsabilité, c'est-à-dire dans le cadre de la deuxième partie du projet d'articles, consacrée au contenu, aux formes et aux degrés de la responsabilité internationale.

Article 29

Consentement

1. Le consentement valablement donné par un Etat à la commission par un autre Etat d'un fait déterminé non conforme à une obligation de ce dernier envers le premier Etat exclut l'illicéité de ce fait à l'égard dudit Etat pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'obligation découle d'une norme impérative du droit international général. Aux fins des présents articles, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

Commentaire \*/

1) Une question se pose tout d'abord dans l'examen successif des différentes causes possibles d'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'Etat en droit international : l'illicéité d'un fait de l'Etat non conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale est-elle exclue par le consentement donné à ce comportement par l'Etat titulaire du droit correspondant à l'obligation en question? Autrement dit, le principe *volenti non fit injuria* trouve-t-il application en droit international? La règle qu'énonce l'article 29 donne une réponse affirmative à cette question.

2) Si un Etat (ou un autre sujet de droit international) consent à ce qu'un autre Etat commette un fait qui, sans ce consentement, représenterait la violation d'une obligation internationale à l'égard du premier Etat, ce consentement aboutit en réalité à la formation d'un accord entre les deux sujets, d'un accord qui a l'effet de rendre non opérative l'obligation dans le cas d'espèce. Ainsi, l'obli-

gation n'étant plus à la charge de l'Etat pour ce qui concerne la situation concrète dont il s'agit, le fait de cet Etat n'est plus en contradiction avec aucune obligation et son illicéité est exclue, car l'élément objectif du fait internationalement illicite fait défaut. Cela dit, il convient de préciser qu'il ne s'agit point ici, bien entendu, d'un traité ou d'un accord ayant pour objet de suspendre en général la règle qui établit l'obligation, et moins encore d'un traité ou d'un accord visant à la modification ou à l'abrogation de la règle en question. La règle d'où découle l'obligation subsiste. Ce n'est, répétons-le, pas à la suspension en général de la règle, à sa modification ou à son abrogation que consent l'Etat bénéficiaire de l'obligation, mais à la non-application de l'obligation prévue par la règle dans un cas concret déterminé. Certes, il peut arriver exceptionnellement que les règles et les obligations dont il s'agit soient telles qu'elles cessent automatiquement d'exister une fois qu'il a été décidé de ne pas les appliquer dans un cas donné. Mais, normalement, l'Etat qui demande à pouvoir agir, dans une certaine circonstance, d'une manière non conforme à l'obligation n'entend pas ni modifier ou abroger la règle dont découle l'obligation ni non plus en suspendre en général l'application. Cette règle est maintenue, et le consentement devra être obtenu chaque fois que l'Etat à qui l'obligation incombe voudra agir de manière non conforme à ce qu'elle exige de lui<sup>560</sup>.

3) L'hypothèse que l'article envisage comporte donc, d'une part, la demande d'un Etat de pouvoir agir dans un cas concret de manière non conforme à l'obligation et, d'autre part, la manifestation d'un consentement de l'Etat bénéficiaire de l'obligation à ce comportement du premier Etat. C'est l'effet combiné de ces deux éléments qui se traduit par un accord qui exclut, dans le cas d'espèce, l'illicéité du fait considéré. Cela explique pourquoi seul le consentement donné par un Etat, ou éventuellement par un autre sujet de droit international, peut avoir pour effet d'exclure l'illicéité internationale du fait dans le cas d'espèce. En effet, seul un consentement se formant sur le plan international peut rendre inopérantes, fût-ce pour un fait déterminé seulement, une règle de droit international et les obligations qui en découlent. Cette constatation montre aussi quelle est l'éventuelle exception pouvant faire échec au principe général que l'article énonce : là où il y aurait des règles impératives de droit international qui, en tant que telles, n'admettent pas de dérogation par l'accord des parties, le consentement de l'Etat titulaire du droit subjectif lésé ne pourra pas avoir pour effet, même dans un seul cas déterminé, de lever une obligation créée par ces règles et d'exclure, par voie de conséquence, l'illicéité du fait non conforme à cette obligation.

4) Les cas dans lesquels le consentement donné par l'Etat vis-à-vis duquel une obligation déterminée est en vigueur a été invoqué pour exclure l'existence d'une violation de cette obligation sont nombreux dans la pratique et la

\* Annuaire ... 1979, vol. II  
(deuxième partie), p. 121 à 128.

<sup>560</sup> Lorsqu'un Etat s'adresse à un autre en vue de suspendre en général l'application d'une règle en vigueur entre eux, ou de la modifier ou d'y mettre fin, ce n'est pas une question d'exclusion de l'illicéité qui se pose, mais une question relevant du droit des traités et, plus particulièrement, de certaines règles codifiées dans la partie V de la Convention de Vienne de 1969 [pour référence, v. ci-dessus note 534].

jurisprudence internationales. Une analyse attentive de ces cas révèle, certes, des divergences de vues en ce qui concerne l'existence en fait du consentement lui-même ou, ce qui revient au même, sur le fait de savoir si un tel consentement avait été valablement donné. Mais elle révèle également, et c'est cela qu'il importe de retenir ici, que les parties au différend — et les juges ou les arbitres auxquels celui-ci a pu être soumis — ont été d'accord pour reconnaître que le consentement en question, s'il était établi, excluait la possibilité d'attribuer au comportement auquel il avait été consenti la qualification de fait internationalement illicite.

5) L'entrée de troupes étrangères sur le territoire d'un État, par exemple, est normalement considérée comme une violation grave de la souveraineté de l'État, et souvent même comme un acte d'agression. Mais il est évident que cette action perd ce caractère et devient tout à fait licite si elle a eu lieu à la requête ou avec l'accord de l'État. *L'occupation de l'Autriche par les troupes allemandes en mars 1938* est un exemple typique d'occupation par les troupes d'un État du territoire d'un autre État. Or, pour répondre à la question de la légitimité ou de l'illégitimité internationale de cette occupation, le Tribunal militaire de Nuremberg estima nécessaire d'établir au préalable si l'Autriche avait ou n'avait pas donné son consentement à l'entrée des troupes allemandes, et il parvint à la conclusion qu'en dépit des fortes pressions exercées sur l'Autriche ce consentement n'avait pas été donné. Il est par ailleurs intéressant de noter que le III<sup>e</sup> Reich lui-même avait estimé qu'un consentement de l'Autriche lui était nécessaire pour enlever à son action le caractère, sinon flagrant, d'illicéité. Il y a plus : le Tribunal de Nuremberg se demanda aussi s'il y avait eu ou non consentement des autres États parties aux Traités de Versailles et de Saint-Germain-en-Laye, et il releva à ce sujet que l'examen de cette question supplémentaire se justifiait puisque la défense des inculpés prétendait que l'acquiescement de ces puissances avait exclu la possibilité de parler d'une violation des obligations internationales mises par ces traités à la charge de l'Allemagne et de l'Autriche<sup>557</sup>.

6) On a fait également valoir le consentement ou la demande du gouvernement de l'État dont, à défaut, la souveraineté aurait été violée lorsqu'il s'est agi de justifier l'envoi de troupes sur le territoire d'un autre État afin de l'aider à réprimer des troubles intérieurs, une révolte ou une insurrection. Une telle justification a été avancée à propos de toute une série de cas récents, y compris de plusieurs cas portés à l'attention du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>558</sup>. Lors

<sup>557</sup> Voir Royaume-Uni, *Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*, Cmd 6964, Londres, H.M. Stationery Office, 1946, p. 17 et suiv.

<sup>558</sup> Par exemple par le Royaume-Uni à propos de l'envoi de troupes britanniques au Mascate-et-Oman en 1957 (Royaume-Uni, *Parliamentary Debates [Hansard], House of Commons, Official Report*, Londres, H.M. Stationery Office, 5<sup>e</sup> série, vol. 574, 29 juillet 1957, col. 872) et en Jordanie en 1958 (*ibid.*, vol. 591, 17 juillet 1958, col. 1437-1439 et 1507; *Documents officiels du Conseil de sécurité, treizième année*, 831<sup>e</sup> séance, par. 28); par les États-Unis d'Amérique à propos de l'envoi de troupes américaines au Liban en 1958 (*ibid.*, 827<sup>e</sup> séance, par. 34; *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session extraordinaire d'urgence, Séances plénières et annexes*, 733<sup>e</sup> séance, par. 7); par la

des débats pertinents au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale, aucun État ne contesta la validité en soi du principe selon lequel le consentement donné par l'État territorial excluait, en règle générale, l'illicéité de l'envoi de troupes étrangères sur son territoire<sup>559</sup>. Les divergences portèrent plutôt sur le point de savoir s'il y avait eu ou non consentement de l'État, si ce consentement avait ou n'avait pas été valablement exprimé, si les droits d'autres États avaient ou non été lésés.

7) Le même ordre de considérations se retrouve dans la prise de position des États qui sont intervenus au cours de débats sur le maintien d'un stationnement de troupes d'un État sur territoire étranger, stationnement dont la licéité à l'origine n'était pas contesté<sup>560</sup>. Le consentement de l'État dont la souveraineté avait été mise en question a également été avancé comme justification de l'envoi de troupes en territoire étranger afin de libérer des otages. La légitimité de ces « raids » a été soutenue et contestée sur la base d'arguments différents, mais ce qu'il importe de souligner dans le présent contexte, c'est le fait que même les États qui jugent en principe de tels raids illicites admettent leur licéité lorsqu'il y a eu consentement de la part de l'État ayant la souveraineté sur les lieux de leur exécution<sup>561</sup>. Il y a aussi lieu de mentionner, toujours dans le domaine d'agissements commis par les organes

---

Belgique à propos de l'envoi de troupes belges dans la République du Congo en 1960 et en 1964 (*Documents officiels du Conseil de sécurité, quinzième année*, 873<sup>e</sup> séance, par. 186, et *ibid.*, dix-neuvième année, 1173<sup>e</sup> séance, par. 73); par l'URSS à propos de l'envoi de troupes soviétiques en Hongrie en 1956 et en Tchécoslovaquie en 1968 (*ibid.*, onzième année, 752<sup>e</sup> séance, par. 136, et *ibid.*, vingt-troisième année, Supplément de juillet, août et septembre 1968, doc. S/8759).

<sup>559</sup> La validité du principe énoncé fut réaffirmé implicitement ou explicitement par plusieurs États qui sont intervenus dans les débats. Voir, par exemple, à propos de l'envoi de troupes américaines au Liban et de troupes britanniques en Jordanie, les déclarations à l'Assemblée générale de l'URSS (*Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session extraordinaire d'urgence, Séances plénières et annexes*, 734<sup>e</sup> séance, par. 7), de l'Australie (*ibid.*, 735<sup>e</sup> séance, par. 60 et 61), de la Grèce (*ibid.*, 738<sup>e</sup> séance, par. 95 et 96), du Pakistan (*ibid.*, 740<sup>e</sup> séance, par. 53 et 54), du Canada (*ibid.*, 741<sup>e</sup> séance, par. 42), de l'Éthiopie (*ibid.*, 742<sup>e</sup> séance, par. 73 à 76), de Cuba (*ibid.*, 744<sup>e</sup> séance, par. 40 et suiv.), du Portugal (*ibid.*, 744<sup>e</sup> séance, par. 109), de la Bulgarie (*ibid.*, 737<sup>e</sup> séance, par. 31 à 34), de l'Albanie (*ibid.*, 739<sup>e</sup> séance, par. 75), de la Pologne (*ibid.*, 740<sup>e</sup> séance, par. 82), du Ghana (*ibid.*, 744<sup>e</sup> séance, par. 94) et du Népal (*ibid.*, 745<sup>e</sup> séance, par. 71). A propos de l'envoi de troupes belges dans la République du Congo en 1964, voir les déclarations de la Bolivie (*Documents officiels du Conseil de sécurité, dix-neuvième année*, 1183<sup>e</sup> séance, par. 69), du Nigéria (*ibid.*, 1176<sup>e</sup> séance, par. 6) et de l'Algérie (*ibid.*, 1172<sup>e</sup> séance, par. 22).

<sup>560</sup> Voir p. ex. les interventions au Conseil de sécurité des représentants de l'Union soviétique, du Royaume-Uni et de la Grèce à propos du stationnement de troupes britanniques en Grèce en 1946 (*Documents officiels du Conseil de sécurité, première année, première série, n° 1*, 6<sup>e</sup> séance); des représentants du Liban et de la Syrie (ainsi que de l'Australie et du Mexique) lors du débat au Conseil de sécurité sur la question de la présence de troupes françaises et britanniques sur leurs territoires (*ibid.*, 20<sup>e</sup>, 21<sup>e</sup> et 22<sup>e</sup> séances); et du représentant de l'Égypte lors du débat qui a eu lieu au Conseil de sécurité concernant le stationnement de troupes britanniques en Égypte (*ibid.*, deuxième année, 175<sup>e</sup> séance).

<sup>561</sup> Il est significatif à ce propos que, lors du raid de Larnaca, le Gouvernement égyptien ait cherché à justifier l'opération en se prévalant du fait qu'il avait demandé et obtenu le consentement préalable du Gouvernement chypriote et que celui-ci, pour nier la légitimité de ladite opération, ait nié avoir donné ce consentement (v. *The New York Times* des 20, 21, 22 et 23 février 1978).

d'un État sur le territoire d'un autre État, les cas d'arrestations effectuées par la police d'un État sur sol étranger. Il ne fait pas de doute que ces arrestations ou ces enlèvements constituent normalement la violation d'une obligation internationale envers l'État territorial. Mais il ressort nettement de la pratique et de la jurisprudence internationales que ces mêmes agissements perdent leur caractère d'illicéité si l'État territorial y consent.

8) On peut rappeler, pour ce qui est de ce dernier genre de cas, la décision de la Cour permanente d'arbitrage du 24 février 1911 en l'*Affaire Savarkar*, entre la France et la Grande-Bretagne. Savarkar, un révolutionnaire indien, fut envoyé en Inde sur le *Morea*, navire britannique, pour y être traduit en justice. Lors de l'escale du *Morea* dans le port de Marseille, Savarkar parvint à se libérer et à se rendre à terre, mais il fut immédiatement arrêté par un gendarme français, qui aida ensuite des agents de la police britannique à ramener à bord le prisonnier. Le lendemain, après le départ du *Morea* de Marseille, le Gouvernement français désavoua la conduite du gendarme français et demanda la restitution de Savarkar. Le tribunal d'arbitrage, composé de cinq membres de la Cour permanente d'arbitrage, nia l'obligation d'une telle restitution par les autorités britanniques. Il exprima l'avis que l'action des agents de police britanniques n'avait nullement été « de nature à porter atteinte à la souveraineté de la France » parce que celle-ci, par le comportement de son gendarme, y avait consenti, ou du moins avait permis aux agents de la police anglaise de croire à un tel consentement<sup>562</sup>. Un cas similaire, mais en quelque sorte inverse du précédent est celui d'arrestations de personnes se trouvant à bord d'un navire étranger à l'ancre dans le port d'un État. Par rapport à cette hypothèse aussi la question de l'effet du consentement du sujet lésé s'est posée. Ce fut le cas, par exemple, dans l'*Affaire de l'« Aunis »*. Le préfet de Gênes, ayant appris que cinq personnes recherchées par la police italienne se trouvaient à bord du navire français *Aunis*, à l'ancre dans le port de Gênes, demanda au consul de France de cette ville l'autorisation de procéder à leur arrestation. Le consul la donna, après quoi l'arrestation fut effectuée, mais le lendemain le même consul revint sur son autorisation et demanda la restitution des personnes arrêtées. Le Gouvernement italien s'y refusa en alléguant que l'arrestation avait eu lieu avec le consentement du consul de France, et donc dans des conditions qui rendaient ce fait pleinement licite<sup>563</sup>.

<sup>562</sup> [...] « les agents britanniques ont pu naturellement croire que le brigadier avait agi en conformité de ses instructions » ou que sa conduite avait été approuvée » (*Les travaux de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye*, avec une introduction de J. B. Scott, New York, Oxford University Press, 1921, p. 298).

Le même principe a inspiré, plus récemment, la District Court de New York en l'*Affaire United States of America v. Morton Sobell*. Dans sa décision, rendue le 20 juin 1956, on affirmait qu'il n'y avait pas lieu de procéder à la restitution au Mexique d'une personne arrêtée en territoire mexicain par les organes de la police des États-Unis, et ceci parce que l'arrestation avait eu lieu avec le consentement de l'État mexicain (États-Unis d'Amérique, *Federal Supplement*, Saint Paul [Minn.], West Publishing, 1956, vol. 142, p. 515 et suiv.).

<sup>563</sup> Voir télégramme du 11 juillet 1863 et noté du 19 juillet 1863 du Ministre italien des affaires étrangères, Visconti Venosta, au Ministre d'Italie à Paris (S.I.O.I.-C.N.R., *op. cit.*, p. 870 et 871).

9) L'exclusion de l'illicéité du comportement adopté par un État lorsque l'État vis-à-vis duquel le premier était obligé avait donné explicitement ou implicitement son consentement à l'inobservance de cette obligation a aussi été constatée dans des cas de paiement d'intérêts moratoires d'une dette imposée par un instrument international. Il est intéressant de voir à ce sujet la décision de la Cour permanente d'arbitrage du 11 novembre 1912 dans l'*Affaire de l'indemnité russe* entre la Russie et la Turquie. Aux termes du traité du 27 janvier (8 février) 1879, la Turquie était tenue de verser à la Russie une indemnité de réparation pour les dommages que celle-ci avait subis pendant la guerre russo-turque. La Turquie, n'étant pas à même de payer immédiatement toute la somme due, échelonna le paiement sur plus de vingt années, de sorte qu'elle ne termina le paiement qu'en 1902. En 1891, le Gouvernement russe avait fait parvenir au Gouvernement ottoman une mise en demeure de payer le capital et les intérêts, mais, à l'occasion du paiement des acomptes ultérieurs, le Gouvernement créancier ne fit aucune réserve d'intérêts et aucune imputation des sommes reçues sur les intérêts. Ce ne fut qu'en 1902, une fois le paiement terminé, que la Russie demanda le paiement des intérêts moratoires, ce à quoi le Gouvernement ottoman se refusa. La Cour permanente d'arbitrage, saisie du différend, fut de l'avis

qu'en principe le Gouvernement impérial ottoman était tenu, vis-à-vis du Gouvernement impérial de Russie, à des indemnités moratoires à partir du 31 décembre 1890 (12 janvier 1891), date de la réception d'une mise en demeure explicite et régulière,

mais que, de fait, le bénéfice de cette mise en demeure ayant cessé pour le Gouvernement impérial de Russie par suite de la renonciation subséquente de son ambassade à Constantinople, le Gouvernement impérial ottoman n'est pas tenu aujourd'hui de lui payer des dommages-intérêts à raison des dates auxquelles a été effectué le paiement des indemnités<sup>564</sup>.

La Cour reconnut donc que le consentement de la Russie avait rendu licite le comportement de la Turquie, qui autrement aurait constitué la violation d'une obligation internationale à sa charge.

10) L'analyse des cas pertinents permet donc de conclure à l'existence d'une pratique et d'une jurisprudence internationales constantes dans le sens que le consentement donné par le sujet ayant droit au respect d'une obligation déterminée exclut l'illicéité du fait de l'État qui, en l'absence de ce consentement, représenterait une violation de cette obligation. On trouve la même uniformité de vues dans la doctrine. Tous les auteurs qui se sont occupés de la question sont d'accord pour reconnaître que, lorsqu'il y a consentement à ce que le sujet agissant adopte un comportement non conforme à celui qui serait normalement requis de lui par une obligation internationale, ce comportement ne peut être qualifié d'internationalement

<sup>564</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (publication des Nations Unies, numéro de vente : 61.V.4), p. 446.

illicite <sup>565</sup>. Les conclusions auxquelles l'étude des ouvrages scientifiques amène rejoignent donc celles qui ressortent de l'analyse de la pratique et de la jurisprudence internationales.

11) A la lumière de la pratique des États, de la jurisprudence internationale et de la doctrine, il est donc permis d'affirmer l'existence en droit international d'un principe solidement établi selon lequel le consentement de l'État titulaire du droit subjectif auquel porterait atteinte, sans ce consentement, le fait illicite d'un autre État est une circonstance qui exclut l'illicéité dudit fait. Toutefois, pour qu'il produise en tel effet, le consentement de l'État doit être : *valable en droit international, clairement établi, réellement exprimé (ce qui exclut le consentement purement présumé), attribuable à l'État sur le plan international, et*

<sup>565</sup> Cette constatation vaut avant tout pour les auteurs qui ont traité en général des faits internationalement illicites. Il convient de rappeler notamment : F. von Liszt, *Le droit international*, 9<sup>e</sup> éd. (1913), tr. par G. Gidel, Paris, Pedone, 1927, p. 201; Strupp, *loc. cit.*, p. 121; Ago, « Le délit international » (*loc. cit.*), p. 533 et suiv.; Ross, *op. cit.*, p. 243 et 244; Guggenheim, *op. cit.*, p. 57; G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, 8<sup>e</sup> éd. rev., Milan, Giuffrè, 1962, p. 246; Morelli, *op. cit.*, p. 351; A. Schüle, « Ausschluss der Rechtswidrigkeit », *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, de Gruyter, 1962, t. III, p. 85; Dahm, *op. cit.*, p. 215; Sereni, *Diritto internazionale (op. cit.)*, p. 1523 et 1524; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 541; Ténékidès, *loc. cit.*, p. 785; P. A. Steiniger, « Die allgemeinen Voraussetzungen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten », *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin, Gesellschafts- und Sprachwissenschaftliche Reihe*, Berlin, vol. XXII, n<sup>o</sup> 6, 1973, p. 444; Favre, *op. cit.*, p. 643; Giuliano, *op. cit.*, p. 599.

Mais la même constatation doit être faite pour les auteurs qui ont spécifiquement étudié certaines des hypothèses envisagées, tels l'intervention dans les affaires intérieures d'un autre État, l'enlèvement de personnes sur le territoire d'un autre État, ou le non-paiement d'une dette. Pour la première hypothèse, voir p. ex. A. Van Wynen Thomas et A. J. Thomas, Jr., *Non-Intervention: The Law and its Import in the Americas*, Dallas (Tex.), Southern Methodist University Press, 1956, p. 91 et suiv.; E. Lauterpacht, « The contemporary practice of the United Kingdom in the field of international law : Survey and comment, V », *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 7, 1<sup>re</sup> partie, janvier 1958, p. 108; Q. Wright, « Subversive intervention », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 54, n<sup>o</sup> 3 (juillet 1960), p. 529; J. E. S. Fawcett, « Intervention in international law : A study of some recent cases », *Recueil des cours...*, 1961-II, Leyde, Sijthoff, 1962, t. 103, p. 366 et suiv. Pour la deuxième hypothèse, voir p. ex. M. H. Cardozo, « When extradition fails, is abduction the solution? », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 55, n<sup>o</sup> 1 (janvier 1961), p. 132; voir aussi V. Coussirat-Coustère et P. M. Eisemann, « L'enlèvement de personnes privées et le droit international », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XL, n<sup>o</sup> 2 (avril-juin 1972), p. 361 et suiv.; M. C. Bassiouni, *International Extradition and World Public Order*, Leyde, Sijthoff, 1974, p. 127 et suiv. Pour ce qui est du non-paiement d'une dette, voir P. Fauchille, *Traité de droit international public*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Rousseau, 1922, t. I, 1<sup>re</sup> partie, p. 512. Cette constatation n'est nullement infirmée par le fait que certains auteurs tels que, par exemple, Strupp, Guggenheim et Steiniger, soient de l'avis que le « consentement » de l'État lésé ne devrait pas être présenté comme une « circonstance excluant l'illicéité », car cela présupposerait que l'on soit en présence d'un fait illicite qui devient exceptionnellement licite. Pour ces auteurs — de la position desquels se rapprochait celle d'un membre de la Commission —, s'il y a consentement de l'État à l'encontre duquel un comportement donné est adopté, il n'y a pas d'obligation de se conduire autrement, et il est simplement normal qu'il n'y ait pas violation du tout d'une telle obligation (v. ci-dessus commentaire d'introduction au chapitre V).

antérieur à la commission du fait auquel il se rapporte. En outre, le consentement ne peut être invoqué comme excluant l'illicéité d'un fait d'un autre État que *dans les limites que l'État qui exprime ce consentement entend lui attribuer quant à sa portée et à sa durée.*

12) Aussi, pour pouvoir être considéré comme une circonstance excluant l'illicéité, le consentement doit-il être, tout d'abord, un consentement *valable d'après les règles du droit international* qui établissent les conditions de fond que doit remplir une manifestation de volonté d'un État pour être considérée comme telle. Il faut donc que le dit consentement ne soit pas entaché de « vices » tels que l'erreur, le dol, la corruption, la contrainte. Les principes qui s'appliquent à la détermination de la validité des traités valent aussi, en règle générale, pour la validité du consentement de l'État à une action qui, sans cela, serait internationalement illicite <sup>566</sup>. Si, par exemple, le consentement à l'action autrement illicite à laquelle l'État est requis de consentir a été obtenu par la contrainte armée, c'est-à-dire par des actes impliquant le recours à la force, un tel consentement ne pourra pas être considéré comme tel et, partant, l'action en question constituera un fait internationalement illicite, même si sur le plan formel l'existence d'une prétendue manifestation d'accord pourrait être invoquée. Comme le Tribunal de Nuremberg a eu l'occasion de le souligner, un consentement donné sous la menace d'une invasion ne saurait être que totalement dépourvu d'effet <sup>567</sup>. Une conclusion semblable s'impose dans tous les cas où le consentement est entaché d'un « vice » quelconque reconnu par le droit international. La Commission se doit d'insister tout particulièrement sur l'exigence d'un consentement valablement exprimé à la commission d'un fait non conforme à une obligation internationale pour que ce consentement ait pour effet d'exclure l'illicéité internationale du fait en question. Cela répond non seulement à un besoin général d'équité, mais aussi, et tout particulièrement, à la nécessité de protéger les États les plus faibles contre d'éventuels abus de la part des États les plus puissants.

13) Le consentement doit donc être un consentement librement donné. Comme dans le cas d'autres manifestations de volonté de l'État, il peut être tacite ou implicite, à condition toutefois d'être toujours *clairement établi* <sup>568</sup>. Dans l'*Affaire de l'indemnité russe*, par exemple, la Cour permanente d'arbitrage a estimé, comme on l'a vu, qu'il y avait eu consentement de la part de la Russie au non-remboursement des intérêts moratoires dus par la Turquie, et que par conséquent celle-ci n'était pas tenue de les lui verser <sup>569</sup>. Or, ce consentement de la Russie à un comportement de la Turquie qui autrement aurait été illicite n'avait pas été exprimé, en l'espèce, de façon expresse. Il résultait implicitement, d'après la Cour, du comportement préalablement adopté par l'Ambassade de

<sup>566</sup> Voir Ago, « Le délit international » (*loc. cit.*), p. 534; Ross, *op. cit.*, p. 243 et 244; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 541; Ténékidès, *loc. cit.*, p. 758; Giuliano, *op. cit.*, p. 599.

<sup>567</sup> Voir Royaume-Uni, *Judgment of the International Military Tribunal...* (*op. cit.*), p. 18 et 19.

<sup>568</sup> Voir en ce sens Ago, « Le délit international » (*loc. cit.*), p. 534; Schüle, *loc. cit.*, p. 85; Dahm, *op. cit.*, vol. III, p. 15.

<sup>569</sup> Voir ci-dessus par. 9 du présent commentaire.

Russie à Constantinople<sup>570</sup>. De même, dans des cas d'arrestations par les organes d'un État de personnes se trouvant sur le territoire d'un autre État, il a été parfois jugé que la collaboration à l'arrestation apportée par la police locale représentait, en l'espèce, une forme de consentement, tacite mais incontestable, de l'État territorial, et que pour cette raison il n'y avait pas eu de violation de la souveraineté territoriale de cet État<sup>571</sup>.

14) En outre, le consentement doit toujours être *réellement exprimé*. Il ne peut nullement être « présumé ». Consentement « présumé » et consentement « tacite » ou « implicite » ne sont pas à confondre. En cas de « consentement présumé », le consentement de l'État fait en réalité défaut. On se borne à présumer que l'État aurait consenti au fait dont il s'agit, pour autant qu'on aurait pu le lui demander. A titre de justification de cette présomption, on allègue d'habitude le fait que le comportement en question a été adopté dans l'intérêt exclusif et urgent de l'État qui a été formellement lésé dans son droit ; cet État aurait certainement donné son consentement, dit-on, si les circonstances n'avaient pas rendu impossible d'attendre la manifestation de son consentement<sup>572</sup>. Toutefois, il paraît difficile à la Commission d'admettre, même *de lege ferenda*, que le droit international considère une telle circonstance comme excluant l'illicéité du comportement. Les cas d'abus seraient trop courants. Les prises de position des auteurs qui se sont occupés de la question confirment d'ailleurs d'une manière générale une telle conclusion<sup>573</sup>.

15) De même, le consentement doit être *attribuable à l'État sur le plan international*. Autrement dit, il faut qu'il provienne d'un organe dont la volonté est considérée, sur le plan international, comme étant la volonté de l'État, et il faut aussi que cet organe ait la compétence pour mani-

festier cette volonté dans le cas spécifiquement considéré<sup>574</sup>. Dans la pratique des États, la validité du consentement a fréquemment été mise en cause à ce propos, y compris lors des débats qui ont eu lieu à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité de l'ONU. La question s'est posée, par exemple, de savoir si le consentement exprimé par une autorité régionale pouvait légitimer l'envoi de troupes étrangères dans le territoire d'un État, ou si seul le gouvernement central de cet État pouvait donner un tel consentement<sup>575</sup>. Dans d'autres cas, la question s'est posée de la « légitimité » du gouvernement qui avait donné le consentement — eu égard tantôt aux règles constitutionnelles en vigueur dans l'État, tantôt, au contraire, au fait que le gouvernement en question n'aurait pas eu l'appui du peuple, qu'il aurait été un gouvernement fantoche soutenu par l'État auquel le consentement avait été donné<sup>576</sup>. On a parfois soulevé la question de la validité du consentement donné parce que ce consentement était exprimé en violation des dispositions pertinentes du droit interne<sup>577</sup>. Il va de soi que la réponse à la question de savoir si le consentement exprimé par un organe déterminé doit ou non être considéré comme un véritable consentement de l'État doit être trouvée dans les règles du droit international qui se rapportent à la manifestation de la volonté de l'État, sans compter les règles d'ordre constitutionnel auxquelles, dans certaines hypothèses, le droit international peut renvoyer.

16) Pour être une circonstance excluant l'illicéité du fait commis par un État dans un cas déterminé, il faut également que le consentement de l'État titulaire du droit subjectif auquel il aurait été sinon porté atteinte soit donné avant la commission du fait en question. Dans ce cas seulement, il n'y a pas illicéité, puisque c'est uniquement dans une telle hypothèse que l'on peut affirmer qu'il n'y a pas eu violation de l'obligation au moment où le fait est commis. On rencontre parfois dans la pratique des cas où le consentement semble avoir été donné au moment de la

<sup>570</sup> La décision de la Cour d'arbitrage fait état à ce propos du fait que l'ambassade russe à Constantinople avait

« successivement accepté sans discussion ni réserve et reproduit à maintes reprises dans sa propre correspondance diplomatique les chiffres du reliquat de l'indemnité comme identiques aux chiffres du reliquat en capital. En d'autres termes, la correspondance des dernières années établit que les deux parties ont interprété, en fait, les actes de 1879 comme impliquant l'identité entre le paiement du solde du capital et le paiement du solde auquel avaient droit les indemnitaires, ce qui impliquait l'abandon des intérêts ou dommages-intérêts moratoires. » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI [op. cit.], p. 446.)

<sup>571</sup> Voir décision de la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire Savarkar, citée ci-dessus au paragraphe 8 du présent commentaire.

<sup>572</sup> L'éventuelle circonstance excluant l'illicéité serait alors le fait que le comportement a été adopté dans l'intérêt exclusif et urgent de l'État lésé, plutôt que le « consentement » de cet État.

<sup>573</sup> Voir en ce sens, par exemple, Ago, « Le délit international » (*loc. cit.*), p. 535 et 536; et Schule, *loc. cit.*, p. 85. Pour une opinion contraire, bien que s'agissant de cas exceptionnels, voir Dahm, *op. cit.*, p. 215. Pour l'acquiescement en droit international, voir I. C. MacGibbon, « The scope of acquiescence in international law », *The British Year Book of International Law, 1954*, Londres, vol. 31, 1956, p. 143 et suiv.; A.-Ch. Kiss, « Les actes unilatéraux dans la pratique française du droit international », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXXII, n<sup>o</sup> 2 (avr.-juin 1961), p. 325 et suiv.; J. Bentz, « Le silence comme manifestation de volonté en droit international public », *ibid.*, t. XXXIV, n<sup>o</sup> 1 (janv.-mars 1963), p. 86 et suiv.

<sup>574</sup> Le consentement donné, par exemple, par une importante personnalité privée étrangère ne peut certainement pas valoir comme tel en tant que consentement de l'État dont ledit étranger est ressortissant.

<sup>575</sup> P. ex. à propos de l'envoi de troupes belges dans la République du Congo en 1960 (v. *Documents officiels du Conseil de sécurité, quinzième année*, 873<sup>e</sup> séance, et notamment l'intervention du représentant de la Belgique, par. 186 à 188 et 209).

<sup>576</sup> Voir p. ex. à ce propos les débats qui ont eu lieu en 1958 à la troisième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité concernant l'envoi de troupes des États-Unis d'Amérique au Liban et de troupes du Royaume-Uni en Jordanie (*Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session extraordinaire d'urgence, Séances plénières et annexes*, 733<sup>e</sup> séance, par. 7, 735<sup>e</sup> séance, par. 32, 739<sup>e</sup> séance, par. 77, 740<sup>e</sup> séance, par. 83, 741<sup>e</sup> séance, par. 42, 742<sup>e</sup> séance, par. 40 et 44, 744<sup>e</sup> séance, par. 44 et 109, 745<sup>e</sup> séance, par. 71; et *Documents officiels du Conseil de sécurité, treizième année*, 827<sup>e</sup> séance, par. 114), et en 1964 au Conseil de sécurité pour ce qui est de l'envoi de troupes étrangères à Stanleyville (*ibid.*, dix-neuvième année, 1170<sup>e</sup> séance, par. 118, 1173<sup>e</sup> séance, par. 73, 1175<sup>e</sup> séance, par. 66, et 1183<sup>e</sup> séance, par. 16, 17 et 69).

<sup>577</sup> P. ex. lors des débats qui ont eu lieu en 1958 à la troisième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale sur la question de l'envoi de troupes des États-Unis au Liban (*Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session extraordinaire d'urgence, Séances plénières et annexes*, 733<sup>e</sup> séance, par. 72, 735<sup>e</sup> séance, par. 45 et 112, 737<sup>e</sup> séance, par. 32, 739<sup>e</sup> séance, par. 75, et 740<sup>e</sup> séance, par. 58).

commission du fait, même si en réalité il a été donné immédiatement avant la commission dudit fait. En tout cas, il ne fait pas de doute 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. Par ailleurs, le consentement à la commission d'un fait ayant un caractère de continuité qui serait donné après le commencement de ce fait n'enlève l'illicéité de ce fait qu'à partir du moment où le consentement est acquis<sup>578</sup>. Lors de certains cas d'envoi de troupes étrangères dans le territoire d'un État, par exemple, le consentement de l'État territorial à une telle action a parfois été donné après que l'envoi des troupes avait eu lieu. Or, à supposer qu'un tel envoi de troupes n'ait pas constitué en soi une action internationalement légitime, le consentement donné par l'État à leur présence sur son territoire ne peut avoir eu pour effet de rendre licite cette présence qu'à partir du moment où le consentement a été donné. Entre la date de l'envoi des troupes et la date où le consentement est exprimé, le fait illicite subsiste, même s'il y a de la part de l'État territorial renonciation au droit de faire valoir la responsabilité de l'État qui a envoyé les troupes.

17) Finalement, comme il a été dit, le consentement ne vaut exclusion de l'illicéité d'un fait déterminé que dans les limites que l'État qui exprime ce consentement entend lui attribuer pour ce qui est de sa portée et de sa durée. Ainsi, si un État consent au survol de son territoire par des avions commerciaux d'un autre État, ce consentement ne peut pas valoir comme exclusion de l'illicéité du survol de son territoire par des avions transportant des troupes et du matériel militaire. De même, si un État donne son consentement au stationnement de troupes étrangères sur son territoire pour une durée déterminée, ce consentement n'exclurait évidemment pas l'illicéité du stationnement des troupes en question qui se poursuivrait au-delà de la durée fixée.

18) Deux dernières précisions sont nécessaires. En premier lieu, il faut relever que le consentement qui ôte le caractère d'illicéité au comportement d'un État peut parfois représenter en lui-même un fait illicite distinct. C'est ce qui a lieu, par exemple, quand un État A consent à ce que des troupes d'un État B pénètrent sur son territoire alors qu'il est engagé envers un État C à ne pas le permettre. Le comportement de B devient licite du fait du consentement donné par A, mais le comportement de A représente un fait illicite envers C. Le consentement donné par l'État A peut donc constituer vis-à-vis d'un État tiers un fait internationalement illicite s'il comporte la violation d'une obligation assumée par l'État A à l'encontre de l'État tiers en question. De même, dans le cas d'un traité non divisible, tel un traité de neutralisation, l'État « neutralisé » ne pourra consentir à ce que l'un seul des États parties au traité contrevenne aux disposi-

tions de ce traité sans que cela constitue un fait illicite vis-à-vis des autres États parties.

19) En deuxième lieu, il faut se demander si toute responsabilité internationale est à exclure lorsqu'un État consent à ce que soit commis un fait déterminé qui, sans son consentement, serait illicite. Il faut rappeler, à ce sujet, que le consentement peut être donné dans des circonstances très diverses. Il se peut qu'un État consente à ce qu'un autre État commette un certain fait, mais à condition que celui-ci accepte d'indemniser les personnes qui pourraient en subir un préjudice. Dans ce cas, évidemment, l'indemnisation n'est pas une forme de responsabilité pour fait internationalement illicite : l'obligation d'indemniser n'a pas son fondement dans un fait de ce genre, mais dans l'accord intervenu entre les deux États. Il se peut aussi qu'un État consente à une action pour autant qu'elle comporte la prise en charge de risques engageant la responsabilité pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

20) Le principe selon lequel le consentement donné par l'État qui, sans cela, aurait le droit d'exiger l'observance d'une obligation internationale déterminée exclut l'illicéité d'un comportement non conforme à cette obligation souffre-t-il ou non des exceptions ? Au sujet de cette question, il y a lieu de remarquer d'abord que si, dans une situation donnée, il y a une pluralité d'États à l'égard desquels celui qui a agi était tenu d'adopter un comportement différent, le consentement d'un seul de ces sujets — même s'il est le plus directement intéressé — ne saurait exclure l'illicéité dudit comportement à l'égard des autres. Autrement dit, le consentement ainsi donné n'exclut l'existence d'un fait internationalement illicite qu'à l'égard du sujet qui l'a donné. Ainsi, comme on l'a déjà souligné, si l'État A s'est obligé envers les États B, C et D à respecter la neutralité de B et si par la suite B donne son consentement à l'entrée des troupes de A sur son territoire, A et B auront certainement commis par là un fait internationalement illicite à l'égard de C et de D. De même, si un État partie à une convention internationale du travail (sur le repos hebdomadaire, par exemple) soumet le ressortissant d'un autre État membre — avec l'accord de ce dernier — à un traitement non conforme aux obligations de la convention, ce fait pourra ne pas être internationalement illicite vis-à-vis de l'État qui a donné son consentement, mais il restera internationalement illicite vis-à-vis des autres États parties à cette convention<sup>579</sup>. Il n'y a là, cependant, aucune exception au principe énoncé par l'article 29. Comme il est dit aux paragraphes 2 et 3 du présent commentaire, le consen-

<sup>578</sup> Voir en ce sens Ago, « Le délit international » (*loc. cit.*), p. 534; Ross, *op. cit.*, p. 243; Morelli, *op. cit.*, p. 351; Schüle, *loc. cit.*, p. 85; Sereni, *Diritto internazionale (op. cit.)*, p. 1524; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 541; Ténékidès, *loc. cit.*, p. 758; Giuliani, *op. cit.*, p. 598. *Contra*, Dahm, *op. cit.*, p. 215.

<sup>579</sup> La question est d'une importance pratique indubitable. A l'occasion des différends concernant le maintien ou l'envoi de troupes étrangères dans le territoire d'un État qui ont été portés à l'attention d'organes compétents des Nations Unies, la question s'est posée de savoir si la violation éventuelle d'obligations contenues dans la Charte au sujet du maintien de la paix et de la sécurité internationales concernait exclusivement l'État sur le territoire duquel les troupes étrangères se trouvaient, ou bien s'il y avait là aussi violation d'obligations envers les autres États membres de l'ONU. S'il en était ainsi, le consentement de l'État sur le territoire duquel les troupes étrangères se trouvaient — eût-il existé et eût-il été valable — ne pouvait pas exclure l'illicéité de ces comportements vis-à-vis des autres États Membres de l'ONU.

tement donné par le sujet qui serait autrement lésé dans son droit n'est en réalité qu'un élément d'un accord qui se réalise entre le sujet titulaire de l'obligation et le sujet titulaire du droit subjectif correspondant, accord en vertu duquel, dans le cas d'espèce, l'obligation cesse d'être opérative pour ce qui est d'un fait déterminé. Mais il est évident qu'un tel accord — comme tout accord, d'ailleurs — ne produit d'effet qu'entre les parties. Par conséquent, si l'obligation subsistait envers d'autres sujets, elle n'a pu cesser d'être opérative, à la suite de l'accord entre deux États seulement, qu'entre ces deux États. Par rapport aux autres sujets, elle continue d'exister, et, par rapport à ceux-ci, le comportement non conforme à cette obligation doit être qualifié de fait internationalement illicite. C'est là une conclusion qui découle du principe fondamental de l'égalité souveraine des États. Il n'y a là, évidemment, qu'un simple cas d'application du principe énoncé par l'article, et non pas une quelconque exception à ce principe.

21) Il ne reste à examiner que le cas où un État donnerait son consentement à un comportement d'un autre État qui serait en contradiction avec une obligation posée par une norme de *jus cogens*. Là se trouve la seule exception véritable au principe général du consentement comme circonstance excluant l'illicéité. Il n'est pas douteux que l'existence des normes de *jus cogens* ait une incidence sur le principe ici examiné. Si l'on admet l'existence en droit international de normes de *jus cogens*, c'est-à-dire de normes impératives auxquelles aucune dérogation n'est permise, on doit aussi admettre que le comportement d'un État non conforme à une obligation posée par l'une de ces normes doit rester un fait internationalement illicite même si l'État lésé a donné son consentement à l'adoption du comportement en question. Les normes de *jus cogens* sont des règles dont l'applicabilité à certains États ne peut pas être écartée par voie d'accords particuliers. Autrement dit, elles font, de par leur nature, échec à la tentative de deux États de les remplacer dans leurs rapports par d'autres n'ayant pas le même contenu. Elles ne peuvent donc pas non plus être affectées par cette forme particulière d'accord qui intervient entre l'État qui adopte un comportement non conforme à l'obligation créée par une règle impérative et l'État qui y consent. Malgré cet accord, l'obligation continue de s'imposer aux parties entre lesquelles il est intervenu, et par conséquent le comportement non conforme à ce que l'obligation requiert représente violation de cette obligation et constitue un fait internationalement illicite — un fait dont l'illicéité subsiste même à l'égard de l'État qui a donné son consentement.

22) Ces considérations ont amené la Commission à reconnaître une exception au principe de base développé dans le présent commentaire, même si la reconnaissance généralisée de l'existence, en droit international, de normes de *jus cogens* est trop récente pour que la pratique des États ou la jurisprudence internationale révèlent déjà des prises de position étayant par rapport à des situations concrètes la conclusion à laquelle la logique des principes conduit. Par ailleurs, on trouve déjà dans certaines déclarations des indices d'une conviction qui n'a pas encore trouvé l'occasion de se manifester ouvertement. Ainsi, par exemple, certains gouvernements ont parfois émis des doutes quant à l'effet libérateur du consentement donné

par un gouvernement à une action d'un gouvernement étranger qui constituerait « une ingérence dans le droit fondamental qu'ont tous les peuples de choisir le genre de gouvernement qui leur plaît » ou une intervention visant à appuyer et à maintenir « des gouvernements impopulaires [...] au pouvoir contre la volonté de la majorité de la population, privant ainsi le peuple de son droit fondamental [...] à disposer de lui-même »<sup>580</sup>. Admettrait-on, par exemple, que le consentement que le gouvernement d'un État souverain donnerait aujourd'hui à l'instauration *ex novo* d'un régime de protectorat ou d'une autre forme de dépendance de cet État par rapport à un autre puisse avoir l'effet d'exclure l'illicéité du fait de cette instauration? Le caractère impératif généralement reconnu à l'interdiction de porter atteinte à l'indépendance des autres États et aux droits des peuples de disposer d'eux-mêmes s'opposerait nettement à une telle acceptation. En tout cas, la logique des considérations à tirer de l'existence en droit international de normes de *jus cogens* est tellement incontestable qu'elle impose d'admettre, par rapport à ces normes et aux obligations qui en découlent, une exception au principe général d'après lequel le consentement donné par un État à l'adoption d'un comportement non conforme à ce qui serait requis par une obligation internationale en vigueur à son égard exclut l'illicéité de ce comportement.

23) A la lumière des considérations qui précèdent, la Commission a rédigé l'article 29 en deux paragraphes. Le *paragraphe 1* formule le principe général du consentement de l'État lésé comme circonstance excluant l'illicéité, et le *paragraphe 2* énonce la seule exception audit principe qui doit être retenue. Le principe général est défini, au *paragraphe 1*, par la formule suivante :

Le consentement valablement donné par un État à la commission par un autre État d'un fait déterminé non conforme à une obligation de ce dernier envers le premier État exclut l'illicéité de ce fait à l'égard dudit État pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

Cette formule met bien en évidence le mécanisme de cette cause d'exclusion de l'illicéité. Le consentement de l'État lésé n'abroge nullement l'obligation internationale en question en tant que telle, et ne fait qu'écartier son application en ce qui concerne, comme le texte l'indique, le « fait déterminé » auquel se rapporte le consentement. L'obligation subsiste donc, mais il n'y a pas de violation dans le cas concret précisément en raison du consentement donné par l'État titulaire du droit subjectif correspondant à cette obligation.

24) Le libellé adopté formule le principe d'une manière stricte, afin d'éviter de fournir une base à des justifications abusives fondées sur des consentements inexistantes. Premièrement, l'exclusion de l'illicéité n'a lieu, comme on vient de le dire, que par rapport au « fait déterminé » auquel se réfère le consentement donné et seulement, comme il est indiqué par le membre de phrase qui figure à la fin du *paragraphe*, « pour autant » que le « fait déterminé » non conforme à l'obligation « reste dans les

<sup>580</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session extraordinaire d'urgence, Séances plénières et annexes, 745<sup>e</sup> séance, par. 72, et 742<sup>e</sup> séance, par. 6.

limites » d'un tel consentement. Deuxièmement, comme l'article le dit expressément, le consentement de l'État titulaire du droit subjectif mis en question doit être un consentement « valablement donné ». Cette référence élimine tous les cas où le consentement invoqué ne serait pas valable d'après les règles pertinentes du droit international, y compris bien entendu un consentement qui ne serait en réalité que le résultat d'erreur, dol, corruption ou contrainte. D'autre part, le consentement valable doit avoir été réellement « donné », ce qui exclut nettement la possibilité d'attribuer un effet quelconque à un consentement purement « présumé ». Troisièmement, le membre de phrase « à la commission par un autre État d'un fait déterminé non conforme à une obligation » sert à préciser que le consentement doit être exprimé « avant » la commission d'un tel fait, même si dans certains cas il pourra s'agir d'un consentement donné « immédiatement avant ». Ce qui compte surtout, aux fins que poursuit la Commission, c'est d'exclure la valeur d'un consentement donné après la commission du fait concerné. Finalement, l'adjonction, après les mots « exclut l'illicéité de ce fait » des mots « à l'égard dudit État » souligne que le principe énoncé dans l'article n'exclut nullement la possibilité que le fait en question constitue un fait illicite à l'égard d'un État tiers.

25) Le *paragraphe 2* prévoit que le *paragraphe 1* ne s'applique pas si l'obligation découle d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*). Il y a là la seule exception au principe général qui, d'après la Commission, s'impose en la matière. En vertu d'une telle exception, le consentement donné par l'État titulaire du droit subjectif correspondant à une obligation mise à la charge d'un autre État par une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) n'a pas pour effet de rendre licite un fait déterminé et non conforme à cette obligation commis par cet autre État et de libérer celui-ci de la responsabilité qui en découle. La deuxième phrase du *paragraphe* reproduit la définition que donne d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, et précise que cette définition est insérée « aux fins du présent projet d'articles », étant donné que la notion en question figure déjà au *paragraphe 2* de l'article 18 du projet.

Article 30

Contre-mesures à l'égard d'un fait  
internationalement illicite

L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation de ce dernier envers un autre Etat est exclue si ce fait constitue une mesure légitime d'après le droit international à l'encontre de cet autre Etat, à la suite d'un fait internationalement illicite de ce dernier Etat.

Commentaire \*/

1) L'article 30 définit la deuxième des circonstances à prendre en considération en tant que causes d'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'État, à savoir l'application d'une contre-mesure légitime adoptée à l'égard d'un État auteur d'un fait internationalement illicite. Autrement dit, un fait de l'État, bien que non conforme à ce qui serait requis de lui par une obligation internationale le liant à un autre État, n'est pas internationalement illicite s'il constitue l'application, à l'encontre de cet autre État, d'une mesure admise par le droit international à titre de réaction à une infraction internationale préalablement commise par ce dernier.

2) La « circonstance excluant l'illicéité » dont traite cet article est donc représentée par l'une de celles que le droit international considère comme des contre-mesures légitimes à la suite d'un fait internationalement illicite préalablement commis. Ce n'est, soulignons-le, que lorsque la contre-mesure dont il s'agit peut être qualifiée de « légitime » — car, étant autorisée par le droit international, elle est réalisée conformément aux conditions prévues par ce droit — qu'elle peut valoir comme circonstance excluant l'illicéité d'un comportement de l'État non conforme à ce que, dans d'autres conditions, une obligation internationale exigerait de lui. La licéité de l'agissement de l'État, en dépit de sa contradiction avec le contenu d'une obligation internationale, est due, comme dans le cas du « consentement », d'ailleurs, au fait que la circonstance dont on constate l'existence dans la situation concrète rend exceptionnellement inopérante dans cette circonstance l'obligation en question. Une fois de plus, il n'y a pas d'illicéité parce que, dans le cas d'espèce, l'application de l'obligation est écartée, et par conséquent il n'y a pas violation de cette obligation. Par ailleurs, comme dans le cas du consentement, la circonstance excluant l'illicéité est constituée par un comportement préalable du sujet vis-à-vis duquel l'obligation en question est en vigueur.

3) Les contre-mesures dont il est question dans cet article sont des mesures qui, par définition, ont une finalité de répression ou d'exécution — des mesures qui, dans d'autres conditions, comporteraient la lésion d'un droit subjectif à respecter du sujet à l'encontre duquel ces mesures sont appliquées. Cette caractéristique générale sert à distinguer l'application de ces contre-mesures, appelées parfois « sanctions », du simple fait de se prévaloir du droit d'obtenir la réparation des dommages subis. La distinction qui, par là, apparaît entre deux catégories différentes de conséquences juridiques possibles d'un fait internationalement illicite est évidente. D'autre part, les contre-mesures auxquelles l'article se réfère n'ont nullement à être comprises comme des mesures qui doivent comporter nécessairement l'emploi de la force armée. Elles peuvent certainement consister en des actions n'impliquant pas l'emploi d'une telle force. Une mesure telle que l'application de représailles de nature économique, par exemple, ne comporte point l'emploi de la force armée, mais a tout de même une finalité répressive à l'égard de l'auteur d'un fait internationalement illicite et tombe, par tant, sous la notion générale de « contre-mesures » que le présent article envisage. Il convient également de préciser que les « mesures » entrant ici en ligne de compte comportent toujours une action qui, comme on vient de le dire, constituerait dans d'autres conditions la violation d'une obligation internationale, la lésion d'un droit subjectif d'autrui<sup>601</sup>. Ce n'est que par rapport à un agissement de

\* Annuaire ... 1979, vol. II  
(deuxième partie), p. 128 à 135.

<sup>601</sup> Cela distingue les mesures auxquelles on fait allusion ici de celles qui, tout en produisant des effets défavorables pour l'État qui en est l'objet, ne comportent aucune action qui, dans d'autres circonstances, serait non conforme à une obligation internationale — des mesures de rétorsion, par exemple.

cette nature, en effet, que le fait de représenter la réaction à une infraction internationale d'autrui peut avoir pour conséquence d'effacer son caractère sinon indéniablement illicite.

4) La contre-mesure adoptée doit être, comme il a été dit au paragraphe 2 du présent commentaire, une mesure « légitime » d'après le droit international. L'illicéité de l'action qu'un État exercerait en prétendant la justifier à titre de contre-mesure vis-à-vis de l'État accusé de la violation d'une obligation internationale ne saurait être exclue dans le cas où ladite violation, tout en s'étant produite, ne serait pas de celles pour lesquelles le droit international admet la possibilité de réagir par la contre-mesure dont il s'agit. Il y a, en effet, infraction et infraction — et, en plus, situation et situation. Ce n'est que dans des hypothèses déterminées que le droit international accorde à l'État lésé par un fait internationalement illicite commis à son détriment — et parfois au détriment d'autres sujets de droit international — la faculté d'avoir recours, à l'encontre de l'État coupable dudit fait, à une mesure se traduisant, comme on vient de le dire, par la lésion d'un droit subjectif international dudit État. Lorsque la conséquence rattachée par le droit international à une infraction n'est que la naissance, en faveur de l'État lésé, du droit d'exiger réparation, toute action consistant à réagir à l'infraction en question d'une manière non conforme à ce qui est requis par une obligation internationale reste bel et bien un fait internationalement illicite, un fait que la situation existante dans le cas concret ne justifie pas. Il en va évidemment de même dans les cas où le droit international, sans exclure en principe la faculté d'appliquer une mesure de sanction à l'encontre de l'État auteur de la violation d'une obligation internationale déterminée, impose à l'État victime de cette violation de ne pas recourir à une telle mesure avant d'avoir essayé au préalable d'obtenir une réparation adéquate. En d'autres termes, le fait d'avoir subi de la part d'un autre État la violation d'une obligation internationale est loin d'autoriser purement et simplement, *dans tous les cas*, l'État lésé à violer à son tour une obligation internationale à l'encontre de l'État auteur de la violation initiale. Ce qui devient légitime dans certaines hypothèses ne le devient pas dans d'autres.

5) Mais il y a plus. On sait que certaines formes de réaction à un fait internationalement illicite (des représailles de nature économique, par exemple) ne rencontrent normalement pas d'obstacles de principe à leur exécution dans le droit international actuel. Cependant, d'autres formes, qui étaient admises par le droit international dit « classique », telles les représailles armées, ne sont aujourd'hui plus tolérées en temps de paix. Et, en général, quant aux formes de réaction comportant le recours à la force armée, la tendance est notoirement d'en réserver, dans les cas les plus graves, l'application — et en tout cas la décision quant à leur emploi — à des sujets autres que l'État lésé. Dans bien des cas, donc, un recours à l'emploi de la force de la part de l'État lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État resterait illicite, car ce recours ne saurait apparaître comme l'application d'une contre-mesure « légitime ». D'ailleurs, même là où le fait internationalement illicite auquel il s'agirait de réagir justifierait une réaction comportant l'emploi de la force, quel que soit le sujet chargé de l'appliquer, l'action entreprise

à ce titre ne saurait nullement comprendre, par exemple, la violation d'obligations de droit international humanitaire. L'exécution de mesures ayant une telle portée ne deviendrait jamais « légitime », et l'illicéité de semblables agissements persisterait. Enfin, même des mesures — représailles ou autres — qui dans certaines conditions seraient admises en tant que réaction à une infraction internationale commise par autrui cesseraient d'être une forme de contre-mesure légitime au cas où elles ne seraient plus proportionnées à la lésion représentée par l'infraction en question. Là aussi, la justification alléguée par l'État se couvrant du prétexte de l'application d'une sanction cesserait d'en être une. Une contre-mesure dépassant dans son exécution les limites prescrites par le droit international, n'est plus une contre-mesure légitime, et l'illicéité du comportement non conforme à une obligation internationale adopté en l'espèce par l'État n'est pas alors effacée.

6) Dans la pratique et dans la jurisprudence internationales, il est rare de trouver des déclarations ou des conclusions affirmant explicitement et spécifiquement le principe que le fait pour un État d'agir envers un autre État d'une manière non conforme à une obligation internationale cesse d'être internationalement illicite si l'État qui agit, parce qu'il est lésé dans ses droits, ne fait que réagir à l'infraction subie en appliquant une contre-mesure légitime à l'encontre de l'auteur de cette infraction. Ce n'est pas autour de ce principe que s'affrontent les positions divergentes des parties à des différends interétatiques. Les points sur lesquels on discute ou on se prononce sont généralement autres : par exemple le point de savoir si, dans des cas donnés, le recours à certaines mesures — à des représailles, notamment — était ou non un recours admis en tant que réaction à une lésion subie dans des droits d'un contenu déterminé ; si, en tout état de cause, l'adoption de telles mesures aurait dû ou non être subordonnée à l'échec d'une tentative préalable d'obtenir une réparation ; si, dans l'exécution, même légitime, de représailles, il était ou non admis de se soustraire à l'observance d'obligations touchant à un domaine particulier ; si, dans un cas déterminé, la proportionnalité entre la lésion subie et la réaction engagée devait ou non être respectée et l'avait ou non été en fait, etc. Mais cela n'empêche point que, derrière les positions adoptées sur ces différents points, perce la conviction implicite des diplomates ou des arbitres de l'exclusion en principe de l'illicéité d'une action qui, bien que non conforme aux exigences d'une obligation internationale, constitue une « contre-mesure légitime » à l'encontre d'une infraction commise par autrui.

7) Pour ce qui est de la jurisprudence internationale, il y a lieu de se référer à deux décisions rendues par le tribunal arbitral Portugal/Allemagne institué en vertu du paragraphe 4 de l'annexe aux articles 297 et 298 du Traité de Versailles<sup>582</sup>. Dans la première — celle qui a trait à la *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique (incident de Naulilaa)*, rendue le 31 juillet 1928 —, le tribunal, avant de se prononcer *in concreto* quant à la

<sup>582</sup> G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Weicher, 1923, 3<sup>e</sup> série, t. XI, p. 323 et suiv.

licité internationale de certaines actions exécutées par les autorités allemandes — et justifiées par ces dernières à titre de représailles pour un comportement internationalement illicite précédemment adopté par les autorités portugaises de l'Angola —, juge nécessaire d'établir en thèse générale quand et à quelles conditions les représailles sont à considérer comme des mesures légitimes. On lit donc dans la décision le passage suivant, particulièrement intéressant parce qu'on y relève spécifiquement, dans la suspension temporaire de la force de la règle entre les parties, l'explication de la non-illicéité d'une action non conforme à la règle, exécutée à titre de réaction à l'encontre d'un fait illicite d'autrui :

La doctrine la plus récente, notamment la doctrine allemande, définit la représaille en ces termes :

La *représaille* est un acte de propre justice (« *Selbsthilfehandlung* ») de l'État lésé, acte répondant — après sommation restée infructueuse — à un acte contraire au droit des gens de l'État offensé. Elle a pour effet de suspendre momentanément, dans les rapports des deux États, l'observation de telle ou telle règle du droit des gens \*. Elle est limitée par les expériences de l'humanité et les règles de la bonne foi, applicables dans les rapports d'État à État. Elle serait illégale si un acte préalable contraire au droit des gens n'en avait fourni le motif<sup>583</sup>.

La décision relève ensuite que les opinions doctrinales sont partagées sur le point de savoir s'il est ou non nécessaire que les représailles soient proportionnées à l'offense. Ces remarques faites, le tribunal passe à l'examen du cas d'espèce et constate finalement :

La première condition — *sine qua non* — du droit d'exercer des représailles est un motif fourni par un acte préalable contraire au droit des gens. Cette condition — dont la thèse allemande reconnaît la nécessité — manque, ce qui suffirait pour faire écarter le moyen invoqué par le Gouvernement allemand<sup>584</sup>.

Le tribunal estime cependant nécessaire d'ajouter que, même en admettant que le comportement des autorités portugaises eût été internationalement illicite, l'action allemande de représailles serait restée illicite, car elle n'avait pas été précédée d'une sommation restée infructueuse et, de surcroît, elle était hors de proportion avec la prétendue offense subie. Mais, avec cela, le tribunal montre clairement que, à son avis, si la double exigence de la sommation préalable et de la proportionnalité entre offense et contre-mesure avait été respectée, l'illicéité de l'action allemande à l'encontre d'une éventuelle infraction internationale de la part du Portugal aurait été exclue.

8) Dans la seconde décision, rendue le 30 juin 1930 et relative à 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 (affaire « Cysne »)* le tribunal s'exprime ainsi :

En ce qui concerne la théorie des représailles, les arbitres se réfèrent à la sentence du 31 juillet 1928, où la question est traitée en détail. Comme le soutient le défendeur, un acte contraire au droit international peut se justifier, à titre de représailles, si un acte semblable en avait fourni le motif \*. Le Gouvernement allemand pouvait donc, sans violer les règles du droit des gens, répondre

aux adjonctions alliées contraires à l'article 28 D.L. [art. 28 de la Déclaration de Londres (v. ci-après par. 19)] par une adjonction contraire à l'article 23<sup>585</sup>.

Le tribunal met donc en évidence qu'à son avis une action exécutée par un gouvernement à titre de contre-mesure pour une infraction internationale subie est de ce fait à considérer comme licite, tout en étant en elle-même « contraire au droit des gens ».

9) Quant à la pratique des États, les prises de position d'organes officiels font ressortir, explicitement ou implicitement, la conviction de la licéité internationale d'un comportement non conforme au contenu d'une obligation internationale, adopté dans certaines conditions par un État à l'encontre d'un autre État ayant précédemment enfreint à son égard une obligation internationale. Particulièrement révélatrices à ce sujet sont les réponses des États au point XI (Cas dans lesquels l'État est fondé à décliner sa responsabilité) de la demande d'informations reçue du Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930 qui, *inter alia*, envisageait le cas suivant :

Quelles sont les conditions qui doivent être remplies dans le cas où l'État prétend avoir agi dans des circonstances qui justifiaient une politique de représailles<sup>586</sup> ?

A elle seule, la formulation de cette demande sous-entendait l'existence de cas où une « politique de représailles » serait illicite, et aucun des gouvernements qui répondirent ne mit ce point en discussion. Dans leurs réponses, les gouvernements se bornèrent à indiquer dans quels cas et à quelles conditions, à leur avis, des représailles étaient internationalement licites<sup>587</sup>. Ce faisant, ils reconnaissaient implicitement le principe autorisant dans une série de cas l'État à réagir, à titre de contre-mesure légitime, à un fait internationalement illicite commis par un État, par un comportement qui, sans cette circonstance, serait à son tour à qualifier d'illicite et engagerait une responsabilité internationale. Sur la base des réponses reçues, le Comité préparatoire dressa, à l'intention de la Conférence, la « base de discussion » suivante :

La responsabilité de l'État, en raison d'un dommage causé à un étranger, n'est pas engagée si l'État établit que son acte a été pris dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de représailles contre l'État auquel appartient cet étranger<sup>588</sup>. (Base de discussion n° 25.)

10) Après la seconde guerre mondiale et à la suite de l'affirmation définitive, en tant que principe fondamental du droit international contemporain, de l'interdiction du recours à la force, l'*opinio juris* des États en matière de légitimité des représailles a marqué l'aboutissement d'une évolution progressivement reconnaissable en rapport avec les étapes successives de l'acceptation dudit principe fon-

<sup>585</sup> *Ibid.*, p. 1056.

<sup>586</sup> SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 128.

<sup>587</sup> *Ibid.*, p. 128 et suiv., et SDN, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence, Supplément au tome III* [C.75(a).M.69(a).1929.V], p. 4 et 22.

<sup>588</sup> SDN, *Bases de discussion...* (*op. cit.*), p. 130. La Conférence se termina avant d'avoir eu la possibilité de discuter une série de bases, dont la base de discussion n° 25.

<sup>583</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (*op. cit.*), p. 1025 et 1026.

<sup>584</sup> *Ibid.*, p. 1027.

damental<sup>589</sup>. Cette *opinio* s'est ainsi indubitablement faite beaucoup plus restrictive<sup>590</sup>. A l'ONU, on discuta à maintes occasions de la légitimité internationale de certaines actions exécutées à titre de représailles, précisément quand ces actions impliquaient, en l'espèce, l'emploi de la force armée<sup>591</sup>. L'évolution de la conviction juridique

<sup>589</sup> Une première restriction de la légitimité du recours à des représailles armées fut introduite par l'article 1<sup>er</sup> de la Convention (II) de La Haye de 1907 concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles. Ensuite, le recours à des représailles armées apparut comme implicitement subordonné à l'épuisement préalable des procédures de règlement pacifique prévues par de nombreux traités bilatéraux (Traité Bryan entre les États-Unis d'Amérique et divers pays de l'Amérique latine, autres traités du même genre) ou multilatéraux (Pacte de Locarno de 1925, etc.). La question de la légitimité des représailles armées fut posée en relation avec l'interdiction partielle de la guerre prévue par le Pacte de la Société des Nations, notamment lors du bombardement et de l'occupation de Corfou, en 1923, par l'Italie, après le massacre de la mission Tellini à Jamina, mais resta pratiquement ouverte malgré certaines prises de position en faveur de l'interdiction du recours à cette forme de représailles. La discussion fut reprise à l'occasion, en 1928, du Pacte Briand-Kellogg et de la mise hors la loi de la guerre d'agression. Une telle évolution a été prônée également par certains milieux scientifiques tel que l'Institut de droit international. En effet, l'article 4 de la résolution relative au « Régime des représailles en temps de paix » approuvée en 1934 par l'Institut de droit international disposait :

« Les représailles armées sont interdites dans les mêmes conditions que le recours à la guerre. » (*Annuaire de l'Institut de droit international, 1934*, Bruxelles, vol. 38, 2<sup>e</sup> partie, p. 709.)

<sup>590</sup> Dans la jurisprudence internationale, on trouve une des premières manifestations de cette nouvelle attitude dans l'arrêt de la CIJ du 9 avril 1949 en l'Affaire du détroit de Corfou (fond). A cette occasion, la Cour nia la licéité de l'opération de déminage — définie « Operation Retail » — exécutée les 12 et 13 novembre 1946 par la marine britannique dans les eaux territoriales albanaises. La Cour y vit une « manifestation d'une politique de force, politique qui, dans le passé, a donné lieu aux abus les plus graves et qui ne saurait, quelles que soient les déficiences présentes de l'organisation internationale, trouver aucune place dans le droit international », ceci en dépit de la reconnaissance de sa part que l'Albanie avait manqué à son devoir de procéder elle-même à ce déminage après les explosions du 22 octobre 1946, qui avaient causé de graves dommages et pertes humaines à deux navires de guerre britanniques (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 35).

<sup>591</sup> Voir notamment la résolution 188 (1964) du Conseil de sécurité, en date du 9 avril 1964, dans laquelle le Conseil indique en termes généraux qu'il

« Condamne les représailles comme étant incompatibles avec les buts et les principes des Nations Unies. »

Le terme « représailles » se réfère, dans ce texte, aux représailles armées.

Pour une liste des cas pertinents examinés et des décisions prises par le Conseil de sécurité, voir D. Bowett, « Reprisals involving recourse to armed force », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 66, n° 1 (janvier 1972), p. 33 et suiv.

L'incompatibilité des représailles impliquant l'emploi de la force armée a été soutenue par presque tous les auteurs qui ont traité cette question. Voir I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 281, et les références données par lui. Ce n'est que récemment que ce principe a été remis en discussion, à la suite des difficultés rencontrées par le Conseil de sécurité dans l'action que la Charte lui a réservée. Voir, à ce sujet, le débat qui a eu lieu en 1969-1972 dans l'*American Journal of International Law*, et notamment les articles de R. A. Falk, « The Beirut raid and international law of retaliation », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 63, n° 3 (juillet 1969), p. 415 et suiv.; Y. Blum, « The Beirut raid and the international double standard. A reply to professor Richard A. Falk », *ibid.*, vol. 64, n° 1 (janvier 1970), p. 73 et suiv.; D. Bowett, *loc. cit.*, p. 1 et suiv.; R. W. Tucker, « Reprisals and self-

des États en la matière se trouva formellement cristallisée dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies<sup>592</sup>, où il est proclamé (principe 1) que « Les États ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force ». Un État victime d'une violation d'une obligation internationale à son égard ne peut donc plus légitimement réagir en employant des représailles armées contre l'État auteur de la violation, car le droit international interdit désormais aux États d'exercer eux-mêmes individuellement des représailles impliquant l'emploi de la force armée contre d'autres États<sup>593</sup>.

11) Toutefois, la légitimité des formes de représailles autres que les représailles armées, en tant que mesures applicables à l'encontre d'États auteurs d'infractions internationales, n'a nullement été niée par les représentants des gouvernements qui ont participé à l'élaboration de la déclaration ci-dessus mentionnée. Elle a au contraire été explicitement ou implicitement reconnue par des représentants de gouvernements<sup>594</sup>. Ces prises de position confirment donc que, les conditions requises se trouvant réunies<sup>595</sup>, rien ne s'oppose à ce que l'État victime d'un fait internationalement illicite réagisse à l'encontre de l'État auteur de ce fait par une mesure consistant en l'application de représailles non armées. Mais, par le fait de ne pas comporter l'emploi de la force armée, cette mesure n'en constitue pas moins un agissement non conforme à ce qui serait requis par une obligation internationale envers l'État contre lequel elle est dirigée<sup>596</sup>. En pareil cas, donc, la circonstance que la mesure en question a été adoptée en tant que réaction légitime de la part de l'État victime d'une infraction internationale à l'encontre de l'État qui a préalablement commis cette infraction exclut l'illicéité qu'une telle mesure pourrait autrement comporter.

12) Il faut par ailleurs relever que l'ancien monopole de l'État directement lésé par le fait internationalement

defence : the customary law », *American Journal of International Law*, vol. 66, n° 3 (juillet 1972), p. 587. Même les auteurs qui estiment justifié l'emploi de la force dans les cas examinés inclinent cependant à fonder cette justification sur des notions autres que celle des représailles.

<sup>592</sup> Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970, annexe.

<sup>593</sup> Le fait que les représailles armées sont exclues du droit international contemporain ne porte évidemment pas atteinte au droit indénié et collectif de légitime défense prévu à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies.

<sup>594</sup> Voir p. ex. l'intervention du 13 décembre 1968 faite par le représentant des Pays-Bas à la Sixième Commission de l'Assemblée générale (*Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Sixième Commission, 1095<sup>e</sup> séance*, par. 9).

<sup>595</sup> A savoir que l'infraction à laquelle l'action de représailles entend répondre ne soit pas de celles qui ne comportent d'autre conséquence que la naissance du droit du lésé d'obtenir une réparation, que, si tel est le cas, le lésé ait préalablement essayé d'obtenir réparation, et que, en tout état de cause, la proportionnalité entre réaction et offense ait été respectée. On peut y ajouter la condition de l'inexistence entre les parties de procédures préalablement prévues de règlement pacifique.

<sup>596</sup> S'il en était autrement, on se trouverait en présence plutôt de simples mesures de rétorsion que de représailles proprement dites.

illicite d'un autre État, en ce qui concerne la faculté de recourir à l'encontre de ce dernier à des mesures de réaction consistant dans des agissements autrement illégitimes, n'est plus rigoureux dans le droit international contemporain. L'affirmation progressive en droit international contemporain du principe que certaines obligations, définies *erga omnes*, ont une portée telle que la violation de l'une d'elles est à considérer comme une infraction commise envers tous les membres de la communauté internationale et non pas seulement envers l'État ou les États directement affectés par cette violation a amené la communauté internationale à s'orienter vers un système qui réserve à des institutions internationales autres que les États la tâche préalable de déterminer l'existence d'une infraction à ces obligations d'importance essentielle pour la communauté internationale tout entière et, par la suite, de décider des mesures à prendre et de leur exécution.

13) La Charte des Nations Unies réserve les tâches indiquées ci-dessus aux organes compétents de l'Organisation. Ces organes peuvent, dans certaines circonstances, non seulement autoriser, mais véritablement charger, un État Membre autre que celui qui est la victime directe d'une certaine infraction internationale ainsi qu'une série d'États Membres<sup>597</sup>, sinon parfois la totalité de ceux-ci, d'appliquer certaines mesures de sanction, y compris des mesures impliquant l'emploi de la force armée, à l'encontre de l'État ayant commis une infraction d'un contenu et d'une gravité déterminés. Bien entendu, il faut éviter de se laisser induire en erreur par la terminologie. L'emploi du mot « sanction » dans le langage de l'ONU, comme déjà dans celui de la SDN, ne désigne pas exclusivement des agissements qui lèsent ce qui, dans d'autres conditions, serait un véritable droit de l'État sujet passif des sanctions en question, donc un droit à respecter. Ces sanctions peuvent, comme certaines de celles qui sont énumérées à l'Article 41 de la Charte des Nations Unies et de celles qui étaient auparavant prévues au paragraphe 1 de l'Article 16 du Pacte de la Société des Nations, représenter des mesures sans doute défavorables pour les intérêts de l'État qui en serait l'objet, sans toutefois impliquer nécessairement et en toute hypothèse qu'il y aurait défaut de conformité, à l'encontre de cet État, aux exigences d'une obligation internationale — même s'il en est souvent ainsi.

14) Par exemple, l'interruption par un État des relations économiques avec un autre État avec lequel le premier est lié par un traité de collaboration économique ou de commerce, en réponse à une décision prise par une instance internationale comme l'ONU, est un fait qui, dans d'autres conditions, serait vraisemblablement entaché d'illicéité internationale. Il en serait de même pour l'interruption des communications ferroviaires, maritimes ou aériennes régies par l'un des multiples accords de coopération dans ces domaines, ou encore pour des mesures telles que l'embargo sur la fourniture d'armes ou d'autres

matériaux prévue par un traité, etc.<sup>598</sup>. Or, dans les cas mentionnés, et dans d'autres que l'on pourrait envisager, l'exclusion de toute illicéité des mesures de sanction qui seraient prises en conformité avec les dispositions de la Charte ne saurait faire de doute dans le système juridique des Nations Unies, et cela en dépit de leur contradiction éventuelle avec d'autres engagements conventionnels existant à la charge de l'État qui les appliquerait<sup>599</sup>. En fait, cette conclusion n'a jamais été contestée. Elle se justifie pleinement parce que, en vertu des règles fixées dans la Charte, ces mesures sont prévues à titre de sanction « légitime » à l'encontre d'un État reconnu, dans le même système, coupable de certains agissements illicites déterminés<sup>600</sup>. Une telle conclusion semble s'imposer, d'ailleurs, aussi bien dans les cas où la décision de l'Organisation autorisant l'application d'une mesure de sanction, valablement prise, est obligatoire pour les États membres que dans les cas où l'adoption de ces mesures est simplement recommandée.

15) Les auteurs d'ouvrages scientifiques sont pratiquement unanimes pour reconnaître que le comportement d'un État ne doit pas être considéré comme entaché d'illicéité s'il a été adopté dans l'exercice légitime d'une mesure de réaction envers un autre État à la suite d'un fait internationalement illicite commis par ce dernier, en dépit du fait que le même comportement, vu en dehors de la circonstance particulière ayant présidé à son adoption, serait à considérer comme non conforme aux exigences d'une obligation internationale en vigueur entre les États et, de ce fait, comme illicite. Plusieurs internationalistes, en traitant des circonstances excluant l'illicéité, mentionnent

<sup>598</sup> Les exemples offerts par les sanctions décrétées en 1935 par la SDN à l'encontre de l'Italie lors de son action contre l'Éthiopie et en 1977 par l'ONU à l'encontre de l'Afrique du Sud pour sa politique d'*apartheid* ne sont que trop connus. En ce qui concerne les sanctions contre l'Italie, le Sous-Comité juridique du Conseil de la SDN releva que les traités d'amitié et de non-agression existant entre l'Italie et d'autres États Membres de la Société, de même que les clauses de la nation la plus favorisée, devaient être interprétés comme subordonnés aux Articles 16 et 20 du Pacte.

<sup>599</sup> Les choses pourraient se présenter autrement sous certains aspects, dans le cas où le sujet passif des mesures de sanction serait un État non membre. Mais, même dans une telle hypothèse, il semble incontestable qu'en vertu de l'Article 103 de la Charte l'État Membre sujet actif des mesures de sanction ne pourrait pas invoquer, comme empêchement à son action, un traité le liant à l'État non membre sujet passif de ces sanctions.

<sup>600</sup> Il n'est nullement exclu que l'Organisation elle-même puisse, comme telle, se trouver dans la situation d'agir, dans l'application directe d'une sanction à l'encontre d'un État, d'une manière non conforme à ce qui serait requis par une obligation la liant à ce dernier. Sans recourir nécessairement à l'hypothèse, en quelque sorte extrême, d'une action commise dans l'exercice d'une sanction — pourtant légitime dans ce cas — qui comporterait l'emploi de contingents armés dépendant directement de l'ONU, cette organisation ou l'OIT, ou une autre encore, peuvent priver de l'assistance financière ou technique qu'elle se serait engagée à fournir par voie d'accord un État ayant commis une violation grave et persistante d'une obligation envers l'organisation elle-même. Il ne semble pas que, dans les circonstances indiquées, l'exclusion de l'illicéité de ces mesures puisse être mise en doute. La question dépasse, cependant, les limites du présent projet d'articles, consacré exclusivement aux faits internationaux illicites commis par des États et à la responsabilité découlant de ces faits.

<sup>597</sup> Soit directement, soit en utilisant les organismes régionaux dont il est question à l'Article 53 de la Charte.

l'exercice d'une sanction <sup>601</sup>, d'autres la sanction ou la réaction à un fait internationalement illicite précédent <sup>602</sup>, d'autres encore — plus nombreux — l'exercice légitime de représailles <sup>603</sup> ou, plus généralement, de mesures d'autotutelle <sup>604</sup>. La licéité des comportements adoptés à titre de sanction est, à plus forte raison, soutenue par les auteurs d'après lesquels il n'y aurait même pas lieu de parler d'une circonstance excluant *exceptionnellement* l'illicéité du fait de l'État <sup>605</sup>. Finalement, la licéité des comportements pris en considération au présent article est implicitement admise par les auteurs qui, sans traiter expressément du problème, reconnaissent, à propos des conséquences du fait internationalement illicite, la faculté, sinon parfois le devoir, d'adopter un comportement différent de celui qui serait requis par une obligation internationale, et cela soit en parlant de manière plus générale de sanctions <sup>606</sup>, soit en parlant de réactions à un fait internationalement illicite par voie de représailles et d'autres mesures coercitives <sup>607</sup>.

<sup>601</sup> Voir p. ex. H. Kelsen, *loc. cit.*, p. 561, et *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952, p. 23; Ago, « Le délit international » (*loc. cit.*), p. 536 et suiv.; E. Zellweger, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates für die Presse*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1949, p. 37 et 38; Morelli, *op. cit.*, p. 352; R. Monaco, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2<sup>e</sup> éd., Turin, Unione tipografico-editrice torinese, 1971, p. 574.

<sup>602</sup> Voir p. ex. Scerni, *loc. cit.*, p. 476, et Sereni, *Diritto internazionale (op. cit.)*, p. 1524 et 1554.

<sup>603</sup> Voir, entre autres, de Visscher, *loc. cit.*, p. 107, 109 et suiv.; W. van Hille, « Étude sur la responsabilité internationale de l'État », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3<sup>e</sup> série, t. X, n<sup>o</sup> 3, 1929, p. 566; Spiropoulos, *op. cit.*, p. 286; J. Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours...*, 1936-IV, Paris, Sirey, 1937, t. 58, p. 550; A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1936, t. III, p. 526; Verdross, *Völkerrecht (op. cit.)*, p. 411; Ross, *op. cit.*, p. 243, 245 et suiv.; R. Redslob, *Traité de droit des gens*, Paris, Sirey, 1950, p. 242, 252; M. Sørensen, « Principes de droit international public », *Recueil des cours...*, 1960-III, Leyde, Sijthoff, 1961, t. 101, p. 218; Schüle, *loc. cit.*, *Wörterbuch...*, t. III, p. 84 et 85; Dahm, *op. cit.*, p. 213; von Münch, *op. cit.*, p. 142 et suiv.; W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1964, t. I, p. 404; Ténékidès, *loc. cit.*, p. 785 et 786; N. A. Maryan Green, *International Law, Law of Peace*, Londres, Macdonald and Evans, 1973, p. 259; Favre, *op. cit.*, p. 643; Schlochauer, *loc. cit.*, p. 273 et suiv.; H. Thierry et al., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1975, p. 658.

<sup>604</sup> Voir p. ex. D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, 4<sup>e</sup> éd. : S.I.O.I., *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. I, Padoue, CEDAM, 1955, p. 419 et suiv., et Quadri, *op. cit.*, p. 264 et suiv., et 584. Naturellement, l'autotutelle en tant que circonstance excluant l'illicéité ne présente ici d'intérêt que dans la mesure où elle est la réaction à un fait internationalement illicite.

<sup>605</sup> Voir ci-dessus par. 10 du commentaire d'introduction au chapitre V et note 555.

<sup>606</sup> P. ex. Institut d'État du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *Kours mejdounarodnogo prava*, rédaction générale par F. I. Kojevnikov et al., Moscou, Naouka, 1969, t. V, p. 434 et suiv.; L. A. Modjorian, « Otvetsvennost v sovremennom mejdounarodnom pravo », *Soviet Yearbook of International Law*, 1970, Moscou, Naouka, 1972, p. 143 et suiv.

<sup>607</sup> P. ex. L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8<sup>e</sup> éd., revue par H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. II, p. 135 et suiv.; Y. de la Brière, « Évolution de la théorie et de la pratique en matière de représailles », *Recueil des cours...*, 1928-II, Paris, Hachette, 1929, t. 22, p. 241 et suiv.; E. [Speyer] Colbert, *Retaliation in International Law*, New York, King's Crown Press, 1948, p. 60 et suiv.; Ch. G. Fenwick, *International Law*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Appleton-Century-Crofts, 1965, p. 636 et 637; Balladore Pallieri, *op. cit.*, p. 249 et 250; Cheng, *op. cit.*, p. 97 et

16) La pratique des États, la jurisprudence internationale et la doctrine fournissent donc la ratification la plus indiscutable de la proposition énonçant l'exclusion de l'illicéité internationale du comportement adopté par un État si ce comportement, tout en n'étant pas conforme aux exigences d'une obligation liant cet État à un autre État, se justifie en tant qu'application d'une mesure de réaction légitime à un fait internationalement illicite commis par ce dernier. Il n'y a pas de doute, de l'avis de la Commission, que dans une telle hypothèse l'existence du fait internationalement illicite préalablement commis par l'État sujet passif de telles mesures exclut l'illicéité de la réaction légitime mise à exécution à son encontre.

17) Cela dit, la question se pose encore de savoir ce qui se passe si, dans l'application de contre-mesures légitimes à l'encontre d'un État qui a préalablement commis un fait internationalement illicite à l'égard d'un autre État, ces contre-mesures ont l'effet de léser les droits d'un État tiers vis-à-vis duquel l'application d'une mesure de ce genre ne se justifie nullement. Une telle hypothèse est loin d'être théorique. Il arrive assez fréquemment dans les relations internationales que l'action de l'État qui agit dans l'application d'une contre-mesure légitime à l'encontre d'un autre État, tout en ne visant directement que ce dernier, cause quand même à cette occasion un tort à un État tiers. Dans des situations de ce genre, l'État ayant agi invoque parfois à titre de justification à l'égard de l'État tiers indûment affecté dans ses droits le fait qu'il aurait été difficile, voire matériellement impossible, dans le cas concret, d'infliger la mesure de réaction ou de sanction qu'il fallait infliger à l'État auteur du fait internationalement illicite, sans causer en même temps à l'État tiers le tort en question. On a fait valoir, par exemple, qu'au cours d'un bombardement de représailles d'une ville ou d'un port d'un État agresseur il n'était pas toujours possible d'éviter que la personne ou les biens d'étrangers fussent atteints. On a également fait valoir que les avions de l'État auxquels l'exécution de la mesure de sanction était confiée pouvaient se trouver pratiquement forcés, en l'occurrence, de traverser l'espace aérien d'un État tiers en violation de sa souveraineté pour atteindre, sur le territoire de l'État sujet passif de la mesure de sanction, les objectifs prévus pour l'application de l'action répressive. Il va sans dire que ces cas de lésion, pour ainsi dire indirecte, d'un droit d'un État tiers peuvent tout aussi bien se produire à l'occasion de cas d'application de

98; J.-Cl. Venezia, « La notion de représailles en droit international public », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XXXI, n<sup>o</sup> 1 (janv.-mars 1960), p. 471 et suiv.; K. J. Partsch, « Repressalie », *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, de Gruyter, 1962, t. III, p. 103; C. Cepelka, *Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain*, Prague, Universita Karlova, 1965, p. 42 et suiv., 61 et 62; M. B. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, Londres, Allen and Unwin, 1970, p. 14 et 15; F. Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, Leyde, Sijthoff, 1971, p. 20 et suiv., 22 et suiv. Même ceux de ces auteurs qui excluent la légitimité du recours aux représailles armées reconnaissent la licéité des représailles n'impliquant pas l'emploi de la force.

Pour ce qui est des projets de codification élaborés par la doctrine, v. art. 7 à 10 du projet de convention sur la responsabilité internationale établi par B. Graefrath et P. A. Steiniger « Kodifikation völkerrechtlicher Verantwortlichkeit », *Neue Justiz*, Berlin, 1973, n<sup>o</sup> 8, p. 227 et 228.

contre-mesures n'impliquant nullement l'emploi de la force armée. Il y a d'autres cas, de surcroît, où l'action par laquelle des représailles exercées contre l'État coupable d'une infraction telle que celle qui est décrite ci-dessus a été en fait une action immédiatement et volontairement dirigée contre un État tiers innocent.

18) Il convient donc de préciser que l'exercice légitime d'une mesure de sanction à l'égard d'un État déterminé ne peut en aucun cas constituer comme tel une circonstance excluant l'illicéité d'une atteinte portée à un droit subjectif international d'un État tiers à l'égard duquel aucune mesure de sanction ne se justifiait. La jurisprudence internationale a eu l'occasion d'affirmer expressément ce principe d'une manière claire et précise dans la décision déjà citée du tribunal arbitral Portugal/Allemagne relative à l'Affaire « Cysne »<sup>608</sup>.

19) Prétextant des violations par la Grande-Bretagne d'obligations internationales consignées dans la « Déclaration relative au droit de la guerre maritime », signée à Londres le 26 février 1909 [dite « Déclaration de Londres » (« D.L. »)], l'Allemagne avait unilatéralement ajouté à la liste des objets à comprendre sous la rubrique « contrebande absolue » des articles qui, d'après l'article 23 de la Déclaration, ne pouvaient pas être ajoutés à cette liste, n'étant pas « exclusivement \* employés à la guerre ». Sur quoi l'Allemagne avait détruit le navire portugais *Cysne*, qui transportait, de tels articles. Dans sa décision du 30 juin 1930, le tribunal arbitral Portugal/Allemagne, après avoir admis avec l'Allemagne qu'« un acte contraire au droit international peut se justifier, à titre de représailles, si un acte semblable en avait fourni le motif », continuait ainsi :

Mais la thèse allemande, jusqu'ici fondée, néglige une question essentielle, qui se pose dans les termes suivants : *La mesure que le Gouvernement allemand était en droit de prendre, à titre de représailles, vis-à-vis de l'Angleterre et de ses alliés pouvait-elle être appliquée aux navires neutres, et en particulier aux navires portugais ?*

La négative doit être admise, conformément à la doctrine allemande elle-même. Cette solution est la conséquence logique de la règle suivant laquelle les représailles, consistant en un acte en principe contraire au droit des gens, ne peuvent se justifier qu'autant qu'elles ont été provoquées par un autre acte également contraire à ce droit. *Les représailles ne sont admissibles que contre l'État provocateur.* Il se peut, il est vrai, que des représailles légitimes, exercées contre un État offensé, 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. Au contraire, les mesures prises par l'État allemand, en 1915, vis-à-vis des navires de commerce neutres se dirigeaient directement et volontairement contre des ressortissants d'États innocents des violations de la D. L. imputées à l'Angleterre et à ses alliés. Elles constituaient dès lors, pour autant qu'elles n'étaient pas conformes à la D. L., des actes contraires au droit des gens, hors le cas où l'un de ces États neutres aurait commis, envers l'Allemagne, un acte contraire au droit des gens pouvant lui attirer des représailles. Aucun acte semblable n'est établi à la charge du Portugal, et la thèse allemande se borne à invoquer les actes commis par l'Angleterre et ses alliés. Il faut donc admettre que, faute de toute provocation portugaise justifiant des représailles, l'État allemand n'était pas en droit de violer l'article 23 D. L. vis-à-vis des ressortissants

portugais. Il était ainsi contraire au droit des gens de considérer la cargaison du *Cysne* comme contrebande absolue<sup>609</sup>.

Les prises de position doctrinales confirment d'ailleurs le bien-fondé du principe énoncé dans cette décision<sup>610</sup>.

20) Compte tenu des considérations qui précèdent, la Commission a rédigé l'article 30 de la façon suivante :

L'illicéité d'un fait d'un État non conforme à une obligation de ce dernier envers un autre État est exclue si ce fait constitue une mesure légitime d'après le droit international à l'encontre de cet autre État, à la suite d'un fait internationalement illicite de ce dernier État.

Ce libellé, ainsi que le titre même de l'article (« Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite »), met bien en évidence que ce que la Commission a ici clairement en vue est un « fait d'un État » : a) qui fait « suite » à « un fait internationalement illicite » commis par un autre État ; et b) qui « constitue une mesure légitime d'après le droit international à l'encontre de cet autre État ». Les membres de phrase en question précisent les conditions qui semblent s'imposer dans une règle générale en la matière. Là où ces conditions sont remplies, la règle prévoit l'exclusion de l'illicéité du fait dont il s'agit au cas où il serait « non conforme à une obligation » dudit État envers l'État auteur du fait internationalement illicite préalable.

21) Le terme « contre-mesures » qui figure dans le titre de l'article et le terme « mesure » employé dans son texte ont été préférés à d'autres, et notamment au terme « sanction », afin d'éviter tout malentendu, vu les deux hypothèses distinctes globalement envisagées par la règle que l'article énonce, à savoir : a) l'hypothèse dans laquelle le « fait d'un État » constitue une mesure de réaction appliquée directement et de manière autonome par l'État lésé à l'encontre de l'État qui a commis un fait internationalement illicite à son égard ; et b) l'hypothèse dans laquelle le « fait d'un État » s'analyse comme une mesure de réaction appliquée sur la base d'une décision prise par une organisation internationale compétente et ayant confié l'application de cette mesure à l'État lésé lui-même ou à un autre État, ou à plusieurs États, ou encore à tous les États membres de l'organisation. Ce faisant, la Commission a tenu compte de la tendance qui se manifeste dans le droit international contemporain à réserver le terme « sanction » aux mesures de réaction appliquées en vertu d'une décision prise par une organisation internationale à la suite d'une violation d'une obligation internationale ayant de graves conséquences pour l'ensemble de la communauté internationale, et notamment pour certaines mesures que l'ONU est autorisée à adopter, dans le cadre du système prévu par la Charte, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

<sup>608</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (*op. cit.*), p. 1056 et 1057.

<sup>610</sup> Voir notamment Strupp, *loc. cit.*, p. 188 et 189 et les auteurs cités par lui ; J. Hatschek, *Völkerrecht*, Leipzig, Scholl, 1923, p. 405 et suiv. ; Cheng, *op. cit.*, p. 98 ; J. Stone, *Legal Controls of International Conflict*, Londres, Stevens, 1959, p. 290 ; Venezia, *loc. cit.*, p. 495 et suiv. ; Partsch, *loc. cit.*, p. 104 ; Schlochauer, *loc. cit.*, p. 273 et 274. Voir aussi art. 6, par. 3, de la résolution adoptée en 1934 par l'Institut de droit international (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1934 [*op. cit.*], p. 710).

<sup>609</sup> Voir ci-dessus par. 8 du présent commentaire.

22) Comme on vient de le voir, les termes « contre-mesures » et « mesure », employés dans le présent article, se réfèrent donc aussi bien aux agissements qu'un État adopte dans le cadre des sanctions décrétées par une organisation internationale compétente sur la base de son système statutaire qu'aux agissements qu'un État est autorisé à adopter, en vertu du droit international général, à titre de réaction à un fait internationalement illicite commis à son égard par un autre État. Dans l'un des cas comme dans l'autre, ainsi que l'article le dit, les mesures en question doivent constituer « une mesure légitime d'après le droit international » à l'encontre de l'État qui a préalablement commis le fait internationalement illicite. Le mot « constitue » a été précisément retenu afin de souligner que la légitimité de la mesure doit être établie objectivement par référence au droit international. Il existe, en effet, comme il a été indiqué dans d'autres paragraphes du présent commentaire, toute une série de faits internationalement illicites qui, d'après le droit international, ne justifient pas le recours — le recours immédiat, du moins — à des mesures de répression ou d'exécution, mais donnent seulement le droit de demander la réparation des préjudices subis. Dans un cas de ce genre, l'État lésé ne peut normalement recourir à l'application de contre-mesures ayant le caractère indiqué que si la réparation lui a été indûment refusée, et, s'il le fait avant d'avoir essayé, sans résultat, d'obtenir réparation, il ne peut pas prétendre qualifier subjectivement de mesures « légitimes » les agissements dont il se prévaut. Il est aussi à relever que les formes que les « contre-mesures » en question peuvent légitimement adopter en droit international varient également, on l'a vu, en fonction des caractéristiques du fait internationalement illicite auquel elles constituent la réaction. Les conditions auxquelles sont assujetties les diverses formes de réaction admises par le droit international ne sont pas non plus nécessairement les mêmes dans toutes les hypothèses. Par exemple, la condition de la présentation préalable d'une demande en réparation et même le principe dit de la proportionnalité entre l'infraction à laquelle on réagit et la réaction elle-même ne jouent pas le même rôle dans le cas de représailles et dans le cas de sanctions adoptées collectivement au sein d'une organisation internationale compétente.

23) Il n'appartient cependant pas au présent article de définir les diverses formes que les mesures de réaction ou de sanction auxquelles il se réfère peuvent revêtir, ni de déterminer les conditions de leur exercice, ni encore de préciser quelles sont les hypothèses dans lesquelles l'une ou l'autre de ces formes sont applicables. La Commission se réserve d'entreprendre l'étude de ces questions dans le contexte de la deuxième partie du projet, relative au contenu, aux formes et aux degrés de la responsabilité internationale, c'est-à-dire quand elle aura à déterminer les différentes situations nouvelles engendrées par la pénétration de ces faits internationalement illicites à la définition desquels elle aura consacré la présente partie du projet. Pour énoncer la règle que l'article 30 entend définir, il suffit de présupposer que le droit international admet, dans certains cas et sous certaines conditions, l'adoption de contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite préalablement commis, et que ces contre-mesures peuvent constituer, dans l'espèce, un com-

portement non conforme à ce qui serait autrement requis par une obligation internationale.

24) Finalement, la Commission tient également à souligner que l'exclusion d'illicéité prévue par l'article 30 à l'égard de certains faits de l'État ne concerne que des faits commis à l'égard de l'État dont le fait internationalement illicite préalable justifie la « contre-mesure » en question. Le fait d'avoir agi dans l'exercice d'une telle contre-mesure ne peut en aucune manière exclure l'illicéité d'une lésion éventuellement causée à cette occasion à un État tiers, comme on l'a déjà expliqué<sup>611</sup>. Si l'illicéité de la lésion causée à l'État tiers est parfois et malgré tout à exclure, cette exclusion trouvera alors sa justification dans l'intervention d'autres circonstances appelées à jouer dans le cas concret.

<sup>611</sup> Voir ci-dessus par. 17 à 19 du présent commentaire.

Article 31

Force majeure et cas fortuit

1. L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si ce fait a été dû à une force irrésistible ou à un événement extérieur imprévu, en dehors de son contrôle, qui a rendu matériellement impossible à l'Etat d'agir conformément à cette obligation ou de se rendre compte que son comportement n'était pas conforme à cette obligation.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'Etat en question a contribué à la survenance de la situation d'impossibilité matérielle.

Commentaire <sup>+</sup>/

1) La « force majeure » et le « cas fortuit » sont des circonstances fréquemment invoquées dans la vie internationale comme causes d'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'Etat. Dans les ouvrages scientifiques aussi, une place de choix leur est souvent réservée dans le cadre de l'analyse de ces causes. Ce qui ne veut pas dire que les termes « force majeure » et « cas fortuit » soient toujours utilisés dans la même acception par les porte-parole des gouvernements, par les juges et arbitres internationaux et par les différents auteurs <sup>612</sup>. Cette pluralité d'acceptions ne manque pas d'engendrer une certaine confusion, qui est encore accrue par l'emploi, certaines fois, du terme « force majeure » comme synonyme d'« état de nécessité ». Avant de poser la question de la valeur et des conditions d'application des circonstances envisagées dans cet article du projet comme causes d'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'Etat, la Commission a donc estimé nécessaire de formuler au préalable quelques brèves considérations, afin de distinguer aussi clairement que possible lesdites circonstances, globalement prises, des autres circonstances qui font l'objet du présent chapitre, quitte à voir ensuite s'il conviendrait également de faire une distinction entre les deux notions de force majeure et de cas fortuit.

2) La distinction à faire entre force majeure et cas fortuit, d'une part, et les circonstances prévues par les articles 29 (Consentement) et 30 (Contre-mesures à l'égard d'un

---

Annuaire ... 1979, vol. II  
(deuxième partie), p. 135 à 148.

<sup>612</sup> Voir, à ce sujet, les renseignements fournis dans l'Étude du Secrétariat (v. ci-dessus note 485).

fait internationalement illicite), de l'autre, est aisée et ne pose en réalité pas de problème. L'exclusion de l'illicéité d'un fait commis par l'État dans de telles circonstances est motivée par la présence, en l'espèce, d'un comportement de l'État qui est l'objet du fait en question. Ce comportement consiste, soit dans l'expression d'un consentement à la commission par un autre État d'un fait autrement contraire à une obligation internationale de ce dernier, soit dans la perpétration préalable d'une infraction internationale légitimant à l'égard de son auteur l'application d'une mesure légitime de réaction. Une situation analogue à celle-ci se reproduit, d'ailleurs, lorsque la circonstance invoquée est celle dont on traitera à l'article 34 du présent chapitre, à savoir la légitime défense. Par contre, il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de force majeure ou de cas fortuit. L'État objet du fait commis dans de telles conditions n'est alors pas en cause : il n'a ni donné son consentement à la commission de ce fait, ni préalablement adopté un comportement constituant une infraction internationale. En tout cas, son comportement éventuel est sans pertinence pour la détermination de l'existence de la circonstance en question. Sous cet aspect, au contraire, la force majeure et le cas fortuit ont un point en commun avec deux autres circonstances : la « détresse » et l'« état de nécessité », dont la Commission traitera respectivement à l'article 32 et à l'article 33 du projet. Ce point en commun est précisément la non-pertinence du comportement préalable de l'État à l'encontre duquel a été commis le fait que l'on entend justifier en invoquant les circonstances qui font l'objet du présent article.

3) Il y a d'ailleurs aussi d'autres points communs entre « force majeure » et « cas fortuit », d'un côté, et « détresse », de l'autre, tout comme il y en a entre les premières de ces circonstances et l'« état de nécessité ». En utilisant chacun de ces termes, en effet, on se réfère toujours à une situation dans laquelle se trouve le sujet agissant et qui l'amène en quelque sorte *malgré lui* à agir d'une manière non conforme à ce qui serait requis de lui par une obligation internationale existant à sa charge. Mais la similarité s'arrête là. Quand, pour soutenir la non-illicéité d'un comportement non conforme à une obligation internationale, on invoque le fait que ce comportement a été adopté dans une situation de « détresse », on a généralement en vue des situations dans lesquelles la personne qui œuvre en l'occurrence en tant qu'organe de l'État agit en étant exposée à un péril extrêmement grave pour sa vie ou pour celle des personnes confiées à sa garde, et en n'ayant pas d'autre moyen d'échapper à ce péril que celui d'adopter un comportement non conforme à une obligation internationale de l'État dont elle est l'organe <sup>613</sup>. Dans ces conditions, l'organe de l'État dont il est question a certes un choix devant lui, même si ce choix est entre un comportement non conforme à une obligation internationale et un comportement conforme à cette obligation, mais comportant un sacrifice qu'il est peu raisonnable d'exiger de lui. En

<sup>613</sup> Tel est, par exemple, le cas du pilote d'un avion qui n'a pas d'autre moyen d'échapper à une catastrophe que celui d'atterrir à l'aéroport le plus proche en violant l'espace aérien d'un autre État, ou du capitaine d'un navire de guerre qui se trouve sur le point de couler s'il ne cherche pas refuge immédiat dans un port dont l'accès ne lui est pas autorisé, etc.

d'autres termes, il y a incontestablement une *part de volonté* dans la décision qu'il prend d'agir en contradiction avec les prescriptions du droit international. De même, et d'une manière encore bien plus évidente, si une action ou omission est commise en invoquant un *état de nécessité*, dans l'intention alléguée de sauver d'un danger grave et imminent l'existence même de l'État ou du moins certains de ses intérêts vitaux <sup>614</sup>, le caractère *volontaire* de cette action ou omission est non seulement indéniable, mais logiquement inhérent à l'excuse à laquelle on fait appel, et ceci quelle que soit la valeur à attribuer objectivement à une telle excuse. Lorsqu'on invoque l'état de nécessité, on est parfaitement conscient d'avoir choisi délibérément d'agir d'une manière non conforme à une obligation internationale.

4) Par contre, là où l'on invoque la force majeure ou le cas fortuit, on le fait généralement pour justifier des comportements *non volontaires*, ou tout au moins *non intentionnels*. Il est commun à toutes les hypothèses de force majeure ou de cas fortuit que l'État auquel il incombe de respecter une obligation internationale — ou, si l'on veut, l'organe dont le comportement constitue le fait de l'État — se trouve amené à agir de manière non conforme à cette obligation à cause d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu contre lesquels il n'a pas de recours et qui le mettent dans l'« impossibilité matérielle » soit d'agir en conformité avec l'obligation, soit même, parfois, de se rendre compte du fait qu'il adopte un comportement différent de celui que requiert l'obligation en question <sup>615</sup>. Ces aspects non volontaire ou non intentionnel du comportement attribuable à l'État adopté dans le cas d'espèce est donc apparu à la Commission comme le trait caractéristique commun des situations devant être comprises sous la dénomination commune de « force majeure » et « cas fortuit ».

5) Ayant par là mis en évidence le caractère qui, à son avis, différencie les circonstances faisant l'objet de l'article 31 de celles qui sont prévues par les autres articles du présent chapitre, la Commission s'est posé la question de savoir s'il y avait ou non lieu de préciser ultérieurement les traits distinctifs respectifs de chacune des deux situations prises individuellement, celle de « force majeure » et celle de « cas fortuit », et, le cas échéant, de prévoir

<sup>614</sup> Assurer, par exemple, la survie d'une partie de la population atteinte par un fléau naturel par la réquisition de moyens de transport ou de ravitaillement étrangers; éviter la banqueroute de l'État en différant le paiement d'une dette dudit État; éviter le déclenchement d'une guerre civile en se saisissant en territoire étranger de ceux qui s'appêtent à la provoquer; prévenir la pollution massive de ses côtes en coulant en haute mer un navire étranger répandant du pétrole, etc.

<sup>615</sup> Il n'y a rien de volontaire, par exemple, dans la situation où, en raison de tempête ou d'avarie, le pilote d'un avion d'État perd le contrôle de son appareil et se trouve amené, en dépit de tous ses efforts pour l'éviter, à pénétrer dans l'espace aérien d'un autre État, tout comme il n'y a rien d'intentionnel dans le comportement du même pilote qui, à la suite de troubles atmosphériques ayant complètement dérégulé les appareils de bord, se retrouve sans en avoir conscience au-dessus du territoire étranger. Il n'y a pas non plus d'élément volontaire ou intentionnel dans le fait qu'un État se trouve dans l'impossibilité de remettre à un autre État, en conformité avec les prévisions d'un traité, un bien déterminé, ce bien ayant été soudainement détruit par des causes naturelles ou autres en dehors de son contrôle.

pour chacune d'elles une disposition séparée. Elle a cependant dû constater qu'une distinction entre les deux situations ne ressort, d'une manière claire et définitive, ni de la pratique des États et de la jurisprudence internationale ni de la littérature juridique, que l'emploi des deux termes est loin d'être uniforme, et qu'au sein de la Commission même il y avait là-dessus des divergences de points de vue très marquées, liées en bonne partie à l'appartenance de ses membres à des systèmes juridiques différents et s'inspirant de critères différents. Un groupe de ces membres voyaient la distinction à faire entre une situation de « force majeure » et une situation de « cas fortuit » comme ayant essentiellement trait à la cause de la situation envisagée, cause représentée dans le premier cas par une « force » ou « contrainte » dont on soulignait le caractère « irrésistible », et dans le second par la survenance « imprévue » d'un « événement » déterminé. Dans ce même groupe, il y avait d'ailleurs des membres qui limitaient les hypothèses de « force majeure » ou de « force irrésistible » à des contraintes exercées par des facteurs naturels, et d'autres qui, par contre, incluaient dans ces hypothèses des contraintes dues à des facteurs humains. De son côté, un deuxième groupe de membres de la Commission mettaient l'accent sur l'effet respectif d'une situation décrite comme étant de « force majeure » et d'une autre décrite comme étant de « cas fortuit », effet représenté dans l'un des cas par une impossibilité matérielle d'agir autrement que de manière non conforme à une obligation internationale et dans l'autre par une impossibilité de se rendre compte du fait que le comportement adopté dans les circonstances n'était pas celui que l'obligation requerrait <sup>616</sup>.

6) A la réflexion, cependant, la Commission s'est convaincue qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre à ce sujet un débat purement théorique, et qu'il convenait de laisser la science juridique poursuivre l'analyse aux fins d'une distinction notionnelle des deux termes et de ne pas tenir compte à des fins purement normatives de la définition de la règle à adopter. La Commission a par conséquent décidé de ne pas consacrer aux hypothèses de la force majeure et du cas fortuit deux articles distincts, mais de prendre en considération ensemble les deux situations, si strictement apparentées, dans le cadre d'un article unique. Dans celui-ci se trouveront donc réunis aussi bien les deux cas d'« impossibilité matérielle » dans lesquels l'État peut se trouver placé que les deux types de causes susceptibles d'être à l'origine de ladite impossibilité. De l'avis de la Commission, c'est en effet cette « impossibilité matérielle », soit d'éviter d'agir d'une manière non conforme à une obligation internationale soit de se rendre compte

<sup>616</sup> Par conséquent, les uns comme les autres auraient été d'accord pour classer dans la « force majeure » une situation dans laquelle une « force irrésistible » mettrait l'État, ou celui qui agit pour l'État, dans l'impossibilité matérielle de se conformer à l'obligation internationale, et de ranger parmi les « cas fortuits » les situations dans lesquelles un événement aurait pour effet de les priver de la possibilité de se rendre compte du fait qu'ils se conduisent de manière non conforme à l'obligation. Mais la conclusion ne pouvait qu'être différente à propos de la qualification à donner, par exemple, à une situation d'impossibilité de se rendre compte de l'illicéité du comportement adopté engendrée par une « force irrésistible », ou d'une situation d'impossibilité matérielle d'agir en conformité avec une obligation internationale due à la survenance imprévue d'un événement extérieur.

que l'on agit d'une telle manière, qui est en réalité l'élément constitutif essentiel de la circonstance ainsi globalement définie, et a pour effet d'exclure l'illicéité d'un fait étatique commis dans de telles conditions, quel que soit leur agencement particulier. Ce faisant, la Commission n'a d'ailleurs fait que s'inspirer des critères qui prévalent, à cet effet, dans la pratique et dans la jurisprudence internationales.

7) Le « facteur » (« force irrésistible » ou « événement extérieur imprévu ») de l'une comme de l'autre des impossibilités matérielles dont il est question au présent article peut donc être dû à la nature, tels une catastrophe ou des fléaux naturels de toute espèce <sup>617</sup>, ou bien à l'action humaine, la perte de la souveraineté, ou tout simplement du contrôle, sur une portion du territoire étatique, par exemple <sup>618</sup>. Ce même facteur peut avoir pour effet de rendre définitivement impossible l'exécution de l'obligation internationale <sup>619</sup>, tout comme il peut ne le faire que temporairement <sup>620</sup>; il peut empêcher l'État de respecter une obligation de faire <sup>621</sup>, ou bien une obligation de ne pas faire <sup>622</sup>. En bref, toutes sortes de situations peuvent entrer en ligne de compte, mais elles ont toutes un aspect en commun : les organes étatiques sont mis, et non pas de leur fait, dans l'impossibilité matérielle soit d'adopter un comportement conforme à ce que requerrait une obligation internationale à la charge de leur État soit de se rendre compte que le comportement qu'ils adoptent n'a pas le caractère qui serait requis. C'est précisément par rapport à la présence dans toutes les situations en question de cet aspect commun que la Commission s'est posé la question de savoir si le fait étatique commis dans de telles conditions devait ou non être considéré comme réalisant une « violation » de l'obligation en question, autre-

<sup>617</sup> On a déjà cité l'exemple des troubles atmosphériques qui auraient pour effet de dérouter l'avion d'un État, contre toute volonté ou intention du pilote, vers l'espace aérien d'un autre État, ou celui d'un tremblement de terre qui détruirait des biens (une œuvre d'art, par exemple) qu'un État est tenu de remettre ou de restituer à un autre État. On peut ajouter le cas d'une inondation ou d'une sécheresse détruisant des produits à livrer à un État étranger aux termes d'un accord commercial, etc.

<sup>618</sup> Mettons que l'État se soit engagé à remettre à un autre État des produits à tirer du sol ou du sous-sol d'une région donnée, et que cette région passe ensuite sous la souveraineté d'un État tiers ou soit ravagée par des opérations menées par un État tiers, ou soit soustraite au contrôle de l'État par un mouvement insurrectionnel, etc.

<sup>619</sup> Ce serait le cas lors de la destruction totale d'un bien à remettre à un État déterminé ou de la perpétration d'une violation de la frontière, etc.

<sup>620</sup> Ce serait le cas si la destruction imprévue des moyens de transport à utiliser rendait temporairement impossible le transfert à un autre État de denrées données.

<sup>621</sup> C'est ce qui se passerait si un tremblement de terre détruisait des biens à remettre à un autre État, ou si une insurrection soustrayait au contrôle de l'État une portion de son territoire et l'empêchait ainsi d'y adopter les mesures requises de protection des agents ou des individus étrangers, etc.

<sup>622</sup> Il n'y a qu'à se référer à l'exemple déjà donné d'une avarie ou d'une tempête qui entraîne un avion d'État dans l'espace aérien étranger.

ment dit comme constituant un fait internationalement illicite, générateur de responsabilité <sup>623</sup>.

8) Étant passé à l'examen des positions prises en la matière dans la pratique des États, la Commission a relevé en premier lieu que les travaux préparatoires de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930) n'offrent pas, sur cette question, une contribution aussi abondante que celle qui a pu être relevée sur d'autres points. Cela est dû au fait que la demande d'informations soumise aux États par le Comité préparatoire de la Conférence ne posait pas spécifiquement la question de savoir si la force majeure ou le cas fortuit — autrement dit l'impossibilité « de se conformer à une obligation internationale » ou « de se rendre compte de la non-conformité du comportement adopté » avec ladite obligation — était ou non une cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'État ou de la responsabilité autrement engendrée par ce fait. Toutefois, le Gouvernement suisse, dans sa réponse au point V de la demande d'informations, relatif à la responsabilité de l'État pour les actes du pouvoir exécutif, a pris soin d'indiquer qu'une réserve devrait être faite

en matière de responsabilité internationale, du cas fortuit ou d'une force majeure \*, étant entendu que l'État pourrait quand même être tenu pour responsable si le cas fortuit ou le cas de force majeure ont été précédés d'une faute sans laquelle aucun préjudice n'aurait été causé à un État tiers dans la personne ou les biens de ses ressortissants <sup>624</sup>.

Une conviction analogue ressortait, explicitement ou implicitement, des prises de position d'autres gouvernements à propos des cas où l'État encourrait une responsabilité internationale du fait de ne pas avoir prévenu des agissements particuliers ayant causé des dommages à des

<sup>623</sup> Il convient de préciser que des situations susceptibles d'être décrites comme « force majeure » ou « cas fortuit » peuvent venir en considération en droit international à d'autres fins aussi que l'éventuelle exclusion de l'illicéité d'un fait de l'État : par exemple à la réalisation d'une condition de la naissance à la charge de l'État d'une obligation déterminée. On connaît des accords internationaux qui lient à l'existence d'une situation de force majeure la naissance d'obligations internationales « de faire ». Ainsi, l'Accord sur la coopération en matière de navigation maritime commerciale, signé à Budapest le 3 décembre 1971, met à la charge de l'État l'obligation de porter secours aux navires étrangers poussés par le mauvais temps vers ses ports. De même, l'Accord sur le sauvetage des astronautes, du 22 avril 1968, impose à l'État sur le territoire duquel ces astronautes atterrieraient sans le vouloir l'obligation de les secourir et de les restituer promptement aux représentants de l'État qui a effectué le lancement. De son côté, la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques prévoit, à l'article 40, l'obligation à la charge de l'État sur le territoire duquel un agent diplomatique étranger en route vers un État tiers se trouverait pour des raisons de force majeure d'accorder à cet agent des immunités déterminées. Dans d'autres cas, la force majeure peut se trouver à l'origine d'une obligation de l'État de « ne pas faire » — par exemple, de ne pas confisquer les navires ennemis demeurés dans ses ports après l'ouverture des hostilités pour des raisons de force majeure : art. 2 de la Convention [VI] relative au régime des navires de commerce ennemis au début des hostilités, faite à La Haye le 18 octobre 1907. (V. Étude du Secrétariat, par. 5 et suiv., 81, 99 et 100.) Mais il est évident que l'on ne saurait voir dans de telles règles « primaires » une preuve que la force majeure et le cas fortuit sont à considérer comme des circonstances excluant l'illicéité d'un fait de l'État. Ce ne sera qu'une confirmation indirecte de cette conclusion qui pourra parfois en être tirée.

<sup>624</sup> SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 241. Reproduit dans l'Étude du Secrétariat, par. 61.

États étrangers ou à la personne ou aux biens de leurs ressortissants <sup>625</sup>.

9) Plus nettes encore se révèlent être à cet égard les prises de position des États au cours des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969. L'article 58 projet d'articles sur le droit des traités adopté en 1966 par la CDI <sup>626</sup> disposait que la disparition ou la destruction permanentes d'un objet indispensable à l'exécution d'un traité pouvaient être invoquée si elle rendait définitivement ou temporairement impossible cette exécution, comme cause d'extinction ou de suspension du traité. Dans le commentaire de cet article, la Commission précisait :

Il n'a pas échappé à la Commission que l'on peut ne voir dans une situation de ce genre que l'un des cas où une partie est en droit d'arguer de la force majeure comme l'exonérant de toute responsabilité \* pour non-exécution du traité. Mais la Commission a estimé que, s'il y a persistance de l'impossibilité de s'acquitter d'obligations conventionnelles de caractère périodique, il est préférable de poser, au titre du droit des traités, la règle que l'application du traité peut être temporairement suspendue <sup>627</sup>.

Donc, en 1966 déjà, la Commission voyait dans la force majeure, entendue comme une réelle impossibilité d'exécuter une obligation, une circonstance excluant la responsabilité de l'État. Il y a plus encore : en ce qui concerne tout au moins l'hypothèse de force majeure représentée par la destruction ou la disparition de l'objet indispensable à l'exécution de l'obligation, elle faisait découler cette exclusion de la responsabilité de l'extinction ou de la suspension de l'obligation.

10) A la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, une proposition tendant à ce que la portée de l'article soit étendue à toutes les situations où la force majeure aurait pour effet de rendre impossible l'exécution

<sup>625</sup> Les réponses des gouvernements et les interventions des représentants à la Troisième Commission de la Conférence révèlent que le désaccord qui subsistait sur le point de savoir si l'État devait adopter à l'égard des étrangers des mesures de prévention égales ou bien parfois supérieures à celles qui étaient adoptées pour la protection de ses propres ressortissants, ou des mesures de prévention « normales », etc., n'empêchait pas les tenants des deux opinions opposées d'être d'accord pour exclure toute responsabilité de l'État au cas où des raisons de force majeure ou de cas fortuit auraient rendu matériellement impossible de prendre les mesures de prévention requises. Voir les réponses aux points V, n° 1, c, et VII, a et b, de la liste des points soumis aux États par le Comité préparatoire de la Conférence : SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), respectivement p. 62 et suiv. et p. 93 et suiv. ; et *Supplément au tome III* (op. cit.), p. 13, 14, 18 et 19. Pour les interventions des représentants à la Troisième Commission de la Conférence sur les bases de discussion n° 10, 17, et 18, voir : SDN, *Actes de la Conférence pour la codification du droit international* [La Haye, 13 mars-12 avril 1930], volume IV, *Procès-verbaux de la Troisième Commission* [C.351(c).M.145(c).1930.V], p. 143 et suiv., 185 et suiv., notamment interventions des représentants de la Chine (*ibid.*, p. 186) et de la Finlande (*ibid.*, p. 185). Pour une analyse détaillée de ces réponses et interventions, v. Étude du Secrétariat, par. 69 et 70.

<sup>626</sup> Voir *Annuaire...* 1966, vol. II, p. 278, doc. A/6309/Rev.1, deuxième partie, chap. II.

<sup>627</sup> *Ibid.*, p. 279, art. 58, par. 3 du commentaire.

de l'obligation fut avancée par le Mexique<sup>628</sup>. A l'appui de cette proposition, le représentant du Mexique fit valoir que l'article 58 du projet de la Commission ne se référerait qu'à un cas particulier, et à son avis rare, d'impossibilité d'exécution d'un traité pour des raisons de force majeure, alors qu'il y avait beaucoup d'autres cas plus fréquents, tel que celui de l'impossibilité de fournir un produit donné en raison d'une grève, de la fermeture d'un port ou d'une guerre, ou celui de l'impossibilité d'effectuer certains paiements en raison de graves difficultés financières, etc.<sup>629</sup>. Certains de ces exemples étant de nature à susciter des doutes quant au fait que l'« impossibilité » dont on traitait serait un cas d'impossibilité absolue d'exécution de l'obligation prévue par un traité, de nombreux représentants n'étaient pas disposés à voir là une circonstance justifiant non seulement l'exclusion de l'illicéité d'un comportement étatique non conforme aux prescriptions d'un traité, mais encore le droit de les invoquer comme motifs pour mettre fin au traité ou le suspendre. A leurs yeux, la sécurité des rapports conventionnels entre États en aurait été gravement compromise. Cela explique que la proposition mexicaine ait finalement été retirée et que le paragraphe 1 de l'article 61 du texte de la Convention de Vienne de 1969 approuvé par la Conférence n'ait retenu comme motif de mettre fin à un traité ou de le suspendre que le cas de la « disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité ». Toutefois, il n'en semble pas moins sûr que les discussions qui eurent lieu sur ce point ont révélé la conviction générale qu'une impossibilité — tout au moins une impossibilité matérielle — de se conformer à une obligation découlant d'un traité constituait une circonstance excluant l'illicéité du comportement adopté en l'espèce par l'État obligé.

<sup>628</sup> La proposition prévoyait d'abord qu'un pays puisse invoquer la force majeure comme motif pour mettre fin à un traité lorsque celle-ci avait pour effet de rendre définitivement impossible l'exécution des obligations découlant du traité. Elle prévoyait ensuite que la force majeure ne puisse être invoquée que comme motif pour suspendre les effets du traité lorsque l'impossibilité d'exécution était purement temporaire. (*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence* [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5], p. 197, doc. A/CONF.39/14, par. 531, al. a.)

<sup>629</sup> Le représentant du Mexique concluait donc que :

« La force majeure est une notion bien définie en droit : le principe selon lequel « à l'impossible nul n'est tenu » est à la fois une règle universelle de droit international et une question de bon sens. L'application de la notion de force majeure n'a pas posé de problèmes particuliers aux tribunaux et il n'est pas nécessaire de faire une liste des situations qui entrent dans le champ de ce concept.

« On lit au paragraphe 3 du commentaire de l'article que l'on peut ne voir dans une situation de ce genre que l'un des cas où une partie est en droit d'arguer de la force majeure comme l'exonérant de toute responsabilité pour non-exécution du traité. Or, ne pas encourir de responsabilité pour un acte ou une omission, c'est avoir le droit d'exécuter ou ne pas exécuter un acte. Si, dans un cas de force majeure, un État n'encourt aucune responsabilité, c'est parce que, tant que dure la force majeure, le traité doit être considéré comme suspendu ». (*Ibid.*, première session, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7], p. 393, 62<sup>e</sup> séance de la Commission plénière, par. 3 et 4.)

11) Les cas pratiques dans lesquels des États ont invoqué l'« impossibilité » de se conformer à une obligation internationale ou de se rendre compte que leur comportement n'était pas conforme à cette obligation comme circonstance devant exclure l'illicéité de faits commis par eux sont innombrables. Mais, parmi ces cas, plutôt rares sont ceux dans lesquels la circonstance avancée consistait indiscutablement dans une véritable « impossibilité matérielle » d'agir en conformité avec une obligation. Cela se comprend. Il n'est pas courant qu'un État se trouve dans une réelle et insurmontable impossibilité matérielle d'agir en conformité avec une obligation internationale existant à sa charge, et souvent l'État parle d'impossibilité quand dans les faits il ne s'agit que d'une difficulté grave. En outre, si une telle hypothèse se réalisait et si l'impossibilité est évidente, il est peu vraisemblable que l'État envers lequel l'obligation existe insiste pour soutenir que cette obligation a été violée et pour en faire valoir les conséquences. Ce qui, cependant, est hors de doute, c'est que lorsqu'une partie a pu prouver l'existence réelle d'une situation d'impossibilité matérielle, les effets juridiques de cette situation n'ont pas été contestés par l'autre partie au différend. Si contestation il y a eu, elle a généralement porté sur l'existence en fait de la situation invoquée, et non pas sur sa valeur de circonstance excluant l'illicéité du fait de l'État au cas où une telle existence serait établie.

12) L'impossibilité de remplir une obligation internationale résultant de la présence en l'espèce d'une situation de force majeure ou de cas fortuit se réalise parfois, on l'a dit, par rapport à une obligation « de ne pas faire », autrement dit de s'abstenir de commettre un certain fait. Parmi les exemples d'une situation de ce genre, on peut mentionner celui de l'avion d'un État qu'une avarie, une perte de contrôle de l'appareil ou une tempête entraînent dans l'espace aérien d'un autre État sans l'autorisation de ce dernier, soit que les efforts du pilote pour éviter cela aient été sans succès, soit que celui-ci n'ait pas pu se rendre compte de ce qui se passait. Que l'on reconnaisse là l'existence d'une circonstance excluant l'illicéité du fait ressort clairement des prises de position des États lors des nombreux cas de ce genre qui se sont produits dans la pratique. Déjà pendant la guerre de 1914-1918, les belligérants invoquèrent souvent des éléments tels que le brouillard, les nuages, des perturbations atmosphériques, comme causes de déroutement non intentionnel ayant amené des pilotes d'aéronefs à survoler, à leur insu et sans faute de leur part, des territoires neutres. Il en fut ainsi pour le survol du territoire suisse, en novembre 1914, par des avions alliés se dirigeant vers Friedrichshafen. Le Premier Lord de l'Amirauté déclara aux Communes, le 26 novembre, que les aviateurs alliés avaient violé, sans le vouloir, l'espace aérien suisse, l'altitude élevée et le manque de visibilité les ayant empêchés de se rendre compte qu'ils étaient sortis de la route tracée. Lors du bombardement de la ville de Goes (Pays-Bas) par un zeppelin allemand, le Gouvernement de Berlin déclara que les pilotes avaient perdu leur direction à cause de la nébulosité. Des allégations analogues furent avancées pour excuser des violations des espaces aériens danois, norvégien et suédois. Notons que ces allégations furent parfois rejetées par les pays intéressés, mais uniquement sur la base de l'inexistence, dans les cas d'espèce, des cir-

constances de fait alléguées, et non pas sur celle d'un refus d'accepter le principe même de la justification invoquée<sup>630</sup>. Par contre, dans des cas où il fut reconnu que des événements tels que les bombardements de La-Chaux-de-Fonds par des aviateurs allemands, le 17 octobre 1915, et de Porrentruy par un aviateur français, le 26 avril 1917, étaient dus à de la négligence de la part de leurs auteurs et non pas à des causes fortuites, les belligérants s'engagèrent à punir les coupables et à réparer les préjudices causés<sup>631</sup>.

13) Particulièrement intéressant aux fins ici envisagées est l'échange de notes entre le Gouvernement yougoslave et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique qui eut lieu à la suite de certains cas de *pénétration d'avions militaires des États-Unis dans l'espace aérien de la Yougoslavie en 1946*. Dans une note du Chargé d'affaires yougoslave au Département d'État américain du 30 août 1946, on demandait au Gouvernement américain de prendre les mesures nécessaires pour « empêcher ces vols *sous des cas d'urgence ou de mauvais temps* », pour lesquels des arrangements pourraient être prévus sur la base d'un accord entre les autorités américaines et yougoslaves<sup>632</sup>. Dans sa réponse du 3 septembre 1946, le Secrétaire d'État américain par intérim rappelait que

Le Gouvernement yougoslave a déjà reçu l'assurance du Gouvernement des États-Unis que les avions américains ne survoleraient pas le territoire yougoslave sans autorisation préalable des autorités yougoslaves, *sauf s'ils y sont contraints par des circonstances indépendantes de leur volonté comme le mauvais temps, la perte de direction ou des ennuis mécaniques* \*<sup>633</sup>.

14) En 1948, deux avions militaires turcs pénétrèrent dans l'espace aérien bulgare et y furent, l'un abattu et l'autre forcé d'atterrir. Le Gouvernement turc protesta en alléguant que la violation de la frontière bulgare n'avait pas été intentionnelle, mais était due au temps pluvieux, qui avait empêché les aviateurs de se rendre compte qu'ils avaient quitté l'espace aérien turc. Le Gouvernement bulgare répliqua que les avions volaient dans d'excellentes conditions de visibilité. La discussion ne concernait donc pas la valeur, nullement contestée, du principe excluant l'illicéité d'un fait étatique non conforme à une obligation internationale commis dans des conditions de force majeure ou de cas fortuit, mais uniquement sur l'existence en fait de ces conditions dans le cas d'espèce<sup>634</sup>.

15) Le 17 mars 1953, le Gouvernement des États-Unis envoya respectivement au Gouvernement hongrois et au Gouvernement de l'URSS deux notes concernant l'affaire du *Traitement en Hongrie d'un avion des États-Unis d'Amérique et de son équipage*. L'avion américain, qui se dirigeait sur Belgrade, entra dans l'espace aérien hongrois ; il fut forcé d'y atterrir et son équipage fut interné. Les notes américaines soutenaient que le franchissement

de la frontière hongroise n'avait pas été intentionnel et que le pilote n'avait pas pu se rendre compte d'avoir pénétré dans l'espace aérien hongrois. Mais l'intérêt principal des deux notes tenait au soin avec lequel leur auteur indiquait une série de données destinées à prouver que, dans les circonstances en cause, le pilote le plus expérimenté aurait été incapable de s'apercevoir de l'erreur. On lisait dans leur texte :

L'avion et l'équipage se sont efforcés à tout moment de suivre la direction donnée pour Belgrade, mais, alors que l'équipage, et en particulier les pilotes, croyaient que l'avion suivait cette direction, il était en fait dévié par des vents dont les pilotes ignoraient alors la présence et la direction, sans que rien les en avertisse, et la vitesse de ces vents accélérât celle de l'avion bien au-delà de la vitesse à laquelle les pilotes croyaient que l'avion volait. L'avion a donc dévié quelque peu vers le nord de sa route normale et a couvert une distance beaucoup plus grande que celle que les pilotes pensaient alors couvrir ou avaient des raisons de penser qu'ils couvriraient<sup>635</sup>.

Le Gouvernement américain ne jugeait donc pas suffisant, pour exclure l'illicéité internationale du comportement adopté par le pilote, qu'il y ait eu erreur de sa part : il estimait nécessaire de prouver que cette erreur avait été due à un événement extérieur imprévisible.

16) En ce qui concerne le domaine maritime, l'article 14 de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, après avoir énoncé le principe du droit de « passage inoffensif » des navires de tous les États dans la mer territoriale d'un État étranger, précise, *inter alia*, au paragraphe 3, que

Le passage comprend le droit de stoppage et de mouillage, mais seulement dans la mesure où l'arrêt ou le mouillage constituent des incidents ordinaires de navigation ou s'imposent au navire en état de *relâche forcée* \* ou de détresse<sup>636</sup>.

Une disposition du même genre figure, d'ailleurs, à l'article 18, par. 2, du « Texte de négociation composite officieux/Révision 1 » établi en avril 1979 par le Président de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et les présidents des grandes commissions de la Conférence<sup>637</sup>. Il y a également d'autres conven-

<sup>630</sup> C.I.J. *Mémoires, Traitement en Hongrie d'un avion des États-Unis d'Amérique et de son équipage*, Note du 17 mars 1953 au Gouvernement hongrois, p. 14 [tr. du Secrétariat]. A la page suivante, le Gouvernement américain ajoutait :

« Les membres de l'équipage sélectionnés pour le vol étaient compétents pour cette mission. [...] L'aéronef et son équipement [...] étaient en bonne condition de vol. »

<sup>636</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 516, p. 214. Il est intéressant de relever que dans le texte anglais le terme « relâche forcée » a été rendu par « force majeure ». Il est également à noter la distinction faite dans la disposition entre une situation de « relâche forcée » et une situation de « détresse ». La disposition de la convention suit celle du texte de l'article correspondant du projet d'articles sur le droit de la mer adopté par la CDI en 1956 (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 272, doc. A/3159, chap. II, sect. III, art. 15).

<sup>637</sup> Le paragraphe 2 de l'article 18 de ce texte se lit comme suit :

« [...] le passage inoffensif [dans la mer territoriale] comprend l'arrêt et le mouillage, mais seulement dans la mesure où ils constituent des incidents ordinaires de navigation ou s'imposent par suite d'un *cas de force majeure ou de détresse* \* ou dans le but de porter secours à des personnes, des navires ou des aéro-nauts en danger ou en détresse » (A/CONF.62/WP.10/Rev.1, p. 6).

<sup>630</sup> Voir Étude du Secrétariat, par. 250 à 256.

<sup>631</sup> *Ibid.*, par. 255 et 256.

<sup>632</sup> États-Unis d'Amérique, *Department of State Bulletin*, Washington (D.C.), vol. XV, n° 376 [15 septembre 1946], p. 502 [tr. du Secrétariat]. Reproduit dans l'Étude du Secrétariat, par. 144.

<sup>633</sup> *Ibid.*, p. 504 [tr. du Secrétariat]. Reproduit dans l'Étude du Secrétariat, par. 145.

<sup>634</sup> Voir Étude du Secrétariat, par. 147.

tions dans lesquelles la force majeure est traitée comme une circonstance propre à rendre inopérante une obligation « de ne pas faire » et, donc, l'illicéité d'un fait de l'État non conforme à une obligation de cette nature. La Convention relative au commerce de transit des États sans littoral, signée à New York le 8 juillet 1965, par exemple, prévoit au paragraphe 1 de son article 7 que

Sauf cas de force majeure<sup>638</sup>, les États contractants prendront toutes les mesures pour éviter les retards dans le passage des transports en transit ou les restrictions audit passage<sup>639</sup>.

Il est à peine besoin de relever que de telles dispositions de droit conventionnel ne sont en rien une exception à un éventuel principe différent de droit international général. Dans ces dispositions, la force majeure est certes un élément constitutif des « règles primaires » qui y sont énoncées, mais le fait même de son incorporation dans ces règles est manifestement une confirmation expresse, par rapport à des hypothèses particulières, d'un principe général du droit international coutumier selon lequel la force majeure a pour effet d'exclure l'illicéité.

17) Cependant, force majeure et cas fortuit ont été invoqués dans la pratique des États comme des justifications de l'impossibilité de se conformer à des obligations internationales « de ne pas faire » dans des domaines autres que les domaines aérien et maritime ci-dessus mentionnés, et tout particulièrement en ce qui concerne la non-exécution d'obligations internationales relatives au traitement de la personne ou des biens de ressortissants étrangers. En 1881, par exemple, pendant la guerre entre le Chili et le Pérou, les autorités militaires chiliennes qui occupaient la ville de Quilca confisquèrent à deux reprises des marchandises de commerçants italiens. A la suite des réclamations du Chargé d'affaires d'Italie à Santiago, le Gouvernement chilien accepta de restituer les marchandises indûment confisquées, ou leur contre-valeur en cas de destruction, mais refusa toute indemnisation des dommages, en alléguant que la réparation de dommages et préjudices n'était due que par ceux qui « agissent de mauvaise foi ». Le Ministre italien des affaires étrangères, Mancini, fit répliquer que les autorités chiliennes devaient prouver non seulement qu'il y avait eu « bonne foi » de leur part, mais aussi qu'elles avaient mis la plus grande diligence à empêcher la violation de propriétés neutres. D'après cette opinion, l'exclusion de l'illicéité du comportement des autorités chiliennes ne pouvait être admise que si, outre d'être de bonne foi, elles n'avaient pas fait preuve de négligence. Le cas le plus sûr aurait évidemment été celui où un événement *fortuit* et indépendant de toute négligence des autorités locales aurait rendu impossible de distinguer la marchandise neutre de la masse des marchandises ennemies<sup>639</sup>.

13) En 1906, le ressortissant américain England, lieutenant à bord du navire des États-Unis *Chattanooga*, qui entra dans le port chinois de Tche-fou, passant à côté

d'un navire de guerre français à bord duquel on effectuait des exercices de tir, fut atteint par une balle et tué. Le Gouvernement des États-Unis demanda et obtint réparation, ayant fait valoir que

Si ça ne peut qualifier la disparition du lieutenant England autrement que comme accidentelle, on ne peut néanmoins la considérer comme un *fait inévitable*<sup>640</sup> dont personne n'est responsable. En effet, on ne peut concevoir que cet accident se soit produit sans qu'un élément y ait contribué, à savoir le manque de précautions suffisantes de la part des officiers du *Dupetit Thouars* qui étaient responsables des exercices de tir et ne les ont pas arrêtés lorsque le *Chattanooga*, qui empruntait normalement le chenal, s'est trouvé dans la ligne de tir<sup>640</sup>.

L'analyse du cas montre donc que, d'après la conclusion à laquelle les deux gouvernements étaient l'un et l'autre parvenus, l'homicide du lieutenant England, tout en étant accidentel, n'avait pu se produire que par suite d'un défaut de diligence de la part des officiers du navire de guerre français. Par conséquent, il était impossible de voir dans cet événement un véritable « cas fortuit ». C'est bien ce que voulait dire la constatation du Secrétaire d'État américain, qui relevait qu'on ne pouvait pas faire entrer ce cas dans l'« unavoidable class » de ceux qui ne donnent pas lieu à responsabilité. A la base de cette conclusion commune, il y avait néanmoins la conviction non moins commune et précise qu'un fait commis par un organe étatique dans une situation susceptible d'être correctement définie de « cas fortuit » n'engage pas la responsabilité internationale de l'État.

19) Une impossibilité matérielle d'exécuter une obligation internationale peut survenir également en ce qui concerne une obligation « de faire », d'adopter un comportement commissif. On a déjà mentionné dans le présent commentaire, à titre d'hypothèse, le cas de la destruction de produits ou de biens que l'État était tenu de livrer ou de restituer à un État étranger<sup>641</sup>. La pratique internationale fournit un exemple typique de différend international concernant l'existence ou la non-existence d'une situation d'impossibilité matérielle d'exécution d'une obligation internationale « de faire », découlant du Traité de Versailles. Ce traité, modifié sur ce point spécifique par un accord ultérieur, prévoyait que l'Allemagne livrerait à la France une certaine quantité annuelle de charbon. Or, en janvier 1920, la quantité de charbon fournie par l'Allemagne était de beaucoup inférieure à celle que prévoyaient les textes en vigueur. En dénonçant la situation au Parlement français et en annonçant l'intention de prendre les mesures appropriées, le Président du Conseil et Ministre des affaires étrangères, M. A. Millerand, releva, le 6 février 1920, que

Il est d'ailleurs impossible à l'Allemagne de prétendre que, si elle n'a pas exécuté son engagement, c'est parce qu'il lui aurait été matériellement impossible de le faire<sup>640</sup>. En effet, il résulte des renseignements précis qui nous ont été fournis que, pendant ce mois de janvier, l'Allemagne a consommé plus de 8 millions de tonnes de charbon, pour une population de 60 millions d'habi-

<sup>638</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 597, p. 53.

<sup>639</sup> P. ex. une inondation qu'un raz de marée aurait causée dans les locaux du port où les marchandises neutres se trouveraient aux côtés de marchandises ennemies, inondation qui aurait supprimé tout signe de reconnaissance. Pour une description du cas, v. S.I.O.I.-C.N.R., *op. cit.*, p. 867 et suiv.

<sup>640</sup> M. M. Whiteman, *Damages in International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1937, vol. I, p. 221 [tr. du Secrétariat]. V. Étude du Secrétariat, par. 130.

<sup>641</sup> Voir ci-dessus note 617.

tants, alors que pendant le même mois, pour une population de 40 millions d'habitants, la France n'a même pas disposé de la moitié de ce tonnage : elle n'a eu que 3 250 000 tonnes. Autrement dit, chaque Allemand a eu, pour se chauffer, plus de charbon que respectivement chaque Français. C'est une situation que nous ne pouvons pas accepter <sup>642</sup>.

Cette déclaration admettait implicitement, *a contrario*, que s'il avait vraiment été « matériellement impossible » à l'Allemagne d'exécuter son obligation, il n'y aurait pas eu de violation de celle-ci <sup>643</sup>.

20) Le problème de l'incidence de l'impossibilité matérielle sur une obligation de remettre des biens a aussi été examiné par des instances judiciaires ou arbitrales internationales. Par exemple, la Cour permanente d'arbitrage, dans sa décision des 24/27 juillet 1956 en l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, rejeta la réclamation française n° 15 visant à obtenir l'indemnisation d'une société française propriétaire d'un phare qui avait été réquisitionné par le Gouvernement grec en 1915. Le phare ayant été détruit pendant la guerre par un bombardement turc, le Gouvernement grec s'était trouvé, à cause de cet événement, que la Cour considéra comme un cas de force majeure, dans l'impossibilité de restituer le phare dans l'état où il se trouvait avant la réquisition <sup>644</sup>.

21) La force majeure comme circonstance excluant l'illégalité d'un fait de l'État non conforme aux prescriptions d'une obligation internationale à sa charge a été souvent prise en considération à propos du défaut de paiement d'une dette d'État, et cela aussi bien lors de conférences pour la conclusion de grandes conventions multilatérales qu'à l'occasion de différends particuliers. Ainsi, au cours des travaux de la conférence de 1907 chargée de la révision du système d'arbitrage établi par la Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, le représentant d'Haïti a affirmé que les différends concernant l'appréciation de circonstances de force majeure ayant pour effet de mettre temporairement l'État dans l'impossibilité matérielle de payer une dette devaient relever de la compétence de la Cour d'arbitrage. Il en donna la raison dans les termes suivants :

Car les circonstances de force majeure, c'est-à-dire des faits indépendants de la volonté de l'homme, peuvent, en paralysant le bon vouloir, empêcher très souvent l'exécution des obligations \*.

[...] je ne vois pas la grande Puissance, créancière en vertu de sentence arbitrale, qui s'oublierait à considérer « de mauvaise foi » l'État débiteur dans l'impossibilité de faire face à ses engagements à la suite d'une inondation, d'une éruption volcanique, d'une

récolte manquée, etc. Les témoignages de l'histoire contemporaine sont trop éclatants pour l'admettre [...] <sup>645</sup>.

Bien que certains délégués aient contesté l'assertion de la prétendue fréquence de ces situations de force majeure et, par conséquent, de la nécessité de les mentionner expressément dans la convention révisée, personne n'a mis en doute le principe que, là où une véritable situation de force majeure se produisait, à savoir une situation d'impossibilité absolue d'exécuter l'obligation, l'État rendu matériellement insolvable ne saurait être considéré comme manquant à son obligation.

22) Nombreux sont les différends internationaux provoqués par le défaut de paiement d'une dette dans lesquels la force majeure a été expressément invoquée par l'État débiteur comme circonstance devant justifier son comportement. Toutefois, une analyse approfondie de ces cas démontre qu'en plusieurs occasions il s'agissait en réalité de situations relevant de la notion de l'« état de nécessité » plutôt que de celle d'impossibilité matérielle d'exécution <sup>646</sup>. Mais des situations d'impossibilité matérielle de remplir une obligation en raison de facteurs extérieurs indépendants de la volonté de l'État obligé peuvent, quand même, se présenter en ce qui concerne le paiement des dettes. Les arrêts de la CPJI dans l'*Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France* et dans l'*Affaire relative au paiement en or des emprunts fédéraux brésiliens émis en France* constituent, à ce point de vue, un précédent certainement valable pour l'éclaircisse-

<sup>642</sup> Actes et documents de la Deuxième Conférence internationale de la paix (La Haye, 15 juin-18 octobre 1907), La Haye, Imprimerie nationale, 1907, t. II, p. 294 et 295. Reproduit dans l'Étude du Secrétariat, par. 105.

<sup>643</sup> Dans l'*Affaire de l'indemnité russe*, par exemple, la Cour permanente d'arbitrage, dans sa sentence du 11 novembre 1912, a déclaré que l'exception de force majeure, avancée par la Turquie pour justifier le défaut de paiement de la dette, ne saurait être accueillie. L'ensemble des éléments du cas démontre cependant qu'il ne s'agissait nullement d'une situation d'« impossibilité matérielle » de s'acquitter de la dette, mais éventuellement d'une situation d'« état de nécessité ». Cela ressort, d'ailleurs, du passage suivant de la sentence de la Cour :

« L'exception de la force majeure, invoquée en première ligne, est opposable en droit international public aussi bien qu'en droit privé [...]. Le Gouvernement impérial russe admet expressément [...] que l'obligation pour un État d'exécuter les traités peut fléchir « si l'existence même de l'État vient à être en danger, si l'observation du devoir international est [...] *self destructive*. » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI [publication des Nations Unies, numéro de vente : 61.V.4], p. 443. Reproduit dans l'Étude du Secrétariat, par. 394.)

Un autre cas où la force majeure comme circonstance rendant impossible l'exécution d'une obligation a été expressément invoquée et longuement discutée est l'*Affaire de la Société commerciale de Belgique*, portée devant la CPJI. Cependant, ce que disait le Gouvernement grec dans l'affaire, c'était qu'il lui était impossible de verser à la société belge une certaine somme d'argent due en exécution d'une sentence arbitrale de droit interne « sans compromettre l'existence économique du pays et le fonctionnement normal des services publics ». Ainsi, tout en parlant de « force majeure » et d'« impossibilité » d'adopter le comportement requis par l'obligation, le Gouvernement hellénique n'avait vraisemblablement pas à l'esprit une « impossibilité matérielle », mais plutôt une impossibilité de verser la somme en question sans léser par là un intérêt fondamental de l'État, c'est-à-dire une situation susceptible d'entrer dans le cadre d'une hypothèse d'« état de nécessité ». (C.P.J.I., série C, n° 87, p. 141 et 190. Voir aussi Étude du Secrétariat, par. 278.)

<sup>644</sup> Voir A.-Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, C.N.R.S., 1962, t. I, p. 128.

<sup>645</sup> A propos des effets de la force majeure sur les obligations de livrer certains produits, on peut rappeler que certains accords sur les produits de base (« commodity agreements ») prévoient pour les États parties à ces accords la possibilité de s'en retirer ou d'en suspendre l'application à leur égard si des raisons indépendantes de leur volonté leur rendaient impossible l'exécution des obligations prévues par ces instruments. Voir p. ex. les accords internationaux de 1956 (modifié en 1958) et de 1963 sur l'huile d'olive (art. 39, par. 2, al. a) et les autres accords cités dans l'Étude du Secrétariat, par. 54 et suiv.

<sup>646</sup> Voir Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publication des Nations Unies, numéro de vente : 63.V.3), p. 219 et 220, et Étude du Secrétariat, par. 484.

ment de certains aspects de la circonstance excluant l'illicéité dont il est question dans le présent article <sup>647</sup>.

23) Dans l'*Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, le Gouvernement français, qui avait pris fait et cause pour ses ressortissants créanciers, soutenait que le Royaume serbe-croate-slovène était tenu de payer les montants dus aux créanciers des emprunts serbes sur la base du franc-or, tandis que le Royaume soutenait qu'il pouvait payer ces montants sur la base du franc-papier. A l'appui de sa thèse, ce dernier invoquait d'abord l'argument d'équité, à savoir que le traitement fait aux créanciers français de la Serbie n'était jamais que celui réservé par la France à ses propres créanciers. Ensuite, il invoquait l'argument juridique de l'existence d'une circonstance de « force majeure », constituée par l'« impossibilité matérielle » « d'exécuter un paiement en franc-or » <sup>648</sup>. Dans son arrêt rendu le 12 juillet 1929, la Cour statua que la guerre avait sans doute rendu difficile à la Serbie l'exécution de son obligation, mais ne l'avait pas mise dans une situation d'impossibilité absolue quant à cette exécution. Elle relevait que le contenu de l'obligation contractée n'était pas de payer en francs-or, mais de payer à son choix soit le montant de sa dette en francs-or soit l'équivalent en francs-papier de la somme calculée en franc-or. Aucune impossibilité matérielle ne s'opposait donc à l'exécution de l'obligation en question. Mais la Cour admettait implicitement que si l'on avait explicitement prévu l'obligation de payer en espèces, il y aurait eu une véritable impossibilité matérielle et absolue d'exécution, et dans ce cas la non-exécution n'aurait pas pu constituer une violation de cette obligation <sup>649</sup>.

24) La CPJI a pris la même position dans l'*Affaire relative au paiement en or des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*. Prenant une fois de plus fait et cause pour ses ressortissants, le Gouvernement français soutenait que les emprunts contractés par l'État brésilien devaient être payés sur la base de leur montant en francs-or, tandis que le Gouvernement brésilien soutenait qu'ils devaient être payés sur la base de leur montant en francs-papier. A ce propos, le Gouvernement brésilien se référait lui aussi à la « force majeure » et à l'« impossibilité » qui, à son avis, l'empêchaient d'effectuer le paiement de la somme due calculée en francs-or <sup>650</sup>. Le Gouvernement français n'admettait pas que dans le cas d'espèce une véritable impos-

sibilité d'effectuer le paiement ait existé <sup>651</sup>. Dans son arrêt du 12 juillet 1929, la Cour a fait sien sur ce point l'argument du Gouvernement français, mais, ce faisant, elle ne nia nullement le bien-fondé de la thèse selon laquelle la présence d'une circonstance rendant « matériellement impossible » l'exécution de l'obligation exclut l'illicéité du fait de l'État non conforme aux prescriptions de l'obligation en question <sup>652</sup>.

25) Dans la pratique des États et la jurisprudence internationale, la force majeure et le cas fortuit ont aussi été invoqués comme circonstances excluant l'illicéité du fait de l'État dans le domaine de cette catégorie spéciale d'obligations « de faire » que sont les obligations internationales dites « de prévention <sup>653</sup> ». C'est justement par rapport à ces obligations que le cas fortuit, surtout, peut jouer un rôle comme circonstance excluant l'illicéité d'un fait de l'État non conforme à une obligation internationale « de faire ». Lorsque l'obligation internationale est de veiller à ce qu'un événement dû à autrui ne se produise, ce qu'il peut y avoir de « fortuit » est la survenance de l'événement lui-même. En d'autres termes, le caractère nettement inattendu et imprévisible de cet événement donne alors à sa réalisation éventuelle un aspect de « cas fortuit », et c'est cet aspect qui peut avoir mis les organes étatiques dans l'impossibilité matérielle de se conformer à l'obligation ou de se rendre compte que leur comportement pouvait ne pas être celui qui était susceptible d'avoir, par rapport à un tel événement, l'effet de prévention prévu par l'obligation. En écartant par sa présence la possibilité de charger l'État d'une négligence coupable <sup>654</sup>, ce caractère de « cas fortuit » peut donc valoir, sur le plan international, comme justification d'un manque éventuel de prévention.

26) Parmi les exemples nombreux, on peut mentionner l'*Affaire Prats*. En 1862, pendant la guerre de Sécession, un navire anglais et sa cargaison furent brûlés par les Confédérés. La cargaison appartenait à un ressortissant mexicain, Salvador Prats, lequel présenta contre les États-Unis d'Amérique une réclamation qui fut soumise à la Commission mixte Mexique/États-Unis d'Amérique créée par la convention du 4 juillet 1868. Les commissaires américain et mexicain furent d'accord pour rejeter la

<sup>651</sup> Contre-mémoire du Gouvernement français du 1<sup>er</sup> octobre 1928 (*ibid.*, p. 255 et 257). Voir aussi mémoire du Gouvernement français du 29 juin 1928 (*ibid.*, p. 186) et intervention orale de son conseil (*ibid.*, p. 109).

<sup>652</sup> C.P.J.I., série A, n<sup>os</sup> 20/21, arrêt n<sup>o</sup> 15, p. 120.

<sup>653</sup> Par cette dénomination, on entend désigner ces obligations internationales qui exigent de l'État une activité visant à éviter que des événements préjudiciables pour des États ou des particuliers étrangers ne se produisent — événements qui peuvent avoir leur origine soit dans la nature soit, ce qui est plus fréquent, dans l'activité de particuliers, et en tout cas de personnes dont l'action n'est pas attribuable à l'État lui-même.

<sup>654</sup> Cela dit, on n'entend certes pas réduire les cas dans lesquels l'État ne peut pas être accusé de négligence coupable et être tenu pour internationalement responsable de ne pas avoir empêché un événement de se produire au seul cas où l'événement en question, à cause de son caractère inattendu et imprévisible, prend l'aspect d'un véritable cas fortuit. Il peut y avoir d'autres raisons plausibles d'exclure l'existence de cette négligence, compte tenu aussi du fait que le degré de diligence requise aux fins de prévention varie d'après le contenu de l'obligation et d'après les aspects spécifiques de chaque cas d'espèce.

<sup>647</sup> Dans les deux cas, l'obligation mise en cause était une obligation de droit public interne plutôt qu'une obligation internationale proprement dite, mais l'omission du paiement dû a donné lieu à un différend international, l'État national des créanciers étant intervenu au titre de la protection diplomatique de ses ressortissants. D'ailleurs, la Cour, dans les arrêts rendus dans ces deux affaires, traite de la force majeure en tant que principe général, valable par rapport à n'importe quel système de droit, et non pas en tant que principe défini par un ordre juridique interne déterminé.

<sup>648</sup> Voir intervention du 22 mai 1929 du conseil de l'État serbe-croate-slovène (C.P.J.I., série C, n<sup>o</sup> 16-III, p. 211 et 212).

<sup>649</sup> C.P.J.I., série A, n<sup>os</sup> 20/21, arrêt n<sup>o</sup> 14, p. 33 à 40.

<sup>650</sup> Mémoire du Gouvernement brésilien du 2 juillet 1928 (C.P.J.I., série C, n<sup>o</sup> 16-IV, p. 153, 155, 156 et 158). Voir aussi contre-mémoire brésilien du 30 septembre 1928 (*ibid.*, p. 240).

réclamation. Le commissaire des États-Unis, Wasdworth, fit valoir que le gouvernement de son pays ne pouvait pas être tenu de protéger les étrangers et leurs biens sur le territoire soustrait à son contrôle et soumis à celui des insurgés tant que cet état de choses se poursuivait<sup>665</sup>. Le commissaire mexicain Palacio insista tout particulièrement sur la notion de « possible » comme limite de l'obligation de protection et à ce propos, il fit observer :

[...] Le « possible » marque en effet la limite de toutes les obligations humaines, et les plus strictes et les plus sacrées d'entre elles ne peuvent être portées au-delà. Vouloir outrepasser cette limite serait prétendre à l'impossible, et les juristes et la doctrine qui ont énoncé la maxime « à l'impossible nul n'est tenu » ne se sont faits que les interprètes du bon sens.

...  
Dans de telles circonstances [état de guerre], il n'est pas dans le pouvoir d'une nation de prévenir ou d'éviter les préjudices que les rebelles causent ou ont l'intention de causer [...] et puisque à l'impossible nul n'est tenu, la responsabilité cesse dès lors d'exister. Il n'y a pas de responsabilité sans faute (*culpa*) et, comme on le sait; il n'y a pas de faute (*culpa*) à n'avoir pas fait l'impossible. La faute est essentiellement dépendante de la volonté, mais comme la volonté s'efface complètement devant la force à laquelle on ne peut résister, il est clair qu'à l'égard des actes accomplis sous l'influence de cette force, à laquelle on ne peut opposer une force égale ou plus puissante, les notions de faute, de préjudice ou de responsabilité cessent d'être pertinentes.

Il n'y a pas lieu de s'étonner que l'on parle de violence (*vis major*) quand il est question de nations, y compris des plus puissantes<sup>666</sup>.

27) Pendant la guerre de Sécession, en 1864, une vingtaine de membres de l'armée des Confédérés réussirent à se faufiler à travers les mailles de la frontière entre le Canada et les États-Unis d'Amérique et, parvenus à Saint Albans (Vermont), y détruisirent des propriétés et pillèrent le village, pour rentrer ensuite au Canada avec le butin. Le Gouvernement des États-Unis reprocha aux autorités canadiennes d'avoir manqué au devoir de prévenir des opérations militaires contre les États-Unis depuis le sol canadien. Mais le Gouvernement britannique répondit qu'aucune négligence ne pouvait être attribuée aux autorités canadiennes, et que ce qui s'était passé ne pouvait en aucune manière être prévu. La Commission mixte États-Unis d'Amérique/Grande-Bretagne instituée par le traité du 8 mai 1871 rejeta la réclamation des États-Unis dans sa décision relative à l'*Affaire du raid de Saint*

*Albans*, en soulignant particulièrement l'impossibilité pour les autorités canadiennes de découvrir la préparation du raid, conçu et préparé dans le plus grand secret<sup>657</sup>.

28) Plus ou moins vers la même époque, un bateau à bord duquel voyageait M. Wipperman, consul des États-Unis d'Amérique au Venezuela, s'ensabla le long d'une côte peu habitée de ce pays. Des tribus indiennes attaquèrent le bateau et pillèrent les biens du consul. Le Gouvernement des États-Unis demanda réparation au Venezuela, qui, à son avis, avait manqué aux devoirs de protection d'un consul étranger. Le différend fut soumis à la Commission des réclamations États-Unis d'Amérique/Venezuela instituée par la convention du 5 décembre 1885. S'exprimant au nom de la Commission, le commissaire Findlay rejeta la réclamation américaine, en relevant qu'il ne pouvait pas y avoir de commune mesure entre le cas d'un consul résidant dans une grande ville et attaqué par des éléments hostiles que la police ou l'armée doivent garder sous leur contrôle, et

le préjudice *accidentel* \* subi par une personne que rien ne distingue des autres, qui voyageait non pas en sa qualité de consul, mais comme simple passager d'un navire qui a eu la malchance d'échouer sur une côte peu fréquentée, exposée aux attaques des sauvages qu'*aucune prévoyance raisonnable n'aurait permis de prévenir* \*.

...  
[...] rien [...] ne permet d'affirmer que le gouvernement ait eu vent de cette attaque ou ait eu un motif quelconque de s'y attendre \*, [...] l'attaque étant un de ces événements occasionnels et inattendus contre lesquels on ne peut se prémunir par une prévoyance ordinaire et raisonnable \*<sup>658</sup>.

29) Une prise de position analogue figure dans l'opinion exprimée par le même commissaire Findlay à propos de l'*Affaire Brissot et consorts*. Rejetant la responsabilité du Venezuela pour les dommages subis par le navire américain *Apure*, attaqué par un groupe de rebelles alors qu'il transportait le général Garcia, président de l'un des États formant la République du Venezuela, le commissaire releva que le Gouvernement vénézuélien

[...] n'était certainement pas en mesure de prévoir ou de prévenir l'assaut meurtrier \* [...]. Le général Garcia et son détachement à bord de l'*Apure* [...] ne semblent certainement pas s'être attendus à des difficultés à cet emplacement précis. L'attaque était une embuscade et constituait une surprise totale \*. Il serait [...] parfaitement injuste de tenir le Venezuela responsable de ne pas avoir

<sup>655</sup> Voir J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1898, vol. III, p. 2889, et Étude du Secrétariat, par. 341.

<sup>656</sup> Moore, *op. cit.*, p. 2893 et suiv. [tr. du Secrétariat], et Étude du Secrétariat, par. 341.

Parmi les nombreux cas où l'on peut relever des prises de position analogues, voir l'*Affaire Egerton et Barnett*, l'*Affaire des réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*, l'*Affaire de la Home Insurance Co.*, dans l'*Étude du Secrétariat*, par. 354, 412 à 420, et 426 à 429.

Des prises de position également pertinentes ressortent aussi de l'examen de l'*Affaire des réparations allemandes* aux termes de l'article 260 du Traité de Versailles, où il fut question de l'incidence de la force majeure sur l'obligation incombant à l'Allemagne d'entrer en possession de certaines entreprises ou concessions dont les ressortissants allemands étaient titulaires (Étude du Secrétariat, par. 409 à 411).

<sup>657</sup> Le commissaire Frazer, dont l'opinion fut acceptée par la majorité de la Commission, observa :

« Le raid sur Saint Albans a été perpétré par un petit groupe d'hommes qui, venant du Canada, sont arrivés en ce lieu sans qu'il soit possible de déceler chez eux la moindre intention malveillante. [...] Le silence qui a entouré la préparation de cette expédition est tel \* que je ne peux affirmer que si les représentants de Sa Majesté au Canada n'ont pas été au courant c'est parce qu'ils ont manqué de diligence \* — ce qui d'ailleurs est peut-être le cas. Cependant, je crois plutôt que la diligence \* qu'un État peut raisonnablement exiger d'un autre État en pareil cas n'aurait pas permis aux autorités canadiennes de découvrir l'affaire \*. » (Moore, *op. cit.*, vol. IV, p. 4054 [tr. du Secrétariat]. Reproduit dans l'*Étude du Secrétariat*, par. 339.)

<sup>658</sup> Moore, *op. cit.*, vol. III, p. 3040 à 3043 [tr. du Secrétariat], et Étude du Secrétariat, par. 349 et 350.

prévenu ou empêché une action dont même les premiers intéressés et les protagonistes sur le lieu de l'action ignoraient tout <sup>659</sup>.

30) Rappelons enfin la décision du 19 mai 1931 de la Commission des réclamations Royaume-Uni/Mexique instituée par la convention du 19 novembre 1926 en l'*Affaire Gill*. John Gill, ressortissant britannique-résidant au Mexique, avait eu sa maison détruite par une action soudaine et imprévue d'opposants au gouvernement Madero. La Commission exclut qu'un gouvernement puisse être tenu pour responsable de ne pas avoir prévenu un événement préjudiciable lorsque le manque d'une action préventive n'est pas dû à la négligence, mais à une véritable impossibilité pour les autorités gouvernementales de prendre rapidement des mesures de protection face à une « situation inattendue » <sup>660</sup>. Ce cas, comme les autres précédemment cités, confirme donc que, d'après la jurisprudence internationale — tout comme d'ailleurs d'après la pratique des gouvernements —, l'illicéité internationale du défaut de prévention par un État d'un événement préjudiciable pour un État ou pour des particuliers étrangers est à exclure là où l'événement en question était à un tel point inattendu et imprévisible que sa réalisation dans ces conditions ne pouvait apparaître que comme un cas fortuit.

31) L'« impossibilité matérielle » comme justification de la non-exécution des obligations internationales « de prévention » a été également invoquée en ce qui concerne des situations autres que celles où l'État obligé avait perdu, par suite d'une insurrection ou pour d'autres raisons, le contrôle du territoire. On peut rappeler à ce sujet l'*Affaire du détroit de Corfou* et les avis opposés de la majorité de la CIJ dans son arrêt du 9 avril 1949 et du juge Krylov dans l'opinion dissidente jointe par lui à l'arrêt. Dans ce dernier, la Cour affirma que s'il n'était pas prouvé que l'Albanie ait posé elle-même les mines dans les eaux du détroit, il n'en était pas moins sûr que ce pays ne pouvait pas ignorer l'existence de ces mines. L'Albanie avait donc tout au moins l'obligation de notifier leur présence aux navires étrangers : elle pouvait et devait le faire immédiatement, même si les mines avaient été posées peu de temps avant la catastrophe qu'elles provoquèrent au préjudice de navires de guerre britanniques. Cette grave omission engageait en conséquence la responsabilité internationale de l'Albanie <sup>661</sup>. Dans son opinion dissidente, le juge Krylov, quant à lui, nia la violation de l'Albanie de l'obligation d'avertir les navires britanniques du péril qu'ils couraient. Même en admettant que ce pays ait connu l'existence du champ de mines avant la date de l'incident, la garde côtière albanaise n'avait pas, d'après l'auteur de l'opinion, la possibilité d'en avertir avant cette date les navires en question, le temps et les moyens techniques lui ayant fait défaut <sup>662</sup>. L'opinion

majoritaire de la Cour et l'opinion dissidente ne divergeaient donc que sur le point de fait de la possibilité matérielle pour les autorités albanaises d'avertir à temps les ravires britanniques du danger. Mais elles s'accordaient en revanche pour reconnaître que si vraiment il y avait eu pour l'Albanie « impossibilité matérielle » d'avertir les navires britanniques, aucune violation de l'obligation et, par conséquent, aucun fait internationalement illicite n'auraient pu être reprochés à ce pays.

32) En dépit de divergences quant à l'emploi des termes et quant à la définition des notions, une analyse attentive des opinions exprimées par les auteurs d'ouvrages scientifiques <sup>663</sup> permet de dire que ceux-ci sont pratiquement unanimes pour reconnaître qu'il y a exclusion de l'illicéité <sup>664</sup> du fait de l'État si celui-ci se trouvait dans l'*impossibilité matérielle* d'adopter un comportement différent de celui qui fut le sien dans un cas concret donné et qui n'était pas conforme à une obligation internationale existant à sa charge. Certains auteurs affirment expressément qu'une impossibilité matérielle d'exécution de l'obligation exclut l'illicéité du fait non conforme à cette dernière <sup>665</sup> ; d'autres, et cela revient pratiquement au même, soulignent la nécessité que le fait ait été « volontaire », « librement adopté », etc., pour qu'il y ait illicéité et, par conséquent, responsabilité <sup>666</sup>. De nombreux auteurs mentionnent la force majeure comme circonstance excluant l'illicéité et, quelles que soient l'acceptation et l'étendue qu'ils attribuent

<sup>659</sup> Voir notamment celle qui a été effectuée dans l'Étude du Secrétariat, par. 487 à 560.

<sup>664</sup> Certains auteurs parlent d'« exclusion de la responsabilité ». Sur ce point, voir les remarques faites ci-dessus dans le commentaire d'introduction au présent chapitre du projet.

<sup>665</sup> P. ex. Cheng (*op. cit.*, p. 223) écrit :

« Il ne peut y avoir d'acte illicite que procédant de la libre volonté de celui qui a causé le tort. *Il n'y a pas d'acte illicite* \* si l'événement a eu lieu indépendamment de sa volonté, d'une manière qu'il ne pouvait contrôler, en bref s'il résulte de la force majeure, car l'obligation dont la violation constitue l'acte illicite cesse dès qu'il devient impossible de l'exécuter \*. » [Tr. du Secrétariat.]

Voir aussi Ténékidès, *loc. cit.*, p. 785.

<sup>666</sup> Ainsi G. Sperduti (« Sulla colpa in diritto internazionale », Istituto di Diritto internazionale e straniero della Università di Milano, *Comunicazioni e studi*, Milan, Giuffrè, 1950, t. III, p. 102) affirme que la force majeure exclut l'illicéité et fait suivre cette affirmation du commentaire suivant :

« La force majeure exerce, quant à la responsabilité d'une entité abstraite [...], une influence analogue à la violence sur la personne des organes en ce qui concerne la validité des actes juridiques ; dans les deux cas, étant donné l'impossibilité psychologique de se déterminer (*vis absoluta*) ou de se déterminer librement (*vis compulsiva*) à agir comme il convient d'agir, l'activité qui est le fait de l'individu-organe, soit ne peut être considérée comme propre à l'entité, soit, en tout état de cause, du fait même de ses circonstances anormales, n'engendre pas les conséquences relevant d'une activité de l'entité. » [Tr. du Secrétariat.]

De même, Jiménez de Aréchaga (*loc. cit.*, p. 544) écrit que « il n'y a pas responsabilité si un dommage se produit indépendamment de la volonté de l'agent de l'État et par suite de la force majeure » [Tr. du Secrétariat]. Pour M. Sibert (*Traité de droit international public*, Paris, Dalloz, 1951, t. II, p. 311), il faut que le fait dommageable soit imputable à son auteur, « qu'il résulte de sa libre détermination ». De même, pour G. Schwarzenberger (« The fundamental principles of international law », *Recueil des cours...*, 1955-I, Leyde, Sijthoff, 1956, t. 87, p. 351), il faut pour qu'il y ait responsabilité que « l'acte illicite [...] soit volontaire ». Voir aussi Quadri, *op. cit.*, p. 589, et Brownlie, *Principles...* (*op. cit.*), p. 423.

<sup>659</sup> Moore, *op. cit.*, vol. III, p. 2969 [tr. du Secrétariat], et Étude du Secrétariat, par. 352.

<sup>660</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1952.V.3.), p. 159, et Étude du Secrétariat, par. 463.

<sup>661</sup> Voir *C.I.J. Recueil 1949*, p. 23, et Étude du Secrétariat, par. 303.

<sup>662</sup> Voir *C.I.J. Recueil 1949*, p. 72, et Étude du Secrétariat, par. 306.

à cette expression, il est hors de doute qu'ils font entrer dans la force majeure l'hypothèse d'une situation mettant l'État dans l'impossibilité absolue de se conformer à l'obligation<sup>667</sup>. En outre, l'exclusion de l'illicéité du fait de l'État dans des conditions qui rendent absolument impossible l'exécution de son obligation est implicitement mais obligatoirement acceptée par les auteurs qui, sans faire explicitement appel aux notions de « force majeure » et d'« impossibilité d'exécution », excluent que l'État puisse être tenu pour responsable dans les cas où, non seulement aucun dol, mais aucune négligence, ne sauraient lui être reprochés. Il est en effet difficile d'imaginer que l'on puisse attribuer une négligence à l'État dont le comportement a été dicté par l'impossibilité absolue dans laquelle il se trouvait, indépendamment de sa volonté, d'agir autrement<sup>668</sup>.

33) La contribution de la doctrine à la définition du « cas fortuit » et, partant, à sa différenciation de la « force majeure » n'est pas particulièrement riche. L'intérêt de la doctrine<sup>669</sup> est centré sur la polémique entre les tenants de la thèse selon laquelle la responsabilité internationale des États pour des faits non conformes à une obligation internationale serait une responsabilité « objective »<sup>670</sup> et ceux de la thèse opposée, qui voient une condition de l'existence d'un fait internationalement illicite de l'État, générateur de responsabilité, dans le caractère sinon intentionnel, tout au moins négligent, de la conduite de l'organe de l'État<sup>671</sup>. Les auteurs, et notamment les tenants, plus nombreux, de la deuxième thèse, se sont surtout penchés sur la définition de la « négligence » et sur la détermination de la ligne de partage entre une conduite qui reste « excusable », bien que non conforme à une obliga-

tion internationale, et une conduite dans laquelle il faut reconnaître une véritable « violation » de ladite obligation. Il va de soi, néanmoins, que pour les représentants de ce deuxième courant l'hypothèse du cas fortuit rentre sans l'ombre d'un doute dans le cadre des circonstances excluant toute négligence coupable dudit organe et, partant, tout caractère internationalement illicite de son action ou omission. Il ne faut d'ailleurs pas croire que ceux qui conçoivent la responsabilité internationale comme une responsabilité indépendante de la « faute » de l'organe agissant aillent jusqu'à nier quelque chose d'aussi normal, finalement, que l'exclusion de la responsabilité de l'État pour une conduite adoptée dans une situation de cas fortuit. Au contraire, il y a parmi eux des auteurs d'études des plus récentes et des plus approfondies qui prennent ouvertement position en faveur de cette exclusion<sup>672</sup>.

34) Il est également à noter que la force majeure est expressément mentionnée en tant que circonstance excluant en droit international l'illicéité d'un fait commis par un État, ou bien la responsabilité internationale découlant de ce fait, dans deux projets de codification, à savoir le projet préparé par Garcia Amador pour la CDI et le projet élaboré par Graefrath et Steiniger. Même si l'acceptation dans laquelle l'expression « force majeure » est prise dans ces textes paraît être plus large que celle d'une circonstance rendant matériellement impossible l'exécution de l'obligation, il va de soi que l'hypothèse de l'impossibilité matérielle y est nécessairement comprise<sup>673</sup>. D'autre part, le fait que les autres projets de codification ne mentionnent pas expressément cette circonstance d'exclusion de l'illicéité ne saurait être nécessairement interprété dans le sens d'une négation de la valeur de la force majeure comme circonstance excluant l'illicéité d'un fait de l'État, d'autant plus qu'ils ne mentionnent pas non plus d'autres circonstances excluant l'illicéité<sup>674</sup>.

35) Quant au cas fortuit, s'il est vrai qu'il n'est pas spécifiquement mentionné comme circonstance excluant l'illicéité d'un fait de l'État dans les projets de codification, il demeure néanmoins que plusieurs d'entre eux

<sup>667</sup> Voir p. ex. Basdevant, *loc. cit.*, p. 555; J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, Sirey, 1939, p. 62 et 63; Delbez, *op. cit.*, p. 368; R. Luzzatto, « Responsabilità e colpa in diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Milan, vol. 51, fasc. 1, 1968, p. 93; D. Ruzié, *Droit international public* (mémentos Dalloz), 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1978, p. 56; Giuliano, *op. cit.*, p. 601. Particulièrement nombreux sont les auteurs qui ont indiqué la « force majeure » comme circonstance justifiant des comportements non conformes à des obligations de l'État concernant le traitement des étrangers : v. Étude du Secrétariat, par. 538 et suiv. La position de J. Goebel mérite d'être rappelée : « La notion de force majeure est une notion de droit interne qui a été reprise dans la jurisprudence internationale pour permettre à un État d'échapper à la responsabilité dans des cas où il serait sans cela responsable. » (« The international responsibility of States for injuries sustained by aliens on account of mob violence, insurrections and civil war », *American Journal of International Law*, New York [N.Y.], vol. 8, n° 4 [octobre 1914], p. 813.) [Tr. du Secrétariat.]

<sup>668</sup> Certains auteurs (Quadri et Sperduti, par exemple) estiment par contre que l'on ne saurait considérer comme fondée la proposition inverse, qui dirait que l'exigence que le fait de l'État soit commis volontairement impliquerait nécessairement qu'il n'y ait pas eu négligence de sa part. Il y a des tenants de la thèse qui voient dans la force majeure une circonstance excluant l'illicéité et qui, comme Personnaz, Delbez et Ruzié, considèrent en même temps que l'absence de « faute » ou de « négligence » ne suffit pas à exclure l'illicéité.

<sup>669</sup> Un exposé détaillé figure dans l'Étude du Secrétariat, par. 488 et suiv. Voir aussi le compte rendu très nuancé des différentes positions établi par Luzzatto, *loc. cit.*, p. 53 et suiv.

<sup>670</sup> Voir, pour les principaux, Étude du Secrétariat, notes 703 à 722.

<sup>671</sup> Voir, pour les principaux, *ibid.*, notes 683 à 702.

<sup>672</sup> Luzzatto (*loc. cit.*, p. 93) affirme l'existence d'obligations de réparer engendrées par des faits étatiques en dépit de l'impossibilité de considérer ces derniers comme « illicites », parce que commis sans dol ni négligence. Mais il souligne en même temps la possibilité qu'une telle obligation de réparer soit exclue au cas où le fait étatique aurait été dû à la force majeure ou au cas fortuit.

<sup>673</sup> D'après l'article 17, par. 1, de l'avant-projet révisé soumis en 1961 à la CDI par F. V. Garcia Amador :

« L'acte ou l'omission n'est pas imputable à l'État lorsqu'il est dû à un cas de force majeure, qui empêche l'État de remplir l'obligation internationale en cause et ne résulte pas d'un acte ou d'une omission des organes ou fonctionnaires dudit État. » (*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 50, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif.)

L'article 10, 6<sup>e</sup> alinéa, du projet de B. Graefrath et P. A. Steiniger précise :

« Die Entschädigungspflicht entfällt bei höherer Gewalt sowie im Falle eines Staatsnotstandes. » (L'obligation de réparer cesse d'exister s'il y a force majeure ou état de nécessité.) [*Loc. cit.*, p. 228.] (Tr. du Secrétariat.)

<sup>674</sup> Voir à ce sujet l'analyse effectuée dans l'Étude du Secrétariat, par. 561 et suiv.

subordonnent en général l'existence d'une responsabilité internationale de l'État à la condition que les faits générateurs de cette responsabilité, les faits d'omission, du moins <sup>675</sup>, soient entachés de dol ou de négligence. D'autres projets posent cette même condition par rapport au domaine plus restreint qui forme leur objet, à savoir celui des faits portant préjudice à des étrangers dans leur personne ou leurs biens <sup>676</sup>. D'autres encore en font autant par rapport à des faits non conformes à des obligations de prévention <sup>677</sup>. L'hypothèse du cas fortuit est donc implicitement incluse au nombre des hypothèses dans lesquelles lesdits projets excluent la naissance d'une responsabilité internationale.

36) L'examen de la pratique des États et de la jurisprudence internationale ainsi que de la doctrine permet de conclure, de l'avis de la Commission, qu'en droit international aussi il y a un principe bien établi et unanimement reconnu d'après lequel un fait de l'État non conforme à ce qu'une obligation internationale requerrait autrement de lui ne constitue pas un fait internationalement illicite dudit État si celui-ci, à la suite d'une situation de force majeure ou de cas fortuit, se trouve dans l'impossibilité matérielle d'agir autrement ou de se rendre compte qu'il n'agit pas en conformité avec l'obligation. Quelques précisions sont cependant utiles pour bien définir les conditions dans lesquelles cette conclusion se justifie. En premier lieu, la force majeure doit être effectivement irrésistible et la survenance d'un événement extérieur doit être objectivement imprévue ; autrement dit, l'État ne doit avoir aucune possibilité réelle de se soustraire aux effets d'une telle force ou d'un tel événement. En deuxième lieu, il faut que l'État obligé n'ait pas lui-même contribué, intentionnellement ou par sa négligence, à la survenance de la situation d'impossibilité matérielle qui l'empêche de se conformer à l'obligation ou de s'apercevoir de la non-conformité du comportement adopté à l'obligation. Un État ne pourra pas invoquer, par exemple, la destruction du bien qu'il était tenu de remettre à un autre État, pour se justifier de ne pas l'avoir remis, au cas où lui-même l'aurait sciemment détruit ou fait détruire, ou n'aurait pas, par

négligence, empêché que la destruction se produise. De même, il ne pourra pas invoquer une avarie des moteurs pour justifier la pénétration de son avion dans l'espace aérien d'un autre État si c'est à sa propre action ou à sa négligence que l'avarie doit être attribuée. Il est vrai que, au moment où il adopte le comportement non conforme à l'obligation internationale qui lui incombe, il se trouve dans l'impossibilité d'agir autrement ou de se rendre compte que son comportement contrevient à l'obligation, mais c'est à lui-même qu'il doit de s'être trouvé dans cette situation, laquelle ne peut donc lui fournir ni justification ni excuse <sup>678</sup>.

37) Si les conditions ci-dessus mentionnées se trouvent réunies, nul doute que l'impossibilité matérielle résultant de la force majeure ou du cas fortuit a pour effet d'exclure l'illicéité du fait de l'État qui s'est réalisé dans ces conditions, bien qu'un tel fait ne soit pas conforme à ce qu'autrement l'obligation requerrait de lui. L'obligation dont l'exécution est rendue impossible pour raisons de force majeure ou de cas fortuit est une obligation qui subsiste mais qui, en l'espèce, est rendue définitivement ou temporairement inopérante. Aucune violation de cette obligation ne peut se produire dans de telles circonstances. L'élément objectif du fait illicite fait défaut. Il n'y a donc pas fait internationalement illicite.

38) En relation avec ce qui est dit au paragraphe précédent, la Commission désire préciser que, dans les cas où un fait de l'État est un fait ayant un caractère de continuité, la question se pose de savoir quel serait l'effet de la cessation éventuelle, pendant que le fait de l'État se poursuit, de la situation de force majeure ou de cas fortuit qui existait au moment où ce fait a commencé. D'après la Commission, il est hors de doute que s'il n'y a pas de changement dans le comportement de l'État, ce comportement, qu'il consiste en une action ou en une omission, deviendra un fait internationalement illicite à partir du moment où la situation de force majeure ou de cas fortuit aura cessé d'exister <sup>679</sup>. Dans le cas d'une obligation « de ne pas faire », de s'abstenir de déverser en mer des hydrocarbures, par exemple, tout déversement dont l'illicéité n'est exclue que parce que commis dans des conditions de force majeure ou de cas fortuit devient illicite, s'il se poursuit, dès que la situation

<sup>675</sup> Voir art. 1, deuxième alinéa, du projet de K. Strupp (*Annuaire...* 1969, vol. II, p. 158, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe IX) et art. 3 du projet de A. Roth (*ibid.*, annexe X).

<sup>676</sup> Voir art. 1 du projet adopté par la branche japonaise de l'ILA et l'Association de droit international du Japon (*ibid.*, p. 146, annexe II), et règle I du projet adopté en 1927 par l'Institut de droit international (*Annuaire...* 1956, vol. II, p. 228, doc. A/CN.4/96, annexe 8).

<sup>677</sup> Voir art. X, XI, XII et XIV du projet élaboré en 1929 par la Harvard Law School (*ibid.*, p. 229 et 230, annexe 9) et art. 3, par. 1, al. a et b, et 5 à 13 du projet élaboré par la même école en 1961 (*Annuaire...* 1969, vol. II, p. 148 à 150, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VII), et art. 7 de l'avant-projet révisé établi par Garcia Amador en 1961 (*Annuaire...* 1961, vol. II, p. 49, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif). A propos de cette dernière disposition, il peut être intéressant de relever qu'en se référant à la détermination de la responsabilité internationale de l'État à l'occasion de préjudices causés à un étranger par des agissements de particuliers, elle indique expressément qu'aux fins de cette détermination « on tient compte, en particulier, du caractère prévisible \* de l'acte dommageable » — ce qui implique que l'hypothèse du cas fortuit est nécessairement exclue du nombre des cas où la responsabilité peut être établie, le cas fortuit étant, par définition, celui d'un événement imprévisible.

<sup>678</sup> C'est à cette condition que le Gouvernement suisse se référerait (v. ci-dessus par. 8 du présent commentaire) lorsque, dans sa réponse au point V de la demande d'informations soumise par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930, il mentionnait expressément le cas fortuit et la force majeure comme circonstances excluant la responsabilité internationale, mais en précisant qu'il était entendu « que l'État pourrait quand même être tenu pour responsable si le cas fortuit ou le cas de force majeure ont été précédés d'une faute sans laquelle aucun préjudice n'aurait été causé à un État tiers dans la personne ou les biens de ses ressortissants \* ».

<sup>679</sup> En 1915, deux zeppelins allemands pénétrèrent dans l'espace aérien des Pays-Bas, État neutre, et, bien qu'à un moment donné on leur signalât leur position et on les mit en demeure d'atterrir, ils continuèrent leur route. Le Gouvernement néerlandais fit valoir que même si les deux zeppelins pouvaient avoir été amenés à survoler le territoire néerlandais par une erreur fortuite, leur comportement après qu'on leur eut révélé la situation n'était plus justifiable. Le Gouvernement allemand reconnut le bien-fondé de la protestation néerlandaise et présenta ses regrets. V. Hackworth, *op. cit.*, 1943, vol. VII, p. 551 et 552.

de force majeure ou de cas fortuit cesse. Dans le cas d'une obligation « de faire », de livrer du charbon ou un autre produit du sous-sol, par exemple, l'omission de cette livraison, excusée si elle est due à une calamité ou à une autre cause naturelle, devient illicite à partir du moment où les conditions permettant d'effectuer l'extraction et d'assurer la livraison sont rétablies<sup>680</sup>. En d'autres termes, l'effet d'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'État se produit uniquement par rapport à cette partie du fait continu qui s'est déroulé pendant que la situation de force majeure ou de cas fortuit subsistait.

39) Certains membres de la Commission, tout en reconnaissant le principe de l'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'État commis dans des circonstances relevant des dispositions du présent article, se sont cependant demandé si, là où le fait commis dans des conditions de force majeure ou de cas fortuit aurait quand même causé des dommages matériels, il était juste d'en laisser toute la charge à l'État ayant subi lui-même ou dans la personne de ses ressortissants les dommages en question. Il ne leur semblait pas équitable, en effet, que ces dommages, bien qu'étant en quelque sorte une conséquence de l'impondérable, fussent supportés uniquement par leurs victimes, au moins tout aussi innocentes que leurs auteurs. A leur avis, il serait juste d'envisager au moins une répartition de ces dommages. La Commission a souscrit aux vues de ces membres, en soulignant que l'article ici formulé excluait l'illicéité du fait de l'État non conforme à une obligation internationale commis pour cause de force majeure et de cas fortuit, et par conséquent l'attribution audit État d'une responsabilité pour fait illicite, mais n'excluait pas la possibilité que des règles différentes interviennent dans de tels cas et mettent à la charge de l'État d'éventuelles obligations de dédommagement total ou partiel, non liées à la perpétration d'un fait illicite. D'après la Commission, une étude approfondie de ces obligations pourrait être effectuée soit dans le cadre de la deuxième partie du rapport sur la responsabilité des États pour faits illicites, soit dans celui du rapport sur la responsabilité découlant de faits internationalement licites.

40) Pour ce qui a trait à la *formulation de l'article*, la Commission tient à relever que le libellé du *paragraphe 1* met bien en évidence, par l'adjectif « irrésistible » qui accompagne le mot « force », qu'il doit s'agir, dans le cas concret, d'une contrainte à laquelle l'État n'était pas en mesure de se soustraire ou de s'opposer par ses propres moyens. Les adjectifs « extérieur » et « imprévu », qui suivent le terme « événement », mettent en relief qu'il doit s'agir d'un événement à la survenance duquel

l'État est resté étranger<sup>681</sup>, et que cette survenance ne devait pas avoir été auparavant prévue, ni non plus rentrer dans le domaine du facilement prévisible. L'expression « en dehors de son contrôle » confirme, à propos de l'événement, ce que l'on vient de dire de l'adjectif « irrésistible » qui suit le mot « force ». L'événement doit être un fait qui se produit et cause ses effets sans que l'État puisse exercer sur lui une influence en vue d'y remédier ou d'en prévenir les conséquences. L'adverbe « matériellement » qui précède le terme « impossible » veut marquer qu'il ne suffirait pas, aux fins des dispositions de l'article, que la « force irrésistible » ou l'« événement extérieur imprévu » aient rendu *très difficile* à l'État d'agir conformément à l'obligation ou de se rendre compte que son comportement contrevenait à l'obligation. Autrement dit, la Commission a voulu souligner que l'État ne doit avoir eu à cet égard aucune possibilité. Enfin, la construction du membre de phrase « *qui a rendu matériellement impossible à l'État...* » entend mettre en évidence qu'un *lien de causalité* doit avoir existé entre la « force irrésistible » ou l'« événement extérieur imprévu », d'une part, et l'impossibilité matérielle rencontrée par l'État, de l'autre.

41) Le libellé du *paragraphe 2* précise que « le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'État en question a contribué à la survenance de la situation d'impossibilité matérielle ». Son but est d'énoncer expressément l'autre condition qui est requise pour que les dispositions du paragraphe 1 puissent s'appliquer. Si l'État apporte d'une manière ou d'une autre — intentionnellement ou, aussi, par négligence — une contribution à la survenance de la situation d'impossibilité matérielle créée par la force majeure ou par le cas fortuit, l'exclusion de l'illicéité du fait commis par l'État ne se produit pas, même s'il y a concurrence d'autres facteurs qui échappent réellement à son contrôle.

42) Enfin, la Commission s'est demandé si, compte tenu des remarques déjà faites à ce sujet, il y avait ou non lieu d'ajouter à l'article un troisième paragraphe précisant que l'exclusion de l'illicéité du fait de l'État commis dans les conditions indiquées aux paragraphes 1 et 2 doit rester sans préjudice de la possibilité que l'État ayant commis le fait en question encoure, à d'autres titres que celui d'une responsabilité pour fait illicite, certaines obligations — celle par exemple d'indemniser les dommages causés par ce fait. La Commission a toutefois estimé qu'une précision de ce genre devrait s'appliquer également à d'autres circonstances excluant l'illicéité faisant l'objet du présent chapitre. Elle a par conséquent décidé d'examiner à la prochaine session, après avoir achevé l'examen des diverses circonstances excluant l'illicéité internationale d'un fait de l'État, la question de l'opportunité d'insérer dans ce chapitre une clause de réserve du type indiqué.

<sup>680</sup> Dans l'Affaire de la Société commerciale de Belgique, le conseil du Gouvernement belge a déclaré que « dans les obligations portant sur des choses fongibles, comme une somme d'argent, il n'y a jamais de force majeure; il peut seulement y avoir un état d'insolvabilité, plus ou moins prolongé, qui n'affecte pas l'obligation juridique de payer » (C.P.J.I., série C, n° 87, p. 270). Or, il peut très bien y avoir une situation de force majeure, par exemple, qui empêche à un moment donné de payer, mais cette situation est, de par sa nature, temporaire. Une fois qu'elle a disparu, l'obliga-

tion redevient automatiquement opérante, et si, à ce moment-là, l'État obligé continue de ne pas se conformer à son obligation, il y aura fait illicite de sa part.

<sup>681</sup> Par contre, l'emploi de l'adjectif « extérieur » n'entend pas introduire l'idée que cet événement doive nécessairement se produire en dehors des frontières de l'État. La Commission a décidé de garder le mot « extérieur », que certains membres considéraient superflu, pour éviter que des doutes ne subsistent sur le point qu'elle a entendu souligner.

Article 32

Détresse

1. L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si l'auteur du comportement qui constitue le fait de cet Etat n'avait pas d'autre moyen, dans une situation d'extrême détresse, de sauver sa vie ou celle de personnes confiées à sa garde.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'Etat en question a contribué à la survenance de la situation d'extrême détresse ou si le comportement en question était susceptible de créer un péril comparable ou supérieur.

Commentaire \*/

1) Le présent article vise une autre circonstance susceptible d'exclure l'illicéité en droit international, à savoir celle de la « détresse » de l'auteur du comportement qui constitue le fait étatique dont l'illicéité est en question. Par « détresse », on entend une situation de péril extrême dans laquelle l'organe étatique qui adopte un tel comportement n'a, au moment même, d'autre moyen de se sauver ou de sauver des personnes confiées à sa garde que celui d'agir de manière non conforme aux prescriptions de l'obligation en question.

2) Dans les hypothèses de force majeure et de cas fortuit envisagées à l'article 31 du projet, l'organe ou la personne qui agit pour le compte de l'Etat se trouve dans l'impossibilité matérielle d'agir autrement que d'une manière non conforme à l'obligation. Il en découle que les comportements adoptés dans des conditions de force majeure sont, comme on l'a dit, des comportements involontaires. Le sujet qui agit n'a pas le choix : une force irrésistible le contraint à adopter le comportement non conforme à celui qui est requis par l'obligation internationale à la charge de son Etat. De même, pour les comportements adoptés dans une hypothèse de cas fortuit, ces comportements sont, sinon involontaires, du moins non intentionnels pour ce qui est de leur non-conformité à une obligation internationale. Dans l'hypothèse de la détresse, par contre, un choix existe théoriquement, si bien que le comportement adopté n'est pas entièrement involontaire. Toutefois, ce choix n'est pas un « véritable choix », un « libre choix », quant à la décision à prendre, car la personne agissant pour le compte de l'Etat sait que, si elle adopte le comportement requis par l'obligation internationale, elle, et les personnes qui lui sont confiées, seraient presque inévitablement destinées à périr. La « possibilité » d'agir conformément à l'obligation internationale n'est donc, en de telles circonstances, qu'apparente. Elle est en fait pratiquement annihilée par la situation de péril extrême qui, comme on vient de le dire, caractérise les situations de « détresse ». C'est pour cette raison que les auteurs qui se sont penchés sur cette hypothèse l'ont souvent définie comme une hypothèse d'« impossibilité relative » de se conformer à l'obligation internationale et, rapprochant ainsi cette hypothèse de celle de l'impossibilité « matérielle » ou « absolue », en ont le plus souvent traité dans le cadre de la force majeure<sup>683</sup>.

3) D'autre part, la Commission se doit d'attirer l'attention sur le fait que, dans les situations de détresse envisagées dans le présent article, le choix qui théoriquement peut s'offrir à l'agent de l'Etat qui agit n'est pas entre le respect des engagements internationaux de l'Etat ou la sauvegarde d'un intérêt supérieur dudit Etat. Le danger extrême et imminent est un danger pour la personne des organes étatiques qui adoptent le comportement constituant en l'espèce le fait de l'Etat, et non pas pour l'existence de l'Etat lui-même ou pour l'un de ses intérêts vitaux. Il s'agit donc, si l'on veut, de situations de « nécessité » pour ce qui est de la personne même des organes étatiques, et non pas d'une vraie « nécessité » de l'Etat. Cet autre élément caractéristique des situations de « détresse » qui font l'objet du présent article permet donc de les distinguer nettement de l'hypothèse de l'« état de nécessité », qui fera l'objet de l'article suivant, c'est-à-dire des situations de danger grave et imminent pour l'Etat et pour ses intérêts vitaux.

4) Dans la pratique internationale, la détresse, en tant que circonstance susceptible d'exclure l'illicéité d'un fait de l'Etat autrement illicite, a surtout été invoquée et reconnue dans des cas où il était question de la violation d'une frontière d'un autre Etat, et tout particulièrement des espaces aériens et maritimes des Etats : par exemple lorsque le capitaine d'un navire d'Etat en détresse fuyant la tempête cherche refuge dans un port étranger sans y avoir été autorisé, ou lorsque le pilote d'un avion d'Etat atterrit sans autorisation sur sol étranger pour éviter une catastrophe sinon inévitable. Mais dans la pratique il y a eu aussi des cas où il a été question de la violation d'une frontière terrestre pour sauver la vie d'une personne en danger<sup>684</sup>.

5) Parmi les nombreux cas de violation de l'espace aérien d'un Etat étranger<sup>685</sup> où l'existence d'un péril grave pour la vie même de la personne de l'organe auquel il incombait de se conformer à une obligation internationale de son Etat a été invoquée comme raison justificative du comportement de l'organe non conforme à l'obligation, on peut rappeler une affaire particulièrement significative, à savoir celle de la pénétration en 1946 de l'espace aérien de la Yougoslavie par des avions militaires des Etats-Unis d'Amérique. Le 9 et le 19 août 1946, deux avions militaires des Etats-Unis pénétrèrent sans autorisation dans l'espace aérien yougoslave. La défense aérienne yougoslave les attaqua. Le premier

« L'entrée peut être « intentionnelle » en ce sens que le pilote sait qu'il pénètre dans un espace aérien étranger sans autorisation expresse, mais, la seule autre perspective étant pour lui de s'écraser au sol ou en mer, ce serait exposer l'aéronef [...] à un risque si déraisonnable que l'entrée doit être considérée comme imposée par des circonstances indépendantes de la volonté du pilote (force majeure). » (O. J. Lissitzyn, « The treatment of aerial intruders in recent practice and international law », *American Journal of International Law*, Washington [D.C.], vol. 47, n° 4 [octobre 1953], p. 588.) [Tr. du Secrétariat.]

<sup>683</sup> P. ex. dans une affaire de violation de la frontière autrichienne par des soldats italiens en 1862. Voir S.I.O.I.-C.N.R., *op. cit.*, p. 869, et *Étude du Secrétariat*, par. 121.

<sup>684</sup> Outre les cas cités aux paragraphes 141, 142 et 252 de l'*Étude du Secrétariat*, voir ceux que mentionne Lissitzyn, *loc. cit.*, p. 559 et suiv. Voir aussi les cas cités par Hackworth, *op. cit.*, 1941, vol. II, p. 305.

<sup>685</sup> A propos de pénétrations non autorisées dans l'espace aérien d'un Etat étranger par un avion d'un Etat en détresse, il faut tenir par exemple que

parvint à faire un atterrissage forcé, le second s'écrasa au sol. Le Gouvernement américain soutint que les deux avions n'avaient pénétré dans l'espace aérien yougoslave que pour échapper à un péril extrême, et il protesta auprès du Gouvernement de Belgrade contre l'attaque desdits avions. Le Gouvernement yougoslave répliqua en dénonçant les violations systématiques de son espace aérien, violations qui, vu leur fréquence, ne pouvaient à son avis qu'être intentionnelles. Cependant, dans une note adressée le 30 août 1946 au Département d'État américain, le chargé d'affaires yougoslave fit savoir que le maréchal Tito avait interdit de tirer sur les avions survolant sans autorisation le territoire yougoslave, en présumant

que le Gouvernement des États-Unis d'Amérique prendrait de son côté les mesures nécessaires pour empêcher ces vols sauf dans les cas d'urgence ou de mauvais temps, pour lesquels des arrangements pourraient être prévus sur la base d'un accord entre les autorités américaines et yougoslaves<sup>685</sup>.

Dans sa réponse du 3 septembre 1946, le Secrétaire d'État américain par intérim réitéra l'assertion que

Aucun avion américain n'a, sans autorisation préalable des autorités yougoslaves, survolé intentionnellement le territoire yougoslave à moins d'y avoir été contraint par un cas d'urgence [« emergency »]. Je suppose que le Gouvernement yougoslave reconnaît que dans le cas où un avion et ses passagers sont mis en danger, l'avion peut s'écarter de sa route pour se mettre en sécurité\*, même s'il doit de ce fait survoler le territoire yougoslave sans autorisation préalable<sup>686</sup>.

Il en résulte donc que les deux gouvernements étaient en fait d'accord pour considérer comme justifiés les franchissements de frontières aériennes quand de tels comportements étaient nécessaires pour sauver l'avion et ses occupants.

6) Les mêmes principes ont été affirmés dans des cas de violation d'une frontière maritime. Ainsi, dans la nuit du 10 au 11 décembre 1975, des navires de la marine britannique entrèrent dans les eaux territoriales islandaises. D'après le Gouvernement britannique, les navires en question y étaient entrés en cherchant à « se mettre à l'abri du mauvais temps, comme ils en ont le droit en vertu du droit international »<sup>687</sup>. Par contre, l'Islande soutenait que la présence dans ses eaux des navires de la marine britannique n'avait pour but que de provoquer un incident. Cependant, et c'est là le point qui présente ici un intérêt, l'Islande ne contesta pas le point de droit en vertu duquel, si les navires britanniques s'étaient trouvés en situation de détresse, l'autorisation

d'entrer dans les eaux territoriales islandaises leur revenait de droit<sup>688</sup>.

7) Les conventions de codification du droit de la mer prévoient d'ailleurs la détresse en tant que circonstance permettant d'adopter des comportements qui sinon seraient illicites. Dans son commentaire de l'article 31, la Commission a déjà cité le paragraphe 3 de l'article 14 de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, qui permet, comme conséquence du droit de passage inoffensif par les eaux territoriales étrangères, le stoppage et le mouillage pour autant qu'ils s'imposent à un navire en état de relâche forcée ou de détresse<sup>689</sup>. Une disposition analogue figure au paragraphe 2 de l'article 18 du « Texte de négociation composite officieux/Révision 1 » sur le droit de la mer, de 1979, qui mentionne aussi l'hypothèse d'un « arrêt » fait dans le but de porter secours à des personnes, navires ou aéronefs en détresse<sup>690</sup>. Il y a d'ailleurs d'autres dispositions de textes de conventions ou de projets de convention qui prévoient la détresse comme circonstance propre à justifier l'adoption d'un comportement différent de celui qui est normalement requis. Des dispositions en ce sens figurent, par exemple, dans les conventions internationales pour la prévention de la pollution de la mer. La Convention internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures, du 12 mai 1954 prévoit à l'article IV, par. 1, al. a, que l'interdiction de déverser en mer des hydrocarbures ne s'applique pas si ce fait est « effectué par un navire pour assurer sa sécurité, éviter une avarie au navire ou à la cargaison, ou sauver des vies humaines en mer »<sup>691</sup>. De même, la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, du 29 décembre 1972, dispose, à l'article V, que la prohibition de rejeter à la mer des choses en question ne s'applique pas

lorsqu'il est nécessaire d'assurer la sauvegarde de la vie humaine ou la sécurité de navires, aéronefs, plate-formes ou autres ouvrages en mer dans les cas de force majeure dus à des intempéries ou à toutes autres causes et qui mettent en péril des vies humaines ou qui constituent une menace directe pour un navire, un aéronef, une plate-forme ou d'autres ouvrages en mer, sous réserve que l'immersion apparaisse comme le seul moyen de faire face à la menace [...] »<sup>692</sup>.

<sup>685</sup> Il peut être intéressant de remarquer, bien qu'il ne s'agisse pas de cas d'exclusion de l'illicéité internationale d'un fait de l'État, que la « détresse » a toujours été considérée comme justifiant exceptionnellement l'entrée de navires privés étrangers dans les ports d'un autre État, ou le droit d'arrêt (« stoppage ») et de « mouillage ». Dans ces cas, cependant, l'illicéité qui était ainsi exclue était une illicéité de droit interne. Voir les cas cités dans l'Étude du Secrétariat, dont celui, célèbre, de l'*Enterprise* (par. 328 à 331). Également à propos de navires privés, voir la prise de position du Gouvernement britannique dans le mémoire soumis par lui le 28 août 1958 à la CIJ dans l'Affaire de l'incident aérien du 27 juillet 1955 (C.I.J. *Mémoires* [op. cit.], p. 358 et 359).

<sup>686</sup> Voir ci-dessus art. 31, par. 16 du commentaire.

<sup>687</sup> Voir ci-dessus note 637.

<sup>688</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 327, p. 9. Voir Étude du Secrétariat, par. 91.

<sup>689</sup> Publication de l'OMCI, numéro de vente : 76.14.F. Voir Étude du Secrétariat, par. 92.

<sup>685</sup> Voir ci-dessus art. 31, par. 13 du commentaire.

<sup>686</sup> États-Unis d'Amérique, *Department of State Bulletin* (op. cit.), p. 504 [tr. du Secrétariat]. Reproduit dans l'Étude du Secrétariat, par. 145. On retrouve la même thèse dans le mémoire soumis le 2 décembre 1958 par le Gouvernement des États-Unis à la CIJ à propos de l'Affaire de l'incident aérien du 27 juillet 1955 (C.I.J. *Mémoires*, Incident aérien du 27 juillet 1955, p. 225 et suiv.).

<sup>687</sup> *Documents officiels du Conseil de sécurité, trentième année*, 1866<sup>e</sup> séance. Voir Étude du Secrétariat, par. 136.

Des dispositions de ce genre, qui ne font que refléter des principes du droit international général bien établis, sont également contenues dans beaucoup d'autres conventions multilatérales.

8) La Commission a donc constaté qu'il existe une pratique des États, révélée par les positions prises par eux à l'occasion de différends déterminés et lors de la conclusion de conventions internationales, d'après laquelle l'adoption par un organe de l'État d'un comportement non conforme à l'obligation de ne pas franchir la frontière maritime ou aérienne, et éventuellement terrestre, d'un autre État sans autorisation de sa part, ou non conforme à d'autres obligations spécifiques du droit de la mer, n'est pas un fait internationalement illicite si l'organe en question a dû se conduire de la sorte pour sauver sa vie ou celle d'autres personnes confiées à sa garde. Cela étant, la Commission a relevé que trois questions se posaient. a) Doit-on conclure qu'il y a en la matière une règle d'application générale, valable pour un comportement non conforme à n'importe quelle obligation internationale quel qu'en soit le contenu, ou bien qu'il n'y a qu'une règle dont l'application doit être considérée comme limitée au domaine dans lequel elle a été expressément admise dans la pratique? b) Est-ce que seul un danger pour la vie de l'organe et des autres personnes mentionnées peut exclure l'illicéité du comportement non conforme à une obligation déterminée, ou bien cette possibilité doit-elle être admise également lorsqu'un autre intérêt primordial desdites personnes est en péril? c) Doit-il y avoir une proportion entre l'intérêt sauvegardé par le recours à un comportement non conforme à une obligation internationale et d'intérêt protégé par l'obligation, intérêt qui se trouve alors sacrifié?

9) La doctrine est partagée quant à la réponse à donner à la première des trois questions<sup>693</sup>. C'est un fait que la détresse n'a été invoquée comme circonstance excluant l'illicéité d'un fait de l'État que dans des cas concrets où l'obligation mise en cause était celle de ne pas pénétrer sans autorisation dans l'espace maritime ou aérien d'un autre État. Mais, comme on l'a vu, certaines conventions ont étendu l'applicabilité du principe à des domaines quelque peu différents. Et le *ratio* du principe même peut faire admettre qu'il puisse être appliqué, ne fût-ce que par analogie, à d'autres hypothèses comparables. L'organe du gouvernement poursuivi par des insurgés ou des émeutiers décidés à l'abattre commettrait-il un fait internationalement illicite s'il cherchait le salut en s'introduisant sans autorisation dans une ambassade étrangère? D'autres hypothèses pourraient aussi être formulées. Mais il va de soi que le domaine des cas susceptibles d'être pris en considération est nécessairement limité par la nature même de l'hypothèse envisagée, à savoir celle d'un organe de l'État qui commet un acte non conforme à une obligation internationale pour sauver, dans une situation de péril

grave pour lui, son existence ou celle de personnes confiées à sa garde. Pour sauver sa vie ou celle des personnes dont elle a la garde dans une situation de détresse, une personne-organe ne sera d'ailleurs pas exposée à porter atteinte à de nombreuses obligations internationales de son État, et notamment aux plus importantes d'entre elles.

10) Pour ce qui est de la deuxième question, dans la pratique on parle généralement d'une situation de détresse, ce qui peut à la rigueur inclure une situation de danger grave, mais ne mettant pas nécessairement en cause l'existence même des personnes en question. Certes, la sauvegarde d'un bien autre que la vie, surtout s'il s'agit encore de l'intégrité physique de la personne, peut aussi représenter un intérêt susceptible de limiter fortement la liberté de détermination d'un être humain et l'amener à agir d'une manière justifiable bien que non conforme à une obligation internationale de l'État dont il est l'organe, mais il faut également tenir compte du fait qu'il ne convient pas, pour la sécurité des relations internationales, d'étendre excessivement les cas d'exclusion de l'illicéité des faits de l'État.

11) En ce qui concerne la troisième question, il paraît hors de doute à la Commission que l'illicéité de l'action ou omission non conforme à une obligation internationale ne saurait être exclue que s'il existe une commune mesure de valeur entre l'intérêt sauvegardé par cette action ou omission et l'intérêt que l'obligation était censée sauvegarder; qui plus est, il faut en fait que l'intérêt sacrifié soit inférieur à celui que représente la sauvegarde de la vie de l'organe ou des organes en détresse. Il serait inadmissible de vouloir justifier un comportement qui, pour sauver la vie d'une personne ou d'un petit groupe de personnes, mettrait en péril l'existence d'un nombre plus élevé d'êtres humains, ou risquerait de porter atteinte à des intérêts supérieurs d'autres États ou de la communauté internationale dans son ensemble<sup>694</sup>. Que l'on pense à un avion militaire chargé d'explosifs qui risquerait de provoquer une catastrophe en accomplissant un atterrissage de fortune ou à un sous-marin à propulsion atomique victime d'une avarie grave qui risquerait de provoquer une explosion atomique dans le port où il chercherait refuge, etc. De l'avis de la Commission, l'incidence de cette considération sur l'applicabilité du principe ne saurait donc être négligée.

12) Compte tenu de ce qui précède, la Commission, en libellant l'article 32, a prévu, au *paragraphe 1* que

L'illicéité d'un fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur du comportement qui constitue le fait de cet État n'avait pas d'autre moyen, dans une situation d'extrême [695] détresse, de sauver sa vie ou celle de personnes confiées à sa garde.

<sup>693</sup> C'est ainsi, par exemple, que Quadri (*op. cit.*, p. 226) formule la règle en termes généraux, alors que P. Lamberti Zanardi n'en conçoit l'application que par rapport à des obligations déterminées (« Necessità [Diritto internazionale] », *Enciclopedia del diritto*, Milan, Giuffrè, 1977, vol. 27, p. 905 et 906).

<sup>694</sup> Un membre de la Commission a justement attiré l'attention sur le fait que les intérêts qui pourraient être mis en cause par l'action commise par l'organe étatique en détresse ne sont pas nécessairement représentés par la sauvegarde de vies humaines. Il y a d'autres intérêts importants qui peuvent entrer en ligne de compte.

<sup>695</sup> Par l'emploi de cet adjectif, presque superflu en réalité, la Commission a entendu renforcer l'idée d'une limitation de l'hypothèse envisagée à des cas de péril ultime.

Le dernier membre de phrase délimite l'hypothèse à laquelle la disposition se réfère, en mettant en évidence qu'il s'agit des situations d'« extrême détresse » dans lesquelles « l'auteur du comportement [696] qui constitue le fait de cet État » non conforme à l'obligation internationale de ce dernier « n'avait pas d'autre moyen [...] de sauver sa vie ou celle de personnes confiées à sa garde. »

13) La Commission a tenu à souligner *expressis verbis* que pour que l'illicéité soit exclue conformément au paragraphe 1 de l'article, il faut, comme il est dit au paragraphe 2, que a) « l'État en question » n'ait pas « contribué à la survenance de la situation d'extrême détresse » ou que b) « le comportement en question »

---

<sup>696</sup> Par le terme « auteur du comportement », il faut entendre l'organe, ou plus généralement la personne, dont le comportement est attribuable à l'État d'après les critères codifiés au chapitre II du projet.

ne soit pas « susceptible de créer un péril comparable ou supérieur ». Il suffit que l'une ou l'autre de ces deux conditions ne soient pas remplies pour que toute possibilité d'exclusion d'illicéité prévue au paragraphe 1 soit écartée. La condition que l'État en question n'ait pas contribué à la survenance de la situation d'extrême détresse est analogue à celle qui est énoncée au paragraphe 2 de l'article 31 pour le cas de force majeure ou les situations de cas fortuit, et elle répond aux mêmes considérations. Par contre, la condition que le comportement en question ne soit pas « susceptible de créer un péril comparable ou supérieur » est une condition propre à la détresse comme circonstance excluant l'illicéité en droit international — condition que l'on retrouvera lorsqu'on traitera de l'« état de nécessité ».

14) Finalement, la Commission tient à souligner que les considérations exposées au paragraphe 42 du commentaire de l'article 31 sont également applicables aux dispositions de l'article 32 concernant la détresse comme circonstance excluant l'illicéité en droit international

Article 33

Etat de nécessité

1. L'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un Etat comme une cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait de cet Etat non conforme à une de ses obligations internationales, à moins que :

a) ce fait n'ait constitué le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel dudit Etat contre un péril grave et imminent; et que

b) ce fait n'ait pas gravement porté atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat à l'égard duquel l'obligation existait.

2. En tout état de cause, l'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un Etat comme une cause d'exclusion d'illicéité :

a) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'Etat n'est pas conforme découle d'une norme impérative du droit international général; ou

b) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'Etat n'est pas conforme est prévue par un traité qui, explicitement ou implicitement, exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité en ce qui concerne cette obligation; ou

c) si l'Etat en question a contribué à la survenance de l'état de nécessité.

Commentaire \*/

- 1) Par l'expression « état de nécessité », la Commission désigne la situation où se trouve un Etat n'ayant absolument pas d'autre moyen de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent que celui d'adopter un comportement non conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale envers un autre Etat.
- 2) L'état de nécessité est une situation caractérisée par une autonomie conceptuelle particulièrement nette. Il se distingue des causes d'exclusion de l'illicéité prévues par les articles 29 (Consentement), 30 (Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite) et 34 (Légitime défense) par le fait que, à la différence de ce qui se passe dans le cas de ces autres causes, l'exclusion de l'illicéité du fait commis en état de nécessité n'est pas motivée par la présence préalable, en l'espèce, d'un comportement déterminé de l'Etat à l'encontre duquel le fait en question est commis. Dans le cas prévu par l'article 29, par exemple, l'existence de ce comportement préalable est la condition *sine qua non* pour que le blâme de l'illicéité du fait de l'Etat soit éliminé. Et c'est l'expression du consentement à ce que cet autre Etat commette un fait non conforme à une obligation le liant à l'Etat « consentant » qui représente le comportement en question. Dans le cas prévu par l'article 30, ce comportement est représenté par la perpétration préalable, par l'Etat à l'encontre duquel on agit, d'un fait internationalement illicite. Dans le cas prévu par l'article 34, ce comportement consiste dans la commission, toujours par l'Etat envers lequel on agit, de cette infraction particulièrement grave

qui est représentée par un recours illégitime à la force armée. Dans le cas prévu par le présent article, par contre, l'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'Etat non conforme à une obligation internationale envers un autre Etat est tout à fait indépendante du comportement adopté par ce dernier. Pour établir s'il y a exclusion de l'illicéité au titre de l'état de nécessité, il n'y a pas lieu de se demander s'il y a eu ou non consentement de l'Etat en question, si celui-ci avait ou non préalablement commis un fait internationalement illicite, ou s'il avait ou non entrepris la perpétration d'une agression. Cette dernière éventualité sera particulièrement importante pour distinguer la circonstance d'exclusion de l'illicéité dont traite le présent article de celle dont traitera l'article 34, à savoir la légitime défense. Dans les deux cas, le fait qui dans d'autres circonstances serait illicite est un fait dicté par la nécessité de parer à un danger grave et imminent menaçant un intérêt essentiel de l'Etat; toutefois, pour pouvoir invoquer la légitime défense, il faut que ce danger ait été causé par l'Etat envers lequel on agit et qu'il soit représenté par le recours par cet Etat à l'emploi de la force armée.

3) La non-pertinence du comportement préalable de l'Etat à l'encontre duquel le fait que l'on entend justifier a été commis est par contre une donnée commune à l'état de nécessité et aux circonstances dont traitent les articles 31 (Force majeure et cas fortuit) et 32 (Détresse). Une autre donnée commune est alors le fait que l'Etat doit avoir été amené à adopter un comportement non conforme à l'obligation internationale par un facteur extérieur. Dans le cas prévu par l'article 31, cependant, il s'agit d'un facteur qui rend matériellement impossible à la personne dont le comportement est attribué à l'Etat, soit d'adopter un comportement conforme à l'obligation internationale, soit de se rendre compte de la contradiction existante entre son comportement et celui qui est requis par l'obligation internationale. Le comportement adopté par l'Etat est donc un comportement en lui-même non intentionnel ou dont la contradiction avec l'obligation est non intentionnelle. Par contre, dans le cas de l'état de nécessité, le caractère volontaire du comportement, l'aspect intentionnel de sa non-conformité avec l'obligation internationale, sont non seulement indéniables, mais en quelque sorte logiquement inhérents à la justification que l'on avance; lorsqu'on invoque l'état de nécessité, on est parfaitement conscient d'avoir choisi délibérément d'agir d'une manière non conforme à une obligation internationale. Quant au cas prévu à l'article 32, il se situe en quelque sorte dans une zone intermédiaire. Les personnes agissant au nom de l'Etat ne sont pas, il est vrai, matériellement forcées d'adopter, tout à fait involontairement, un comportement non conforme à ce qui est requis par une obligation internationale de cet Etat; mais il y a tout de même un facteur extérieur qui intervient et qui met ces personnes dans une situation de détresse telle qu'elles ne peuvent échapper à un sort tragique pour elles-mêmes (et, éventuellement, pour ceux qui sont confiés à leur garde) qu'en agissant de manière non conforme à une obligation internationale incombant à leur Etat. Théoriquement, on peut dire qu'un choix existe toujours, si bien que le comportement n'est pas entièrement involontaire, mais il ne s'agit pas

d'un « véritable choix », d'un « libre choix » quant à la décision à prendre, car la personne agissant pour le compte de l'Etat sait que si elle adopte le comportement requis par l'obligation internationale, elle-même et les personnes confiées à sa garde seraient presque inévitablement destinées à périr. La possibilité d'agir conformément à l'obligation internationale n'est donc, en de telles circonstances, qu'apparente. Il en va autrement quand les Etats ont appel pour leur justification à l'état de nécessité. La « nécessité » dont on parle est alors une « nécessité d'Etat » : la situation de péril extrême que l'on avance n'est pas représentée par un risque pour la vie des personnes physiques dont le comportement est attribué à l'Etat, mais par un danger grave pour l'existence de l'Etat lui-même, pour sa survie politique ou économique, pour le maintien de la possibilité de fonctionnement de ses services essentiels, pour la conservation de sa paix intérieure, pour la survie d'une partie de sa population, pour la conservation écologique de son territoire ou d'une partie de son territoire, etc. Les organes étatiques appelés alors à décider du comportement de l'Etat ne se trouvent nullement dans des conditions susceptibles d'annihiler leur propre volonté. Ce sont eux, bien sûr, qui décident de la conduite à tenir en présence des conditions anormales de péril où se trouve l'Etat dont ils sont les organes, mais leur libre arbitre personnel n'est nullement affecté. Le comportement adopté sera donc la conséquence d'un choix délibéré, pleinement conscient et volontaire.

4) On a traditionnellement recherché des prétendues « justifications » de la situation que l'on décrit par les termes « état de nécessité ». D'après certains auteurs, surtout anciens, cette situation serait caractérisée par la présence d'un conflit entre deux « droits subjectifs », dont l'un devrait inévitablement être sacrifié à l'autre : d'un côté le droit de l'Etat X, que l'Etat Y serait tenu de respecter en vertu d'une obligation internationale le liant à l'Etat X, et d'un autre côté un droit dudit Etat Y, que ce dernier pourrait à son tour faire valoir à l'égard de l'Etat X. Cette idée a eu son origine, au XIX<sup>e</sup> siècle, dans la conviction alors répandue de l'existence de certains « droits fondamentaux » et de la prévalence nécessaire de ces « droits fondamentaux » sur les autres droits de l'Etat. C'est le prétendu « droit » défini comme « droit à l'existence » ou surtout « droit à la conservation de soi-même » ou « droit à l'autoconservation » (« right of self-preservation », « Recht auf Selbsterhaltung »), qui a été avancé comme étant le droit subjectif qui devrait prendre le pas sur les droits subjectifs d'un autre Etat. Par la suite, l'existence d'un « droit à l'autoconservation » ayant été rejetée par la doctrine, on a voulu identifier ce droit dans un non moins prétendu « droit de nécessité ». Mais, pour la plupart des auteurs, il est inexact de parler d'un « droit subjectif » de l'Etat qui invoque l'état de nécessité. Le terme « droit subjectif » désigne la possibilité d'exiger en droit d'un autre sujet une prestation ou un comportement déterminés. Or, celui qui invoque à titre de justification de son fait une situation de nécessité n'avance à l'égard d'autrui aucune « prétention » à une prestation ou à un comportement. La situation devrait donc être plutôt décrite comme celle d'un conflit entre un intérêt (si essentiel soit-il) d'un côté et un droit sub-

jectif de l'autre. Selon une troisième façon de voir, qui a été avancée à la Commission pendant les débats, la situation devrait être décrite comme étant celle d'un conflit entre deux normes abstraites différentes qui, pour un ensemble fortuit de circonstances, ne pourraient pas être respectées simultanément, et dont l'une serait précisément celle qui prévoit l'état de nécessité. La Commission a pris acte des différentes explications fournies, mais a jugé qu'elle n'avait pas à prendre position à leur sujet, car le fait d'accueillir l'une ou l'autre desdites explications n'avait pas de pertinence pour la détermination du contenu de la règle qu'elle devait formuler.

5) La Commission a jugé à ce propos que sa tâche, comme pour les articles précédents, était celle d'examiner la pratique des Etats et la jurisprudence internationale, eu égard aussi aux opinions des auteurs d'ouvrages scientifiques, pour établir s'il y avait ou non lieu de prévoir, parmi les circonstances excluant l'illicéité, la situation qu'elle a dénommée « état de nécessité », et, dans l'affirmative, à quelles conditions et dans quelles limites

6) Dans la pratique internationale, les cas où un Etat a invoqué une situation de nécessité (qu'il ait ou non employé pour la désigner ces termes précis ou d'autres, ceux de force majeure ou de « self-défense » par exemple) pour justifier un comportement différent de celui qui aurait été requis en l'espèce par une obligation internationale à sa charge sont très nombreux<sup>118</sup>. La Commission a cependant jugé suffisant, aux fins du présent commentaire, de ne mentionner et n'analyser que les cas qui, d'une manière ou d'une autre, peuvent se révéler concluants aux fins de la détermination du contenu de la règle à codifier. C'est pour cela qu'on citera en premier lieu les cas qui ont trait à des domaines par rapport auxquels l'applicabilité de l'excuse de nécessité ne paraît pas avoir donné lieu à des contestations véritables de principe, même si des réserves et des oppositions fermes ont été soulevées quant à son application dans les cas concrets. On examinera séparément les cas dans lesquels l'état de nécessité a été avancé pour excuser l'inobservation d'une obligation « de faire » et ceux dans lesquels cette même

<sup>118</sup> Les travaux préparatoires de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930) ne présentent pas par contre — à la différence de ce que l'on peut dire pour tant d'autres articles du présent projet — beaucoup d'intérêt. La demande d'informations soumise aux Etats par le Comité préparatoire de la Conférence ne posait pas à ses destinataires la question de savoir si l'état de nécessité devait ou non être considéré comme une cause d'exclusion de l'illicéité. On peut toutefois signaler que le Danemark y a fait allusion dans sa réponse concernant la légitime défense. D'après ce gouvernement :

« La légitime défense ainsi que l'état de nécessité devraient être invoqués, par principe, dans le droit international ; mais ici, comme dans le droit privé, ils devraient être soumis à certaines limites, qui, cependant, ne sont pas encore suffisamment fixées. [...] »

En ce qui concerne l'état de nécessité, il devrait pouvoir être invoqué — ajoutait le Danemark — seulement dans les cas correspondant à ceux dans lesquels les ordres juridiques nationaux permettent aux particuliers d'invoquer cette excuse. (SDN, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75.M.69.1929.V), p. 126.)

circonstance a été invoquée pour justifier un comportement non conforme à une obligation « de ne pas faire ». A l'intérieur de chacune de ces deux catégories, on a regroupé les cas d'après la matière spécifique à laquelle ils se réfèrent.

7) Bien que quelques membres de la Commission aient exprimé des réserves quant à la possibilité d'invoquer des cas de non-exécution d'obligations internationales de nature financière comme des exemples susceptibles d'étayer leur notion d'état de nécessité, la plupart des autres membres ont reconnu l'importance à cette fin des cas où, pour des raisons de nécessité, des Etats ont adopté un comportement non conforme à des obligations « de faire » en matière de la répudiation ou la suspension du paiement de dettes internationales. Un cas intéressant est l'*Affaire de l'indemnité russe*, déjà examinée sous un autre aspect à propos de l'article 29<sup>117</sup>. Le Gouvernement ottoman, pour justifier son retard dans le paiement de la dette contractée envers le Gouvernement russe, avait entre autres invoqué le fait de s'être trouvé dans une situation financière extrêmement difficile, situation qu'il décrivait par le terme de « force majeure », mais qui revêtait plutôt les aspects de l'état de nécessité<sup>118</sup>. La Cour permanente d'arbitrage, saisie du différend, rendit sa décision le 11 novembre 1912. A propos de l'exception avancée par le Gouvernement ottoman, elle déclara :

*L'exception de la force majeure*, invoquée en première ligne, est opposable en droit international public aussi bien qu'en droit privé ; le droit international doit s'adapter aux nécessités politiques. Le Gouvernement impérial russe admet expressément [...] que l'obligation pour un Etat d'exécuter les traités peut fléchir « si l'existence même de l'Etat vient à être en danger, si l'observation du devoir international est [...] *self destructive* »<sup>119</sup>.

Toutefois, de l'avis de la Cour,

Il serait manifestement exagéré d'admettre que le paiement ou la conclusion d'un emprunt pour le paiement de la somme relativement minime d'environ six millions de francs due aux indemnités russes aurait mis en péril l'existence de l'Empire ottoman ou gravement compromis sa situation intérieure ou extérieure<sup>120</sup>.

La Cour rejeta donc, dans le cas d'espèce, l'exception soulevée par le Gouvernement ottoman. Elle basa sa décision sur la constatation que les conditions nécessaires pour reconnaître l'applicabilité de l'exception n'étaient pas réunies dans le cas concret. La Cour admet donc l'existence, en droit international, d'une « excuse de nécessité », bien que dans des limites très rigides. Le respect de l'obligation internationale doit pour elle être « *self destructive* » pour que l'illicéité du comportement non conforme à l'obligation puisse être exclue<sup>121</sup>.

<sup>117</sup> Voir *Annuaire... 1979*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 123, doc. A/34/10, chap. III, sect. B, sous-sect. 2, art. 29, par. 9 du commentaire.

<sup>118</sup> Dans le commentaire de l'article 31 (*ibid.*, p. 142, note 646) déjà, la CDI a indiqué qu'il ne s'agissait pas d'une situation d'« impossibilité matérielle » de s'acquitter de la dette, mais d'une situation d'« état de nécessité ».

<sup>119</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (publication des Nations Unies, numéro de vente : 61.V.4), p. 443. Reproduit dans l'Etude du Secrétariat [v. ci-dessus note 108], par. 394.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Un cas dans lequel les parties au différend ont été d'accord pour reconnaître qu'une situation de nécessité telle que celle qui est représentée par de très graves difficultés financières peut justifier,

8) La majorité des membres de la Commission a aussi retenu comme pertinent le fait que la question de la possibilité d'invoquer des difficultés financières très graves — et donc une situation susceptible de répondre aux conditions permettant de reconnaître l'existence d'un état de nécessité — pour justifier la répudiation ou la suspension du paiement d'une dette de l'Etat ait souvent été discutée aussi à propos des dettes contractées par l'Etat non pas directement envers un autre Etat mais envers des banques ou d'autres sociétés financières étrangères. Bien que l'existence d'une obligation internationale de droit coutumier de respecter les dettes contractées par l'Etat envers des particuliers étrangers soit controversée, certaines prises de position occasionnées par les discussions indiquées paraissent intéressantes, non seulement parce qu'une telle obligation peut de toute manière se trouver prévue par des instruments conventionnels, mais aussi parce que ces prises de position ont souvent été énoncées avec une portée générale dépassant le cadre de l'hypothèse du cas d'espèce.

9) Dans la demande d'informations soumise aux Etats par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de La Haye, la question était posée de savoir si l'Etat engageait ou non sa responsabilité internationale au cas où, par un acte de l'organe législatif (point III, 4) ou de l'organe exécutif (point V, 1, b), il répudiait une dette contractée avec des étrangers. Plusieurs gouvernements soutinrent que la réponse à cette question dépendait des circonstances du cas d'espèce; certains d'entre eux firent expressément mention de l'exception de « nécessité ». Ainsi, le Gouvernement sud-africain formula l'opinion suivante :

Cette attitude constitue *prima facie* une violation des obligations internationales de l'Etat et justifie une revendication internationale. [...]

Toutefois, le Gouvernement de l'Union n'estime pas absolument impossible que la répudiation de dettes puisse se justifier. [...] Si, par suite de circonstances défavorables échappant à son contrôle, un Etat se trouve effectivement dans une situation telle qu'il ne peut pas faire face à tous ses engagements et à toutes ses obligations, il se trouve virtuellement en détresse. Il devra alors ranger par ordre d'importance ses obligations et se préoccuper tout d'abord de celles qui présentent un intérêt plus essentiel. Un Etat ne saurait, par exemple, fermer ses écoles, ses universités et ses tribunaux, supprimer sa police et négliger ses services publics au point d'exposer sa population au désordre et à l'anarchie, simplement en vue de disposer des fonds nécessaires pour faire face à ses obligations vis-à-vis de ses prêteurs étrangers ou nationaux. De même que pour un particulier, il existe pour un Etat des limites à ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui<sup>122</sup>.

Sur la base des réponses reçues, le Comité préparatoire distingua, dans les bases de discussion établies à l'intention de la Conférence, le cas de répudiation des dettes

sinon la répudiation par un Etat d'une dette internationale, tout au moins le recours à des moyens d'exécution de l'obligation autres que ceux que cette obligation prévoyait, est celui qui concernait l'exécution de la sentence arbitrale rendue par l'arbitre Ö. Undén le 29 mars 1933 en l'Affaire des forêts du Rhodope central (fond) [v. SDN. *Journal officiel*, 15<sup>e</sup> année, n° 11 (1<sup>re</sup> partie), novembre 1934, p. 1432].

<sup>122</sup> Etude du Secrétariat, par. 64.

de celui de la suspension ou modification de leur service. Sur ce dernier point, il établit que

La responsabilité de l'Etat se trouve engagée si, par une disposition législative, sans renier sa dette, il en suspend ou modifie le service de façon totale ou partielle; à moins d'y être contraint par des nécessités financières [base de discussion n° 4, par. 2]<sup>119</sup>.

10) D'autre part, la même question a été examinée maintes fois à l'occasion de différends soumis à des tribunaux internationaux. Le plus intéressant est celui qui opposa la Belgique à la Grèce dans l'*Affaire de la Société commerciale de Belgique*. Dans le cas d'espèce, deux sentences arbitrales avaient statué que le Gouvernement grec était tenu de verser à la société belge un montant déterminé, à titre de remboursement d'une dette contractée envers cette société. Comme ce gouvernement tardait à exécuter les sentences, le Gouvernement belge adressa une requête à la CPIJ pour qu'elle déclare que le Gouvernement grec, en refusant de donner exécution aux sentences arbitrales, avait violé ses obligations internationales. Sans contester l'existence de ces obligations, le Gouvernement grec fit valoir à sa défense que, s'il n'avait jusqu'alors pas donné exécution aux sentences arbitrales, cela était dû non pas à la moindre mauvaise volonté, mais à la grave situation budgétaire et monétaire du pays<sup>124</sup>.

11) Dans son contre-mémoire du 14 septembre 1938 déjà, le Gouvernement grec alléguait comme excuse qu'il s'était trouvé dans la « nécessité impérieuse » de « suspendre l'exécution de la chose jugée ». L'Etat a le devoir de le faire, commentait-il, « si l'ordre et la paix sociale, dont il est le gardien responsable, peuvent être troublés par l'exécution de celle-ci, ou si le fonctionnement normal des services publics peut être compromis ou entravé sérieusement de ce fait<sup>125</sup> ». Il se défendait donc d'avoir « commis un acte illicite contraire au droit des gens », comme le prétendait le requérant, en affirmant que

Le Gouvernement de Grèce, soucieux des intérêts vitaux du peuple hellénique, de l'administration, de la vie économique, de l'état sanitaire, de la sécurité tant intérieure qu'extérieure du pays, ne pouvait suivre une autre ligne de conduite; tout gouvernement, à sa place, ferait de même<sup>126</sup>

Cette thèse est reprise dans la duplique du Gouvernement grec du 15 décembre 1938. Après avoir fait état de la grave situation budgétaire et monétaire du pays, il déclarait :

Il devient donc évident que, dans ces conditions, il est impossible au Gouvernement hellénique, sans compromettre l'existence écono-

<sup>119</sup> *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 224, doc. A/CN.4/96, annexe 2. Voir aussi, dans le même sens, la base n° 9, concernant la répudiation ou modification de dettes par le pouvoir exécutif (*ibid.*).

<sup>120</sup> Ainsi que la Commission l'avait déjà indiqué à propos de l'article 31 [v. ci-dessus note 118], tout en parlant parfois de « force majeure » et d'« impossibilité » d'adopter le comportement requis par l'obligation, le Gouvernement grec n'avait pas à l'esprit une « impossibilité matérielle », mais plutôt une impossibilité de verser le montant requis sans léser par là un intérêt fondamental de l'Etat, c'est-à-dire une situation susceptible d'entrer dans le cadre d'une hypothèse d'« état de nécessité ». (*C.P.J.I.*, série C, n° 87, p. 141 et 190. Voir aussi Etude du Secrétariat, par. 278.)

<sup>121</sup> Etude du Secrétariat, par. 276.

<sup>122</sup> *Ibid.*

mique du pays et le fonctionnement normal des services publics, de faire les versements et d'effectuer le transfert de devises que comporteraient l'exécution intégrale de la sentence [...]<sup>123</sup>.

Mais c'est surtout dans l'intervention orale des 16 et 17 mai 1939 de M. Youpis, conseil du Gouvernement grec, que la question de l'excuse de nécessité a été développée. Ayant réaffirmé le principe que les engagements contractuels et les jugements doivent être exécutés de bonne foi, M. Youpis poursuivait :

Cependant, il se présente parfois des circonstances extérieures indépendantes de toute volonté humaine qui mettent les gouvernements dans l'impossibilité d'accomplir leur devoir envers les créanciers et leur devoir vis-à-vis du peuple; les ressources du pays se montrent insuffisantes pour remplir les deux devoirs à la fois. On ne peut pas payer sa dette en entier et en même temps assurer au peuple une administration convenable, lui garantir les conditions indispensables pour son développement moral, social et économique. Le problème pénible se pose de faire le choix entre les deux devoirs; l'un des deux doit céder dans une certaine mesure : lequel ?

...  
Aussi la doctrine et la jurisprudence ont-elles eu l'occasion de s'occuper de la question [...].

La doctrine admet à ce sujet que le devoir d'un gouvernement d'assurer le bon fonctionnement de ses services publics essentiels prime celui de payer ses dettes. Aucun Etat n'est tenu d'exécuter, ou d'exécuter en entier, ses engagements pécuniaires si cela compromet le fonctionnement de ses services publics et a pour effet de désorganiser l'administration du pays. Dans le cas où le paiement de sa dette met en danger la vie économique ou compromet l'administration, le gouvernement est, de l'avis des auteurs, autorisé à suspendre ou même à réduire le service de la dette<sup>124</sup>.

Le conseil du Gouvernement grec se livrait ensuite à une analyse détaillée de la doctrine et de la jurisprudence, analyse de laquelle il tirait une pleine confirmation du principe qu'il venait d'énoncer. Dans l'espoir de lui ménager ainsi plus aisément un accueil favorable -- mais son intention pouvait aussi être autre --, il qualifiait en premier lieu ce principe de « théorie de la force majeure », mais il ajoutait « qu'il y a des écoles et des auteurs qui expriment la même idée par le terme *état de nécessité* », et il concluait :

Si la terminologie diffère, tout le monde est pourtant d'accord sur le sens et la portée de la théorie; tous estiment que l'Etat débiteur n'encourt aucune responsabilité s'il se trouve dans une situation pareille<sup>125</sup>.

Le gouvernement défendeur énonçait ainsi d'une manière particulièrement documentée et avec une portée absolument générale le principe qu'une situation de « nécessité » dûment établie constituait en droit international une circonstance excluant l'illicéité d'un comportement étatique non conforme à une obligation internationale de nature financière et la responsabilité qui autrement en découlerait. Or, il est important de noter que, sur la reconnaissance de ce principe, le gouvernement demandeur se déclare pleinement d'accord. Dans

<sup>123</sup> *Ibid.*, par. 278.

<sup>124</sup> *Ibid.*, par. 281.

<sup>125</sup> *Ibid.*

son intervention du 17 mai 1939, M. Sand, conseil du Gouvernement belge, affirmait :

Dans une savante étude [...], M. Youpis exposait hier qu'un Etat n'est pas tenu de payer sa dette si, en la payant, il devait compromettre ses services publics essentiels.

Sur le principe ainsi énoncé, le Gouvernement belge serait sans doute d'accord<sup>131</sup>.

En réalité, le conseil belge ne contestait même pas en fait que la situation financière dans laquelle se trouvait alors l'Etat hellénique ait pu justifier le tableau tragique dépeint par son porte-parole. Les points sur lesquels il voulait être rassuré étaient les suivants : a) que l'inexécution par l'Etat en cause du paiement de sa dette n'était dictée que par des considérations de fait tirées de l'incapacité de paiement, et que n'intervenaient pas d'autres raisons tirées d'une contestation du droit du créancier; b) que l'incapacité de paiement pouvait être reconnue comme la justification d'une « suspension » totale ou partielle de ce paiement, mais non pas comme une libération définitive, même partielle, de la dette. En d'autres termes, il devait être reconnu que l'exclusion de l'illicéité du comportement de l'Etat débiteur non conforme à son obligation internationale cesserait au moment où la situation de nécessité disparaîtrait, l'obligation redevenant alors opérative à l'égard de la dette entière. Sous cet aspect-là, la position du Gouvernement belge est particulièrement précieuse aux fins de la détermination de cette limite à l'admissibilité de l'excuse de nécessité.

12) Quant à la Cour, dans son arrêt du 15 juin 1939<sup>131</sup>, elle rappela qu'il n'entrait pas dans son mandat de déclarer si, dans le cas concret, le Gouvernement grec était justifié de ne pas exécuter les sentences arbitrales. Mais tout de même, en relevant qu'en tout état de cause elle n'aurait pu faire une telle déclaration qu'après avoir vérifié par elle-même la situation financière alléguée par le Gouvernement grec et avoir établi quels auraient été les effets d'une exécution des sentences arbitrales, la Cour montrait qu'elle acceptait implicitement le principe de base sur lequel les deux parties étaient d'accord<sup>132</sup>.

13) En restant toujours dans le domaine des obligations internationales « de faire », il n'y a pas que les obligations relatives au remboursement de dettes internationales qui ont donné, dans la pratique internationale, l'occasion d'invoquer des circonstances répondant aux caractéristiques d'un « état de nécessité » pour justifier des compor-

tements étatiques non conformes à leurs prévisions. L'Affaire des biens immeubles des minorités bulgares en Grèce fournit un cas assez typique. D'après les articles 3 et 4 du Traité de Sévres, les minorités résidant sur les territoires de l'Empire ottoman cédés à la Grèce pouvaient opter pour la nationalité bulgare. Dans ce cas, elles devaient quitter le territoire grec, mais gardaient la propriété des biens immeubles qu'elles possédaient en Grèce et avaient le droit d'y revenir. Or, à un moment donné, un grand nombre de personnes parties en Bulgarie firent valoir leur droit de rentrer en Grèce et de retourner dans leurs propriétés. Mais, entre-temps, des masses de réfugiés grecs venant de Turquie étaient arrivés en Grèce, et le Gouvernement hellénique n'avait pas eu d'autre solution que de les installer dans les propriétés de ceux qui avaient quitté la Grèce en optant pour la nationalité bulgare. Il y eut des incidents à la frontière entre les deux pays, et une commission de la SDN fut chargée de mener une enquête. Dans son rapport, elle exprima l'avis que

Le Gouvernement hellénique, obéissant à un cas de force majeure, s'est servi de ces terres [l'ancien district bulgare] pour y installer des réfugiés venus de la Turquie. Les déplacer maintenant pour permettre le retour des ci-devant propriétaires serait impossible<sup>133</sup>.

La commission proposa donc que le Gouvernement grec indemnise les ressortissants bulgares privés de leurs biens<sup>134</sup>, et le représentant de la Bulgarie au Conseil de la SDN s'associa à cette proposition de la commission, en reconnaissant que l'application des articles 3 et 4 du Traité de Sévres avait été rendue impossible par les événements<sup>135</sup>. De l'avis de la CDI, le Gouvernement hellénique (malgré l'emploi par la commission d'enquête de la SDN de l'expression « force majeure ») ne s'était pas trouvé dans une situation d'impossibilité matérielle d'exécuter l'obligation concernant le respect des propriétés bulgares sur son territoire, mais dans un état de nécessité. C'était la nécessité de sauvegarder un intérêt pour lui essentiel, à savoir offrir un asile immédiat à ses ressortissants qui déferlaient sur son territoire en quête de refuge, qui avait amené le Gouvernement grec à agir d'une manière non conforme aux obligations internationales qui le liaient à la Bulgarie. Ce comportement put ainsi être lavé du reproche d'illicéité internationale dont autrement il aurait été entaché. Cependant, à un autre titre, ce comportement entraîna quand même l'obligation d'indemniser les particuliers que l'action commise par le Gouvernement grec en état de nécessité avait privés de leurs propriétés.

14) Pour ce qui est des cas où l'existence d'un état de nécessité a été invoquée par un Etat pour justifier un comportement non conforme à une obligation « de ne pas faire », il est intéressant de prendre tout particulièrement en considération les cas où l'« intérêt essentiel » de l'Etat, menacé d'un « péril grave et imminent », et impossible à sauvegarder autrement que par l'adoption d'un comportement en principe interdit par une obliga-

<sup>131</sup> *Ibid.*, par. 284.

<sup>132</sup> *Ibid.*, par. 288.

<sup>133</sup> Dans un différend soumis quelques années auparavant à la CPJI, l'Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, qui opposa la France à l'Etat serbe-croato-slovene et qui fut jugé par la Cour le 12 juillet 1929, les positions des parties et de la Cour sur le point qui nous intéresse avaient été très proches de celles que l'on vient d'exposer (v. Etude du Secrétariat, par. 263 à 268).

Parmi les cas où un tribunal arbitral a admis l'exception de très graves difficultés financières comme exonérant l'Etat du paiement d'une dette contractée envers une compagnie privée étrangère, voir l'Affaire de la Compagnie française des chemins de fer vénézuéliens, soumise à la Commission mixte des réclamations France/Venezuela créée par le protocole du 19 février 1902 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X [publication des Nations Unies, numéro de vente : 60.V.4], p. 353 ; Etude du Secrétariat, par. 385 et 386).

<sup>134</sup> Rapport de la Commission d'enquête sur les incidents de frontière entre la Bulgarie et la Grèce : SDN, *Journal officiel*, 7<sup>e</sup> année, n° 2 (février 1926), annexe 815, p. 209. Voir Etude du Secrétariat, par. 124 et 125.

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 111 (Etude du Secrétariat, par. 126).

tion internationale, était d'assurer la survivance de la faune ou de la végétation de certains espaces terrestres ou maritimes ou de préserver l'utilisation normale de ces étendues ou, de façon plus générale, d'assurer l'équilibre écologique d'une région. C'est surtout dans les deux dernières décennies que la sauvegarde de l'équilibre écologique en est venue à être considérée comme répondant à un « intérêt essentiel » de tous les Etats. C'est donc maintenant surtout que l'on assistera à des prises de position visant à exclure sur cette base l'illicéité d'un comportement non conforme à une obligation internationale. Toutefois, il y a aussi quelques précédents. On peut rappeler à ce propos la position adoptée en 1893 par le Gouvernement russe dans l'affaire des *pêcheries d'otaries à fourrure au large des côtes russes*. Vu l'augmentation dans des proportions préoccupantes des prises d'otaries à fourrure à proximité des eaux territoriales russes par des pêcheurs britanniques et nord-américains, et vu l'imminence de l'ouverture de la saison de chasse, le Gouvernement russe, pour conjurer le danger d'extermination de ces animaux, émit un décret interdisant la chasse dans une zone contiguë à ses côtes, mais qui, à l'époque, était indéniablement partie de la haute mer et était donc soustraite à la juridiction russe. Dans une lettre du 12 (24) février 1893 à l'Ambassadeur britannique, le Ministre russe des affaires étrangères, Chickline, expliqua que cette mesure avait été adoptée à cause de la « nécessité absolue de mesures provisoires immédiates » vu l'imminence de la saison de chasse. Il ajoutait qu'il croyait

utile d'insister sur le caractère essentiellement provisoire des mesures susmentionnées, qui sont arrêtées sous la pression de circonstances exceptionnelles<sup>134</sup>,

et se déclarait prêt à conclure un accord avec le Gouvernement britannique pour régler de façon permanente la matière de la chasse des otaries dans la région. Cette prise de position est donc intéressante en tant qu'affirmation de la validité de l'excuse de nécessité en droit international et aussi parce qu'elle met précisément en lumière plusieurs des conditions devant en tout cas être réunies pour que l'on puisse simplement envisager qu'une situation de « nécessité » justifie l'action d'un Etat non conforme à une obligation internationale, à savoir : nature absolument exceptionnelle de la situation alléguée, caractère imminent du danger pesant sur un intérêt important de l'Etat, impossibilité de conjurer un tel danger par d'autres moyens, et caractère nécessairement temporaire de cette « justification », liée à la persistance du danger appréhendé.

15) Un cas qui s'est produit de nos jours et que l'on peut considérer comme typique est celui de l'*incident du « Torrey Canyon »*. Le 18 mars 1967, le pétrolier *Torrey Canyon*, battant pavillon libérien, avec une cargaison de 117 000 tonnes de pétrole brut, s'échoua sur des rochers submergés au large de la côte de Cornouailles, en dehors des eaux territoriales britanniques cependant. Une voie d'eau s'ouvrit dans la carène, et après seulement deux jours près de 30 000 tonnes de pétrole s'étaient déversées en mer. C'était la première fois qu'un incident aussi grave se produisait, et l'on ne savait comment parer aux consé-

quences, qui s'annonçaient désastreuses pour les côtes anglaises et leurs habitants. Le Gouvernement britannique tenta plusieurs moyens. Il utilisa d'abord des détergents pour dissoudre le pétrole qui s'était répandu à la surface de la mer, mais sans résultats appréciables. Le problème principal était d'ailleurs le pétrole resté à bord. Pour cela, on décida d'abord d'aider aux efforts d'une compagnie de sauvetage chargée par le propriétaire du navire de le renflouer, mais les 26 et 27 mars le *Torrey Canyon* se brisa en trois parties et 30 000 autres tonnes de pétrole se déversèrent dans la mer. La compagnie de sauvetage abandonna. Ce fut alors que le Gouvernement britannique décida de bombarder le navire afin de détruire par le feu le pétrole resté à bord. Le bombardement débuta le 28 mars, et il réussit à brûler presque tout le pétrole. Il est à souligner que l'action du Gouvernement britannique ne souleva de protestations ni de la part des particuliers intéressés ni de la part de leurs gouvernements nationaux. Il est vrai que le bombardement n'avait eu lieu qu'une fois que le navire n'était plus qu'une épave et que le propriétaire semblait l'avoir implicitement abandonné; même avant, d'ailleurs, lors de la discussion des mesures à prendre, il n'y avait pas eu de réaction négative à l'idée d'une telle destruction, que le gouvernement était prêt à effectuer contre la volonté du propriétaire s'il le fallait. Le Gouvernement britannique n'avança pas de justification juridique de son comportement, mais il insista à plusieurs reprises sur l'existence d'une situation de péril extrême et sur le fait que la décision de bombarder le navire n'avait été adoptée qu'après échec de tous les autres moyens utilisés<sup>137</sup>. Or, toute réserve faite quant à d'autres justifications possibles de l'action du Gouvernement britannique, il semble à la Commission que, même si le propriétaire du navire n'avait pas abandonné l'épave et même s'il avait essayé de s'opposer à sa destruction, la licéité internationale de l'action du Gouvernement britannique se serait imposée à titre d'état de nécessité.

16) A la suite de l'incident du *Torrey Canyon*, des instruments conventionnels ont été élaborés qui prévoient la possibilité pour l'Etat côtier de prendre en haute mer des mesures nécessaires pour protéger ses côtes et les intérêts connexes d'un danger grave et imminent de pollution résultant d'un accident maritime<sup>138</sup>. Malgré cette évolution sur le plan conventionnel, il est toujours possible, dans les domaines non couverts par ces règles, qu'un état de nécessité soit invoqué comme excuse de comportements étatiques non conformes à des obligations internationales et adoptés dans des cas où ils se révéleraient nécessaires, à titre exceptionnel, pour conjurer un danger grave, imminent et, sinon inévitable, menaçant un intérêt essentiel d'ordre écologique, que le domaine de réalisation de ces comportements soit la haute mer,

<sup>134</sup> Sur cette affaire, voir le livre blanc publié par le Gouvernement britannique : *The « Torrey Canyon »*, Cmnd. 3246, Londres, H. M. Stationery Office, 1967.

<sup>135</sup> Voir p. ex. l'article I de la Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures (Nations Unies, *Annuaire juridique*, 1969 [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.71.V.4], p. 173) et l'article 221 du « Texte de négociation composite officieux/Révision 2 » établi par la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 et Corr.2, 3 et 4).

un espace extra-atmosphérique ou — ce qui n'est pas exclu non plus — une zone soumise à la souveraineté d'un autre Etat. Il en serait ainsi, par exemple, au cas où une intervention d'extrême urgence hors des frontières serait pour l'Etat l'unique moyen de sauver de l'incendie une forêt qui s'étendrait des deux côtés de la frontière, le temps et les moyens manquant en l'occurrence pour que les organes de l'Etat voisin procèdent à l'adoption des mesures nécessaires pour éteindre le feu qui a commencé à se développer sur son territoire. On pourrait concevoir d'autres exemples du même genre.

17) Un autre domaine dans lequel les Etats ont fréquemment invoqué une situation de nécessité pour justifier l'adoption d'un comportement non conforme à une obligation internationale à leur charge est celui des obligations relatives au traitement des étrangers. Dans ces cas, il est plus fréquent que l'obligation mise en question soit une obligation d'origine conventionnelle, vu la relative rareté des obligations coutumières en la matière et les divergences de vue existant quant à leur existence même et quant à leur portée. Il y a cependant un cas déjà ancien dans lequel les parties au différend semblent en fait avoir reconnu comme admise l'existence à la charge de l'Etat d'une obligation de droit international général de respecter les contrats de concession de recherche et d'exploitation conclus avec des étrangers. Dans l'*Affaire de la Compagnie générale de l'Orénoque*, cette société de nationalité française avait obtenu du Gouvernement vénézuélien des concessions pour l'exploitation de minerais et pour le développement d'un réseau de transports dans une vaste région dont le Venezuela se croyait souverain. Toutefois, les territoires auxquels les contrats de concession se référaient étaient en grande partie revendiqués par la Colombie, qui s'en considérait, non sans raison, maîtresse. Elle protesta donc vivement contre l'octroi des concessions par le Gouvernement vénézuélien et réclama la restitution de la région concernée. Soucieux d'éviter le danger d'un conflit armé avec la république voisine, danger qui devenait imminent, le Venezuela se vit obligé de procéder à la rescision des contrats de concession qu'il avait octroyés et de restituer à la Colombie les territoires sur lesquels il avait par erreur exercé des pouvoirs souverains. Un différend en naquit entre le Gouvernement vénézuélien et la Compagnie générale de l'Orénoque. Le Gouvernement français ayant pris fait et cause pour la compagnie, l'affaire fut portée devant la Commission mixte des réclamations France/Venezuela établie par le protocole du 19 février 1902. Mais cette commission fit droit à l'argumentation développée par le Venezuela, obligé, comme il l'avait été, d'annuler les concessions octroyées à la compagnie française par le réel danger de guerre qu'elles avaient provoqué. Le sur-arbitre Plumley jugea donc internationalement licite, dans les circonstances exceptionnelles du cas, la rescision des concessions de la part du Gouvernement vénézuélien, tout en admettant que la compagnie avait droit à une indemnisation pour les conséquences de ce fait, internationalement licite, mais gravement préjudiciable pour ses intérêts<sup>139</sup>.

18) En ce qui concerne les cas dans lesquels l'obligation dont on a voulu justifier l'inobservation en alléguant l'état de nécessité était une obligation créée par une convention internationale, la Commission estime intéressant de mentionner trois affaires. La première est très ancienne : il s'agit d'un différend anglo-portugais qui remonte à 1832. Le Gouvernement portugais, lié à la Grande-Bretagne par un traité qui l'engageait à respecter les biens des ressortissants britanniques résidant dans le pays, avait invoqué la nécessité de pourvoir d'urgence à la subsistance de certains contingents de troupes engagés dans la répression de troubles intérieurs, ceci pour justifier l'appropriation par lui de biens appartenant à des ressortissants britanniques. En présence de cette réponse aux protestations qu'il avait élevées, le Gouvernement britannique consulta ses conseillers juridiques sur ce point. Le 22 novembre 1832, M. Jenner répondit en remettant l'avis suivant :

[...] la [...] question qui se pose ici est le point de savoir si les privilèges et immunités [...] octroyés [aux citoyens britanniques] doivent, en toutes circonstances et quel que soit le risque, être respectés, [...] on ne peut pas aller aussi loin. Il est facile d'imaginer des cas dans lesquels la stricte observance du traité serait tout à fait incompatible avec le devoir suprême qu'une nation a vis-à-vis d'elle-même. Vattel (livre II, chap. 12, par. 170) fait observer qu'un tel cas « est tacitement et nécessairement excepté dans le traité ».

Dans un cas, donc, de nécessité urgente, je pense que le Gouvernement portugais serait en droit de mettre à la disposition de l'armée les vivres, etc., qui pourraient être nécessaires pour assurer sa subsistance, même contre la volonté des propriétaires, qu'ils fussent britanniques ou portugais. En effet, je ne pense pas que les traités conclus entre notre pays et le Portugal soient de nature si rigide et inflexible qu'ils ne puissent subir aucune modification quelles que soient les circonstances, ou que leurs dispositions doivent être respectées à la lettre, au point que le Gouvernement portugais serait privé du droit d'avoir recours aux moyens qui peuvent être absolument indispensables pour assurer la sécurité de l'Etat, et même pour préserver son existence.

L'étendue de la nécessité capable de justifier une telle saisie des biens de sujets britanniques dépend nécessairement des circonstances de l'espèce, mais elle doit être imminente et urgente<sup>140</sup>.

En dépit de son ancienneté, ce cas constitue donc un précédent particulièrement valable, surtout par la convergence des opinions des deux parties sur les principes énoncés et, donc, sur la reconnaissance explicite de la validité de l'excuse de nécessité là où les conditions s'en trouvent réunies. Mais ce cas se révèle également intéressant pour la justesse, peu fréquente à l'époque, de la terminologie employée, et pour la contribution apportée à la définition des deux conditions de l'« imminence » et de l'« urgence » du danger à conjurer.

19) Le deuxième cas, plus proche de nous d'un siècle et bien connu, est l'*Affaire Oscar Chinn*. Le Gouvernement belge adopta en 1931 des mesures concernant les transports fluviaux — mesures destinées à favoriser la compagnie belge Unatra — dans ce qui était alors le Congo belge. D'après le Royaume-Uni, dont le ressortissant Oscar Chinn s'était trouvé lésé par les mesures en question, celles-ci avaient créé un « monopole de fait » des

<sup>139</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (op. cit.), p. 280 et 281.

<sup>140</sup> A. D. McNair, *International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol. II, p. 231 [tr. du Secrétariat].

transports fluviaux au Congo, ce qui, à son avis, était contraire aux principes de la « liberté de la navigation », de la « liberté du commerce » et de l'« égalité de traitement », prévus aux articles 1 et 5 de la Convention de Saint-Germain-en-Laye, du 10 septembre 1919<sup>141</sup>. La question fut soumise à la CPJI qui rendit son jugement le 12 décembre 1934. La Cour fut d'avis que le « monopole de fait » dont le Royaume-Uni se plaignait n'était pas interdit par la Convention de Saint-Germain-en-Laye<sup>142</sup>. N'ayant donc pas jugé le comportement du Gouvernement belge non conforme à ses obligations internationales envers le Royaume-Uni, la majorité de la Cour n'estima pas devoir examiner la question de l'exclusion éventuelle de l'illicéité du comportement en question à cause d'un éventuel état de nécessité dans lequel le Gouvernement belge aurait agi. Par contre, la question fut traitée à fond dans l'opinion individuelle du juge Anzilotti, qui s'exprimait ainsi :

6. Si, en supposant comme dûment établis les faits allégués par le Gouvernement du Royaume-Uni, les mesures prises par le Gouvernement belge étaient contraires à la Convention de Saint-Germain, la circonstance que ces mesures aient été prises pour faire face aux dangers de la crise économique ne peut entrer en ligne de compte. Il est évident que le droit international ne serait plus qu'un vain nom s'il suffisait à un Etat d'invoquer l'intérêt public pour se soustraire au devoir d'accomplir les obligations contractées. [...]

7. La situation serait tout autre dans le cas où le Gouvernement belge se serait trouvé en état de nécessité, car la nécessité peut excuser l'inobservance des obligations internationales.

La question de savoir si le Gouvernement belge s'était trouvé dans ce qu'on appelle l'état de nécessité est une question de fait qui aurait dû, le cas échéant, être soulevée et prouvée par le Gouvernement belge : je ne crois pas que ce gouvernement ait entendu invoquer l'excuse de la nécessité pour le cas où la Cour aurait jugé que les mesures prises étaient illégitimes ; il s'est borné à faire valoir que les mesures avaient été prises pour une grave raison d'intérêt public, afin de sauver la colonie des conséquences désastreuses de l'effondrement des prix.

On peut d'ailleurs observer qu'il y a des faits certains et qui semblent être inconciliables avec l'excuse de la nécessité.

Tout d'abord, le fait que la décision du 20 juin 1931 fut prise par le Gouvernement belge en choisissant entre plusieurs mesures possibles — et, d'ailleurs, contrairement à l'opinion de la Chambre de commerce de Léopoldville — celle qu'il jugeait la plus appropriée dans les circonstances. Personne ne peut contester et ne conteste qu'il appartenait au Gouvernement belge de dire quelles étaient les mesures les plus appropriées pour faire front à la crise. Ceci, cependant, à la condition que les mesures choisies ne fussent pas en opposition avec ses obligations internationales : la liberté de choisir était incontestablement limitée par le devoir de respecter lesdites obligations. En revanche, cette liberté exclut l'excuse de la nécessité, qui, par définition, suppose l'impossibilité d'agir de toute autre manière que celle qui est contraire au droit.

Un autre fait certain, et qui semble être inconciliable avec l'excuse de la nécessité, est l'offre faite le 3 octobre 1932 par le gouvernement aux transporteurs autres que l'Unatra. Quelle qu'en fût la valeur pratique, cette offre démontre qu'il était possible d'accorder à toutes les entreprises des avantages analogues à ceux accordés à l'Unatra, et, partant, d'éviter ce monopole de fait qui, au dire du Gouvernement du Royaume-Uni, était la conséquence nécessaire de la décision du 20 juin 1931<sup>143</sup>.

Il ressort de cette opinion l'admissibilité en tant que principe de l'« excuse de nécessité » en droit international. En même temps, la notion d'« état de nécessité » à laquelle on reconnaît un droit de cité dans les relations juridiques internationales est très restrictive. Elle l'est quant à la détermination de l'importance essentielle de l'intérêt de l'Etat qui doit se trouver en danger pour que l'excuse puisse jouer ; elle l'est également quant à l'exigence que le comportement non conforme à une obligation internationale de l'Etat soit vraiment, en l'occurrence, le seul moyen de sauvegarder l'intérêt essentiel menacé.

20) Le troisième cas est celui qui opposa les Etats-Unis d'Amérique à la France et qui fut porté en 1952 devant la CIJ sous le nom d'*Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*. L'un des points litigieux de l'affaire concernait la licéité ou l'illicéité de l'application aux ressortissants américains d'un arrêté de 1948 du Résident général de France au Maroc, arrêté contingentant les importations dans la zone française du Maroc d'une manière que les Etats-Unis jugeaient non conforme aux obligations découlant des traités passés entre les Etats-Unis et le Maroc. Ces traités garantissaient aux Etats-Unis le droit d'exercer librement au Maroc le commerce, sans restrictions aux importations autres que celles qui étaient spécifiées dans les traités eux-mêmes. Le Gouvernement français fit valoir entre autres pour sa défense que les restrictions aux importations prévues par l'arrêté étaient nécessaires pour assurer le fonctionnement du contrôle des changes, mesure à son tour indispensable pour sauvegarder l'équilibre économique du pays. A ses dires, la suppression de ce contrôle, dans une situation rendue brûlante par les fluctuations du franc sur le marché libre de Paris et par le « dollar gap » au Maroc, aurait mis cet équilibre en grave danger<sup>144</sup>. Quant au Gouvernement des Etats-Unis, il nia en fait l'existence du danger appréhendé par son contradicteur et, en tout cas, le lien qu'il établissait entre la nécessité de conjurer un tel danger et les mesures de restriction imposées sans le consentement du Gouvernement des Etats-Unis aux importations américaines<sup>145</sup>. Mais il s'abstint de contester dans l'absolu la valeur de l'« excuse » dont le Gouvernement français avait décrit les caractères, et son applicabilité éventuelle à des situations autres que celles du cas d'espèce. La Cour n'eut pas l'occasion de se prononcer sur le point. Cependant, de l'avis de la Commission, ce cas apporte lui aussi un appui à la reconnaissance de l'applicabilité en droit international de l'excuse de nécessité. Il est vrai que, pour qualifier la situation caractérisée par la « nécessité » de prendre des mesures propres à éviter le grave danger qui sinon aurait compromis un intérêt essentiel du pays, le Gouvernement français se servit du terme « force majeure », mais les caractéristiques de la situation invoquée n'étaient pas celles d'une « impossibilité matérielle » : c'étaient celles de la situation que la Commission a dénommée « état de nécessité ».

21) Dans un domaine connexe à celui du traitement fait à des étrangers sur le territoire national, à savoir

<sup>141</sup> SDN, *Recueil des Traités*, vol. VIII, p. 25.

<sup>142</sup> C.P.J.I., série A/B, n° 63, p. 89.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 112 à 114.

<sup>144</sup> Voir *Etude du Secrétariat*, par. 311.

<sup>145</sup> *Ibid.*, par. 312.

celui des obligations faites à l'Etat de s'abstenir d'imposer à des navires étrangers des restrictions ou des empêchements au libre passage par certaines zones de son territoire maritime, l'*Affaire du vapeur « Wimbledon »* mérite d'être rappelée. Pendant la guerre russo-polonaise de 1920-1921, le navire britannique *Wimbledon*, affrété à une société française et transportant des munitions et autres matériels de guerre à destination de la Pologne, se vit refuser le passage dans le canal de Kiel par les autorités allemandes. Celles-ci alléguèrent que, vu la cargaison du navire, son passage dans les eaux allemandes serait contraire à la neutralité adoptée par l'Allemagne en corrélation avec la guerre entre la Pologne et la Russie. Le Gouvernement français protesta en dénonçant la non-conformité du comportement allemand avec l'article 380 du Traité de Versailles<sup>149</sup>. Le différend qui s'ensuivit fut porté devant la CPJI. Le Royaume-Uni, l'Italie et le Japon, cosignataires du même traité, intervinrent aux côtés de la France devant la Cour. La question débattue dans le procès fut essentiellement celle de savoir si la mesure prise par les autorités allemandes à l'égard du *Wimbledon* était ou non interdite par l'article 380 du Traité de Versailles. Dans son arrêt du 17 août 1923, la Cour statua que cette interdiction existait et qu'elle ne contredisait nullement les obligations de l'Allemagne en tant qu'Etat neutre. Elle n'eut donc pas à se prononcer sur une éventuelle « excuse de nécessité » que l'Allemagne aurait invoquée pour sa justification. Mais cette question fut prise en considération par les agents des parties au cours des débats oraux. Ainsi, l'agent du Gouvernement français, M. Basdevant, remarqua :

Les principes du droit international, les règles générales du droit des gens ne vont-ils pas fournir quelques motifs de mettre en échec la règle de libre passage dans le canal de Kiel pour le cas d'un navire qui transporte du matériel de guerre à destination d'un Etat neutre ? Tout d'abord, je signale sans autrement m'y arrêter qu'on n'a pas invoqué contre l'application de la règle de libre passage des objections tirées soit de l'impossibilité de l'exécution, soit du danger que l'exécution de notre clause aurait pu faire courir à l'Allemagne, on n'a pas fait appel à l'excuse de nécessité sous une forme quelconque. En fait, de semblables objections ne paraissent pas concevables dans l'espèce<sup>150</sup>.

D'après l'agent du Gouvernement italien, M. Pilotti :

Il n'y aurait pas lieu non plus de parler de force majeure, ou plus particulièrement de cette conception qui a été expressément sanctionnée dans le premier livre du Code civil allemand relativement à l'exercice des droits en général (par. 227) et qui prête d'ailleurs à quelque discussion, à savoir le *status necessitatis*.

En effet, aucune preuve n'existe que la guerre entre la Pologne et la Russie, du fait des actes accomplis par les deux belligérants, constituait pour l'Allemagne ce danger immédiat et actuel contre lequel elle n'aurait eu d'autres moyens de défense que l'interdiction générale du transit des armes sur son territoire, et surtout que pareil danger continuait à subsister au moment où le *Wimbledon* s'est présenté à l'entrée du canal<sup>151</sup>.

<sup>149</sup> G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Weicher, 1923, 3<sup>e</sup> série, t. XI, p. 323 et suiv.

<sup>150</sup> C.P.J.I., série C, n° 3, vol. I, p. 178 et 179.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 279 et 280.

Après avoir fait la critique d'autres argumentations avancées par l'Allemagne, M. Pilotti revint sur le sujet, en concluant :

« [...] toute la discussion est ramenée sur le terrain plus simple et plus sûr de la recherche d'une raison juridique justifiant l'inexé-

Enfin, l'agent allemand, M. Schiffer, déclara :

Quant à la thèse mise en avant ici par l'agent de l'une des parties demanderesse, thèse selon laquelle l'Allemagne se serait réclamée du *jus necessitatis*, je dois dire que l'Allemagne ne s'en est jamais réclamée. Il n'y a eu pour elle ni impossibilité de fait de se conformer aux clauses du Traité de Versailles, ni une situation qui l'aurait contrainte inéluctablement à ne pas accomplir ses obligations.

Mais l'Allemagne n'a pas contrevenu aux stipulations du Traité de Versailles. [...]

[...] L'Allemagne est très éloignée de vouloir revendiquer le *jus necessitatis* ; elle ne revendique pas du tout ce droit. Je prétends que nous n'avons pas enfreint le Traité de Versailles [...]<sup>152</sup>.

On peut donc constater dans le cas de l'affaire du *Wimbledon* une intéressante concordance de vues sur l'admissibilité en droit international général de l'état de nécessité en tant que circonstance excluant l'illicéité d'un comportement étatique non conforme aux dispositions d'une obligation internationale et une contribution non moins intéressante, de la part de certains des protagonistes, à la détermination des conditions pour que l'on puisse reconnaître que cette circonstance est réalisée.

22) La Commission est ensuite passée à l'examen des cas où l'on a invoqué l'état de nécessité pour justifier un comportement non conforme à des obligations internationales qui ont trait au respect par tout Etat de la souveraineté territoriale des autres Etats. L'histoire montre qu'en de nombreuses occasions des gouvernements ont prétendu faire jouer à la nécessité un rôle important en tant qu'excuse d'une action perpétrée en dérogation d'une obligation de cette catégorie. Et c'est surtout autour de ces cas que s'est polarisée la polémique au sujet de l'admissibilité en général de l'excuse de nécessité ; ce sont ces cas qui ont le plus contribué à mobiliser une partie considérable de la doctrine contre le principe même d'une excuse de cette nature. De l'avis de la Commission, toutefois, l'intérêt pour ces cas est de nos jours bien modeste. En effet, il s'agit surtout de cas dans lesquels l'existence — prétendue, du reste, le plus souvent — d'un « état de nécessité » était alléguée avec l'intention de justifier par là soit l'annexion par un Etat du territoire d'un autre Etat ou d'une partie de ce territoire<sup>153</sup>, soit l'occupation et l'utilisation à des fins de guerre du territoire d'un Etat neutralisé par un traité conclu avant

cution volontaire de la part de l'Allemagne, raison qui ne pourrait être que l'impossibilité de prestation ou le *status necessitatis*. Or, il est bien certain que de ce point de vue il ne suffit pas d'invoquer les seules idées générales de souveraineté et de neutralité. » (*Ibid.*, p. 283.)

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 306 et 307.

<sup>153</sup> Rappelons les cas de la Ville libre de Cracovie, annexée par l'Autriche en 1846 (E. Hertslet, *Map of Europe by Treaty*, Londres, Butterworth, 1875, vol. II, p. 1061 et suiv. ; G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Gottingue, Dieterich, 1852, t. X, p. 111 et 125), celui de Rome, annexée par l'Italie en 1870 (S.I.O.I.-C.N.R., *La prassi italiana di diritto internazionale*, Dobbs Ferry [N.Y.], Oceana Publications, 1970, 1<sup>re</sup> série [1861-1887], vol. II, p. 871 et suiv.), celui de la Bosnie-Herzégovine, annexée par l'Autriche-Hongrie en 1908 (*British Documents on the Origins of the War, 1898-1914*, Londres, H. M. Stationery Office, 1928, vol. V, p. 398 et suiv.), celui de l'Ethiopie, annexée par l'Italie en 1936 (SDN, *Journal officiel*, 16<sup>e</sup> année, n° 11 [novembre 1935], p. 1137).

qu'une guerre n'éclate entre certaines de ses parties<sup>151</sup>, ou encore du territoire d'un Etat ayant déclaré sa neutralité à l'occasion d'une guerre entre d'autres Etats<sup>152</sup> : en un mot des agissements consistant tous, d'une façon ou de l'autre, en une atteinte par la force à l'existence même d'un autre Etat ou à l'intégrité de son territoire ou à l'exercice indépendant de sa souveraineté. Or, quelle qu'eût été la situation en droit international à l'époque de ces agissements, ce qui ne souffre aucun doute, c'est qu'à l'époque actuelle tout emploi par un Etat de la force armée se traduisant par l'une des atteintes indiquées à la souveraineté d'un autre Etat tombe sous le coup de la notion d'« agression » et forme comme tel l'objet d'une interdiction de *jus cogens* — de la plus typique et indiscutable interdiction de *jus cogens*. Et, d'après la Commission, ainsi qu'on le précise *infra*<sup>153</sup>, nulle invocation d'un quelconque « état de nécessité » ne saurait avoir pour effet d'exclure l'illicéité internationale d'un comportement non conforme à une obligation de *jus cogens*. Pour ce qui est de l'obligation interdisant tout recours à la force armée constituant une agression, il serait tout particulièrement absurde d'admettre que cette obligation ait, de par sa nature impérative, le pouvoir de rendre nul tout accord dérogatoire conclu entre deux Etats, et que par conséquent tout effet de « justification » soit lié au

<sup>151</sup> Le cas pour ainsi dire « classique » est celui de l'occupation du Luxembourg et de la Belgique par l'Allemagne en 1914, occupation que l'Allemagne chercha à justifier par la nécessité de prévenir une attaque de son territoire par la France à travers le Luxembourg et la Belgique. Voir notamment la note présentée le 2 août 1914 par le Ministre allemand à Bruxelles au Ministre belge des affaires étrangères (J. B. Scott, éd., *Diplomatic Documents Relating to the Outbreak of the European War*, New York, Oxford University Press, 1916, 1<sup>re</sup> partie, p. 749 et 750) et le discours au Reichstag du Chancelier allemand, von Bethmann Hollweg, du 4 août 1914, contenant la phrase bien connue : « wir sind jetzt in der Notwehr ; und Not kennt kein Gebot! » (*Jahrbuch des Völkerrechts*, vol. III [numéro spécial], *Politische Urkunden zur Vorgeschichte des Weltkrieges*, Munich, 1916, p. 728).

<sup>152</sup> Les cas sont très nombreux : rappelons ceux de l'occupation de la Corée par les troupes japonaises pendant la guerre russo-japonaise de 1904 (v. les documents cités par E. T. Hazan dans *L'état de nécessité en droit pénal interétatique et international*, Paris, Pedone, 1949, p. 53) ; de l'occupation de certains territoires ou îles appartenant à la Grèce par les puissances de l'Entente pendant la première guerre mondiale pour les utiliser en tant que bases pour leurs opérations militaires contre la Turquie (v. les documents cités par Th. P. Ion dans « The Hellenic crisis from the point of view of constitutional and international law—Part IV », *The American Journal of International Law*, New York, vol. 12, n° 3 [juillet 1918], p. 564 et suiv.) ; de l'occupation par l'Allemagne, pendant la seconde guerre mondiale, du Danemark, de la Norvège, de la Belgique et du Luxembourg, et par l'Allemagne et l'Italie de la Yougoslavie et de la Grèce (v. *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945 - 1<sup>er</sup> octobre 1946*, Nuremberg, 1949, t. XXII, p. 475 et suiv.) ; et, durant cette même guerre, de l'occupation de l'Islande par la Grande-Bretagne (*ibid.*, t. XVIII, p. 421), de l'Iran par la Grande-Bretagne et l'Union soviétique (G. E. Kirk, « The Middle East », dans *Survey of International Affairs, 1939-1946 - The World in March 1939*, textes réunis par A. Toynbee et F. T. Ashton-Gwatkin, Londres, Oxford University Press, 1952, p. 133 et suiv. ; et M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington [D.C.], U.S. Government Printing Office, 1965, vol. 5, p. 1042 et suiv.), et du Timor portugais par les Pays-Bas et l'Australie (*Keesing's Contemporary Archives, 1940-1943*, Bristol, vol. IV, p. 4943 et suiv.). Pour autant qu'une « justification » de ces agissements ait été cherchée, elle faisait toujours appel, plus ou moins ouvertement, à la « nécessité ».

<sup>153</sup> Voir ci-dessous par. 37.

consentement préalablement donné par l'Etat qui subit le recours à la force armée, mais que cet effet puisse être reconnu à l'allégation, par l'Etat qui en est l'auteur, d'un état de nécessité, même réel. On ajoutera que l'article 5, par. 1, de la Définition de l'agression approuvée le 14 décembre 1974 par l'Assemblée générale<sup>154</sup> dispose

Aucune considération de quelque nature que ce soit, politique, économique, militaire ou autre, ne saurait justifier une agression.

Pour la Commission, il ne fait donc pas de doute que, quelle que soit l'étendue de l'effet d'excuse que l'on voudra reconnaître à l'état de nécessité, ce dernier ne saurait jamais constituer une circonstance excluant l'illicéité d'un comportement étatique non conforme à l'obligation de s'abstenir de tout emploi de la force constituant un acte d'agression à l'encontre d'un autre Etat.

23) Restait à considérer le problème de l'existence éventuelle de comportements qui, tout en portant atteinte à la souveraineté territoriale d'un Etat, ne seraient pas nécessairement à considérer comme des actes d'agression ou, de toute façon, comme des violations d'une obligation internationale de *jus cogens* concernant ce domaine. Si cela était, le problème pourrait alors se poser de savoir si l'on peut ou non invoquer un état de nécessité pour justifier un fait de l'Etat non conforme à une obligation de ce genre. La Commission a en vue notamment certains agissements d'Etats sur le territoire d'autres Etats qui, tout en pouvant parfois avoir une nature coercitive, ne correspondent qu'à des intentions et à des finalités circonscrites, sans rapport avec les finalités propres d'un véritable acte d'agression. Rentreraient dans ce cadre, par exemple, certaines incursions faites en territoire étranger pour y prévenir l'action préjudiciable d'un groupe armé se préparant à attaquer le territoire de l'Etat, ou pour y poursuivre une bande armée ou des délinquants ayant franchi la frontière et ayant éventuellement leur base dans ce territoire étranger, ou encore pour sauvegarder la vie de nationaux ou d'autres particuliers attaqués ou détenus par des forces ou groupes hostiles ne dépendant pas de l'Etat et n'étant pas sous son contrôle, ou encore et surtout pour éliminer ou pour neutraliser une source de fléaux menaçant de se produire ou de s'étendre au-delà des frontières, etc. Le trait commun de ces différentes hypothèses est, d'une part, l'existence d'un péril grave et imminent pour l'Etat, pour certains de ses ressortissants, ou pour des êtres humains tout court, péril dont le territoire de l'Etat étranger est ou bien le théâtre ou bien le lieu de provenance, et que l'Etat étranger en question aurait le devoir de conjurer par sa propre action, mais qu'un manque de volonté ou de possibilité de sa part laisserait subsister. Un autre trait commun est, également, le caractère circonscrit, quant à la durée et quant aux moyens employés, des agissements en question — en fonction de leur but, limité à l'élimination du péril appréhendé.

24) Par le passé, des cas concrets n'ont pas manqué de se produire dans lesquels la nécessité a été invoquée précisément pour exclure l'illicéité d'une incursion armée en territoire étranger faite pour y mener l'une ou l'autre

<sup>154</sup> Résolution 3314 (XXIX), annexe.

des opérations envisagées ici. C'est le cas — pour ne citer qu'un des nombreux exemples qui ont trait aux hypothèses en question — de la célèbre *Affaire de la « Caroline »*, où des forces armées britanniques pénétrèrent en territoire américain et y attaquèrent et détruisirent (en causant aussi des pertes humaines) un navire appartenant à des particuliers américains, chargé de recrues et de matériel de guerre et autre destinés aux insurgés canadiens<sup>156</sup>. Pour les organes étatiques et pour les internationalistes de l'époque, il ne faisait pas de différence, quant à la possibilité d'invoquer l'état de nécessité, que l'obligation à laquelle le fait de l'Etat n'était pas conforme fût ou non une obligation ayant trait au respect de la souveraineté territoriale. Mais peut-on dire la même chose aujourd'hui? Indépendamment du doute sur le point de savoir si toutes les obligations internationales concernant le respect de la souveraineté territoriale des Etats sont vraiment devenues

<sup>156</sup> L'action se produisit dans la nuit du 29 décembre 1837. L'excuse de nécessité fut d'abord avancée, en réponse aux réclamations américaines, par le Ministre de Grande-Bretagne à Washington, Fox, qui à ce propos parla de « nécessité de légitime défense et d'autoconservation »; elle fut ensuite reprise par les conseillers juridiques consultés par le Gouvernement britannique, lesquels mirent en évidence que « le comportement des autorités britanniques » était justifié, car il était « absolument nécessaire comme mesure de précaution » (v. respectivement W. R. Manning, éd., *Diplomatic Correspondence of the United States: Canadian Relations, 1784-1860*, Washington [D.C.], Carnegie Endowment for International Peace, 1943, vol. III, p. 422 et suiv., et McNair, *op. cit.*, p. 221 et suiv.). Du côté américain, le Secrétaire d'Etat Webster répliqua au Ministre Fox que « rien moins qu'une nécessité claire et absolue ne [pouvait] justifier » la commission « d'actes hostiles sur le territoire d'une puissance en état de paix », et fit remarquer que le Gouvernement britannique devait prouver que l'action de ses forces avait vraiment été provoquée par « une nécessité de légitime défense, urgente, irrésistible et ne laissant ni le choix des moyens ni le temps de délibérer » (*British and Foreign State Papers, 1840-1841*, Londres, Ridgway, vol. 29, 1857, p. 1129 et suiv.) [tr. du Secrétariat]. Bien qu'il emploie le terme « légitime défense » (« self-defence »), c'est à une hypothèse d'état de nécessité — dans le sens où cette expression est employée par la Commission — que se référerait le Secrétaire d'Etat américain; en effet il ne faisait pas dépendre l'exclusion de l'illicéité de l'existence d'une agression préalable ou menacée de la part de l'Etat dont le territoire a été violé, ni d'un quelconque fait illicite de la part de celui-ci. Dans son message au Congrès du 7 décembre 1841, le Président des Etats-Unis réitéra que « ce gouvernement ne [pourrait] jamais autoriser aucun gouvernement étranger quel qu'il soit, sauf en cas de nécessité la plus urgente et la plus extrême, à envahir son territoire, que ce [fût] pour arrêter des personnes ayant violé le droit interne de ce gouvernement étranger ou pour détruire leurs biens [...] » (*ibid.*, 1841-1842, vol. 30, 1858, p. 194) [tr. du Secrétariat]. Ainsi éliminée sur le plan des principes, la divergence des vues se déplaça sur le plan des faits. L'incident ne fut clos qu'en 1842, à la suite d'un échange de lettres dans lesquelles les deux gouvernements se trouvèrent d'accord aussi bien pour reconnaître le principe fondamental du caractère inviolable du territoire d'une nation indépendante que pour admettre que « il [était] possible que surgisse une situation de nécessité irrésistible, dans laquelle ce grand principe [pouvait] et [devait] être suspendu ». « Il [devait] l'être — ajoutait lord Ashburton, envoyé *ad hoc* du Gouvernement britannique à Washington — le moins longtemps possible pendant que subsistait une situation de nécessité impérieuse et reconnue comme telle, et uniquement dans les limites les plus étroites imposées par cette situation » (*ibid.*, p. 195 et suiv.) [tr. du Secrétariat]. Voir *ibid.*, p. 201 et suiv., la réponse du Secrétaire d'Etat Webster. L'applicabilité en principe de l'excuse de nécessité en la matière dont nous traitons forma ainsi l'objet d'une reconnaissance explicite de la part des deux puissances entre lesquelles le différend s'était produit.

des obligations de *jus cogens*, il est à considérer que l'Article 2, par. 4, de la Charte des Nations Unies exige des Etats Membres qu'ils s'abstiennent du recours à la force « soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ». Or, cette exigence soulève une autre question, à savoir celle de l'incidence éventuelle de dispositions d'un traité qui excluent explicitement, ou même implicitement, la possibilité d'invoquer l'état de nécessité en tant que circonstance excluant l'illicéité d'un fait de l'Etat non conforme à une de ses obligations internationales. Ainsi qu'il résulte de ce que l'on dit *infra*<sup>157</sup>, la Commission a jugé que la possibilité d'invoquer cette exception devait être exclue non seulement quand cette exclusion est prévue par une obligation conventionnelle expresse, mais aussi bien quand elle ressort implicitement du texte de la convention. Cela étant, le problème revient à savoir si la Charte, par l'Article 2, par. 4, a entendu ou non poser une obligation non susceptible d'être écartée en invoquant l'état de nécessité. On a remarqué à ce propos que l'Article 51 de la Charte ne mentionne que la légitime défense comme forme admise d'emploi de la force armée. Devrait-on en déduire que les rédacteurs de la Charte pourraient avoir eu l'intention d'exclure implicitement l'applicabilité de l'« excuse de nécessité », aussi fondée que celle-ci puisse être dans des cas d'espèce déterminés, à n'importe quel comportement non conforme à l'obligation de s'abstenir de l'emploi de la force? La Commission a jugé qu'elle n'avait pas à prendre position sur cette question. La tâche de l'interprétation des dispositions de la Charte est une tâche qui revient à d'autres organes de l'Organisation.

25) La Commission se borne ici à signaler qu'après la seconde guerre mondiale, et donc après l'adoption de la Charte, on ne connaît qu'un seul cas où un Etat ait invoqué l'état de nécessité — et d'ailleurs pas à titre exclusif — pour justifier la violation du territoire d'un Etat étranger : il s'agit du cas de l'envoi par le Gouvernement belge de parachutistes au Congo en 1960. D'après le Gouvernement belge, l'envoi de parachutistes au Congo avait eu lieu pour protéger la vie de ressortissants belges et d'autres pays européens retenus, selon lui, comme otages par les mutins de l'armée et par les insurgés congolais. A ce sujet, selon un auteur, le Premier Ministre (M. Eyskens) affirma en effet au Sénat que le gouvernement s'était trouvé « in a situation of absolute necessity<sup>157</sup> ». Le Ministre des affaires étrangères, M. Wigny, lorsqu'il intervint au Conseil de sécurité, affirma que la Belgique avait été forcée « par la nécessité » d'envoyer des troupes au Congo, et, par la même occasion, il insista sur le caractère « exclusivement humanitaire » de l'action entreprise, sur le fait que celle-ci avait été maintenue dans des limites strictement proportionnelles au but poursuivi, et avait été

<sup>156</sup> Voir ci-dessous par. 38.

<sup>157</sup> D. W. McNemar, « The postindependence war in the Congo », dans *The International Law of Civil War*, textes réunis par R. A. Falk, Baltimore (Md.), Johns Hopkins Press, 1971, p. 273. Pour le texte original de la déclaration de M. Eyskens, voir : W. J. Ganshof van der Meersch, *Fin de la souveraineté belge au Congo — Documents et réflexions*, Bruxelles, Institut royal des relations internationales, 1963, p. 457.

conçue comme une action purement temporaire, dans l'attente d'une intervention officielle de l'ONU<sup>158</sup>. Le Gouvernement congolais riposta en soutenant que l'excuse avancée par la Belgique était un prétexte, son but réel étant la sécession du Katanga, et qu'on était donc en présence d'un acte d'agression<sup>159</sup>. Les opinions exprimées au Conseil de sécurité se partagèrent autour des deux prises de position opposées; des deux côtés, on se concentra, cependant, sur la détermination et l'évaluation d'éléments de fait<sup>160</sup>. D'aucune part il n'y eut de prise de position de principe à propos de la valeur éventuelle d'un « état de nécessité » comme circonstance susceptible, ses conditions d'existence étant réunies, d'exclure l'illicéité d'une action non conforme à une obligation internationale. Ce qu'on peut relever est donc seulement que le principe, comme tel, de l'excuse de nécessité ne forma l'objet d'aucune dénégation.

26) Dans d'autres cas où des actions armées ont été entreprises en territoire étranger à des fins dites « humanitaires », l'Etat qui les a entreprises s'est prévalu d'autres justifications, tel le consentement de l'Etat sur le territoire duquel elles ont eu lieu<sup>161</sup> ou la légitime défense<sup>162</sup>. La notion d'état de nécessité n'a été ni mentionnée ni prise en considération, même dans les cas où l'existence d'un consentement ou d'un état de légitime défense a été contestée, et même si certaines des données de fait alléguées pouvaient avoir davantage de rapport avec l'état de nécessité qu'avec la légitime défense.

Il se peut, toutefois, que le fait d'avoir préféré faire appel à d'autres « justifications » plutôt qu'à celle de la nécessité procédait, dans ces cas, de l'intention de mettre mieux en évidence certains aspects allégués du cas d'espèce, telle, par exemple, la non-innocence de l'Etat victime de l'action menée, ou de la conviction de ne pas pouvoir établir que toutes les conditions particulièrement rigoureuses de l'existence d'un véritable état de nécessité se trouvaient réunies en l'espèce. On doit en tout cas

<sup>158</sup> Voir *Documents officiels du Conseil de sécurité, quinzième année*, 873<sup>e</sup> séance, par. 182 et suiv., 192 et suiv., 877<sup>e</sup> séance, par. 142; 879<sup>e</sup> séance, par. 151.

<sup>159</sup> *Ibid.*, 877<sup>e</sup> séance, par. 31 et suiv.

<sup>160</sup> *Ibid.*, 873<sup>e</sup> séance, par. 144; 878<sup>e</sup> séance, par. 23, 65, 118; 879<sup>e</sup> séance, par. 80 et suiv.

<sup>161</sup> Lors de la deuxième intervention belge au Congo — définie elle aussi comme une « opération de secours d'urgence » (v. *Documents officiels du Conseil de sécurité, dix-neuvième année, Supplément d'octobre, novembre et décembre 1964*, doc. S/6062) —, qui eut lieu en 1964, le Gouvernement belge invoqua pour son excuse le consentement du Gouvernement congolais, que celui-ci contesta (*ibid.*, doc. S/6055 et S/6063).

La même justification a été parfois invoquée à l'occasion de raids accomplis par les organes d'un Etat en territoire étranger afin de libérer les otages de terroristes qui avaient détourné des avions. C'est le cas de la République fédérale d'Allemagne pour le raid entrepris en 1977 à Mogadishu (Somalie) et de l'Egypte pour le raid entrepris en 1978 à Larnaca (Chypre).

<sup>162</sup> C'est le cas du raid entrepris en 1976 par Israël à Entebbe (Ouganda). (Pour les différentes prises de position qui eurent lieu au sujet du raid ainsi que pour les projets de résolution, dont aucun ne fut adopté, voir *Documents officiels du Conseil de sécurité, trente et unième année, Supplément de juillet, août et septembre 1976*, doc. S/12123, S/12124, S/12126, S/12132, S/12136 et S/12139; et *ibid.*, trente et unième année, 1939<sup>e</sup>, 1941<sup>e</sup> et 1942<sup>e</sup> séances.)

conclure que la pratique des Etats n'est pas d'un grand secours pour répondre à la question spécifiquement posée ci-dessus<sup>163</sup>.

27) La Commission en est finalement venue à considérer les cas où un Etat a invoqué une situation de nécessité pour justifier des agissements non conformes à une obligation internationale du droit de la guerre et, tout particulièrement, a fait appel à une situation entrant dans le cadre de cette notion particulière que l'on qualifie de « nécessité de guerre ». On a beaucoup discuté, par le passé surtout, de la question de savoir s'il était ou non possible d'invoquer la « nécessité de guerre » ou « nécessité militaire » pour justifier un comportement qui s'écarte de celui qui est requis par des obligations de la catégorie envisagée. A ce propos, une précision préliminaire s'impose. Le rôle principal de la « nécessité militaire » n'est pas celui d'une circonstance excluant exceptionnellement l'illicéité d'un fait qui en d'autres circonstances ne serait pas conforme à une obligation du droit international. La nécessité militaire apparaît en premier lieu comme étant le critère inspirateur de toute une série de règles de fond du droit de la guerre et de la neutralité, à savoir de ces règles qui, en dérogeant à des principes du droit de la paix, attribuent à l'Etat belligérant la faculté juridique de recourir envers l'ennemi et envers les Etats neutres (ainsi qu'envers leurs ressortissants) à des agissements qui répondent aux exigences de la conduite des hostilités. Par rapport à ces règles, donc, il n'est certes pas question d'une incidence de la « nécessité » en tant que circonstance excluant l'illicéité d'un comportement que la règle applicable n'interdit pas, mais plutôt d'une incidence de la « non-nécessité » en tant que circonstance excluant la licéité d'un comportement qu'en principe cette règle autorise. Ce n'est que lorsque l'on doit constater, dans le cas d'espèce, l'absence de cette « nécessité de guerre », dont la prise en considération est à la base de la règle et de son applicabilité, que cette règle du droit spécial de la guerre et de la neutralité ne doit pas s'appliquer, et que la règle générale du droit de la paix interdisant certains agissements reprend son empire. Il en découle que toutes les prises de position — très nombreuses — qui ont trait à cette question sont sans pertinence aux fins de la détermination du contenu de la règle que la Commission doit ici codifier.

28) Cette précision faite, la Commission doit toutefois constater que certains auteurs se sont référés à la notion de « nécessité militaire » dans un but qui est en réalité le même que celui que la Commission se pose au présent article, à savoir celui d'établir s'il existe des circonstances liées à l'idée de nécessité, susceptibles comme telles d'exclure exceptionnellement l'illicéité d'un comportement non conforme à une obligation internationale. Le problème étudié par ces auteurs est celui de savoir si cette espèce particulière de nécessité, dont le but est la sauvegarde de l'intérêt impérieux de la réussite des opérations militaires contre l'ennemi et, en dernier ressort, de la victoire sur lui, peut avoir pour effet d'exclure l'illicéité d'un comportement étatique non conforme à une des règles du droit de la guerre qui imposent aux

<sup>163</sup> Voir par. 23.

belligérants des limitations quant aux moyens et aux méthodes de la conduite des hostilités entre eux, cela dans le but général d'atténuer les rigueurs de la guerre<sup>164</sup>. Il s'agit là de ce qu'on appelle les règles du droit humanitaire applicables aux conflits armés; il s'agit d'ailleurs, pour la plupart, de règles codifiées. La Commission ne croit pas que l'existence d'une situation de nécessité du type indiqué puisse permettre à un Etat de ne pas respecter une des règles du droit humanitaire mentionnées. Tout d'abord, certaines de ces règles sont, de l'avis de la Commission, des règles qui posent des obligations de *jus cogens*, et, ainsi qu'on le précise *infra*<sup>165</sup>, l'état de nécessité ne peut pas être invoqué pour justifier le non-respect d'une de ces obligations. En deuxième lieu, même pour ce qui est des obligations du droit humanitaire qui ne seraient pas de *jus cogens*, il est à considérer qu'admettre la possibilité de ne pas respecter les obligations qui imposent des limitations quant aux méthodes de la conduite des hostilités chaque fois où le belligérant se trouverait dans la nécessité de recourir à un tel moyen pour garantir la réussite d'une opération militaire équivaldrait à admettre un principe qui est absolument en contradiction avec les finalités des instruments élaborés. L'adoption des règles de droit humanitaire relatives à la conduite des opérations de guerre s'est faite en pleine conscience de ce que la « nécessité militaire » est le critère même de cette conduite. Les représentants des Etats qui ont formulé ces règles se sont proposé d'imposer par là aux Etats certaines limites, de prévoir quelques restrictions à la liberté d'action quasiment totale dont les belligérants se prévalent, dans leurs rapports réciproques, en vertu de ce critère. Et ils n'ont certes pas entendu permettre à la nécessité de guerre de réduire rétrospectivement à néant ces réalisations difficilement acquises. Ils savaient d'ailleurs parfaitement que le respect des restrictions qu'ils prévoyaient serait susceptible d'entraver le succès d'une opération militaire, mais s'ils n'avaient voulu admettre ces restrictions que pour le cas où elles n'entraveraient pas le succès d'une opération

militaire, ils l'auraient dit expressément — ou, plus vraisemblablement, ils auraient renoncé à leur tâche, devenue d'une utilité très relative. Les conventions de droit humanitaire entendent subordonner, dans certains domaines, l'intérêt du belligérant à un intérêt supérieur; les Etats qui y ont souscrit se sont engagés à respecter cette subordination sans chercher à s'y soustraire par des prétextes. Faire appel à l'idée de nécessité militaire ou de guerre pour se dérober au devoir de se conformer à des obligations conçues précisément pour éviter que les nécessités de la guerre engendrent des souffrances que l'on veut définitivement proscrire serait absurde. Il est vrai qu'il y a parfois, dans ces conventions du droit humanitaire de la guerre, des dispositions qui prévoient une exception explicite à l'obligation de respecter l'obligation qu'elles posent, et cela dans des cas de « nécessité militaire urgente ». Mais il s'agit là de dispositions qui ne valent que pour les cas expressément prévus. En dehors de ces cas, il ressort implicitement du texte de ces conventions qu'elles n'admettent pas la possibilité d'invoquer la nécessité militaire en tant qu'excuse d'un comportement étatique non conforme aux obligations qu'elles imposent. Et, ainsi qu'on le verra *infra*<sup>166</sup>, la Commission a été de l'avis qu'un Etat ne peut invoquer l'état de nécessité si cela est expressément ou implicitement interdit par un instrument conventionnel.

29) A propos des positions prises au sujet de l'admissibilité ou de la non-admissibilité de l'état de nécessité en tant que circonstance susceptible d'exclure l'illicéité d'un fait de l'Etat non conforme à une obligation internationale, la Commission a d'abord constaté que l'idée que la nécessité puisse exceptionnellement justifier un comportement de l'Etat contraire à une obligation internationale est explicitement admise — mais dans le cadre d'une recherche où l'analyse du droit interne se trouve mêlée à celle du droit international — par les auteurs « classiques » de notre discipline, tels B. Ayala, A. Gentili, et surtout H. Grotius, aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, et S. Pufendorf, Ch. Wolff et E. de Vattel au XVIII<sup>e</sup><sup>167</sup>. Tout en étant incontestée, cette acceptation était assortie de conditions très restrictives. Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle apparaissent les premiers efforts de certains des tenants

<sup>164</sup> On peut rappeler à ce propos les ouvrages suivants : E. Lüder, « Krieg und Kriegsrecht im allgemeinen », *Handbuch des Völkerrechts*, textes réunis par F. von Holtzendorff, Hambourg, Verlagsanstalt und Druckerei, 1889, vol. 4, p. 253 et suiv. ; M. Huber, « Die Kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsrason », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, vol. VII, 1913, p. 351 et suiv. ; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, Rome, Athenaeum, 1915, vol. III, p. 207 et suiv. ; U. Borsi, « Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Rome, série II, vol. V, n° 2 (1916), p. 157 et suiv. ; Ch. de Visscher, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. XXIV, 1917, p. 74 et suiv. ; P. Weiden, « Necessity in international law », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 24, *Problems of Peace and War*, Londres, Sweet and Maxwell, 1939, p. 105 et suiv. ; N. C. H. Dunbar, « Military necessity in war crimes trials », *The British Year Book of International Law*, 1952, Londres, vol. 29, 1952, p. 442 et suiv. ; W. G. Downey, « The law of war and military necessity », *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 47, n° 2 (avril 1953), p. 251 et suiv. ; W. V. O'Brien, « The meaning of military necessity in international law », *World Polity*, Utrecht, Spectrum, 1957, vol. I, p. 109 et suiv. ; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1965, t. IV, p. 1927 et suiv. ; G. Schwarzenberger, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1968, vol. II, p. 128 et suiv.

<sup>165</sup> Par. 37.

<sup>166</sup> Par. 38.

<sup>167</sup> Voir B. Ayala, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari, libri tres* (1582), *The Classics of International Law*, Washington (D.C.), Carnegie Institution of Washington, 1912, vol. II (tr. anglaise), p. 135 ; A. Gentili, *De iure belli, libri tres* (1612), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1933, vol. II (tr. anglaise), p. 351 ; H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres* (1646), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1925, vol. II (tr. anglaise), p. 193 et suiv. (*Le droit de la guerre et de la paix*, tr. par J. Barbeyrac, Leyde, Aux dépens de la Compagnie, 1759, t. I<sup>er</sup>, p. 232 et suiv.) ; S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium, libri octo* (1688), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1934, vol. II (tr. anglaise), p. 295 et 296 ; *Le droit de la nature et des gens*, tr. française de J. Barbeyrac, Amsterdam, Schelte, 1706, t. I<sup>er</sup>, p. 253 et 254 ; Ch. Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1764), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1934, vol. II (tr. anglaise), p. 173 et 174 ; E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle* (1758), *The Classics of International Law*, Washington (D.C.), Carnegie Institution of Washington, 1916, vol. I, p. 341.

de cette position<sup>168</sup> d'affubler la reconnaissance de l'excuse de nécessité d'une « justification » de principe. Parallèlement se manifestent les premières résistances de certains écrivains<sup>169</sup> à l'idée jusqu'alors incontestée. Toutefois, la Commission juge utile de souligner que les arguments qui ont été avancés par ces premiers opposants, et qui ont été repris par presque tous ceux qui leur ont succédé dont la position fut la même, ne se traduisent en fait pas par un vrai rejet de l'idée même de la nécessité en tant que justification exceptionnellement acceptable de certains comportements étatiques. Ils représentent plutôt une double réaction : a) sur le plan théorique, au bagage encombrant de « fondements » et de « justifications » dont les tenants de l'idée de nécessité voulaient maintenant l'assortir; b) sur le plan pratique, à l'application tout à fait abusive que certains gouvernements en faisaient<sup>170</sup>. Au cours du xx<sup>e</sup> siècle, le nombre des auteurs qui ont pris une position contraire à l'applicabilité, en droit international, de la notion d'état de nécessité a progressivement augmenté<sup>171</sup>, tout en restant inférieur

à celui des tenants de l'applicabilité de cette notion<sup>172</sup>. Abstraction faite de certaines divergences dans l'interprétation de la pratique des Etats, c'est surtout la vieille crainte d'abus qui détermine l'opposition du premier groupe d'auteurs, ce qui est confirmé par le fait que cer-

<sup>168</sup> Entre autres, J.-L. Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Paris, Alliaud, 1831, p. 41, 75 et suiv.; W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1924, p. 65, 322 et suiv.; H. Wheaton, *Elements of International Law*, 8<sup>e</sup> éd. (1866), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1936, p. 75 et 76; *Eléments du droit international*, tr. française de la 5<sup>e</sup> édition, Leipzig, Brockhaus, 1874; A. W. Heffter, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 7<sup>e</sup> éd., Berlin, Schroeder, 1882, p. 68; A. Rivier, *Principes du droit des gens*, Paris, Rousseau, 1896, t. I, p. 277 et 278; T. Twiss, *The Law of Nations (Considered as Independent Political Communities)*, éd. rev., Oxford, Clarendon Press, 1884, p. 178 et suiv., 184 et 185.

<sup>169</sup> Entre autres, P. Fiore, *Droit international public*, tr. par P. Pradier-Fodéré, Paris, Durand, 1868, p. 344 et suiv.; P. Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen et américain*, Paris, Pedone-Lauriel, 1885, t. I, p. 374 et 381; J. Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge, University Press, 1894, p. 113 et 114, et p. 257.

<sup>170</sup> En clair, c'est, d'une part, l'idée de l'existence d'un « droit fondamental » et « naturel » à l'« autoconservation » qui est la cible des tenants de cette révision critique et c'est, d'autre part, la préoccupation suscitée par l'utilisation tout à fait inadmissible de ladite idée d'autoconservation ou de celle de « Not », faite par des Etats à des fins d'expansion et de domination, qui amène ces auteurs à se retrancher derrière une attitude en principe hostile à la reconnaissance de la notion d'état de nécessité dans l'ordre juridique international. Par ailleurs, il faut préciser que certains auteurs plus particulièrement sensibles aux réalités de la vie internationale, comme Westlake (*op. cit.*, p. 115), tout en manifestant leur opposition à une reconnaissance en général de la justification basée sur l'état de nécessité, ne croient toutefois pas devoir pousser cette opposition jusqu'au point de nier l'applicabilité de cette justification à des comportements non conformes à certaines catégories d'obligations. Dans des cas où l'obligation non observée touche à un domaine moins essentiel que celui du respect de la souveraineté d'autrui, moins dangereuse donc pour la vie internationale, on sent que l'opposition à l'idée de voir dans l'état de nécessité une circonstance susceptible d'exclure l'illicéité du comportement en question n'a pas sa raison d'être et n'est pas maintenue.

<sup>171</sup> Parmi les auteurs qui s'opposent à faire de l'état de nécessité une circonstance excluant l'illicéité en droit international, on trouve P. Fauchille, *Traité de droit international public* (8<sup>e</sup> édition du Manuel de droit international public de M. H. Bonfils), Paris, Rousseau, 1922, t. I, 1<sup>re</sup> partie, p. 418 et suiv.; Borsi, *loc. cit.*, p. 172 et suiv., 181 et suiv.; A. Cavaglieri, « Lo stato di necessità nel diritto internazionale », *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Rome, vol. LX (1917), n° 1, p. 89 et suiv., et n° 2, p. 171 et suiv.; et « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours...*, 1929-I, Paris, Hachette, 1930, t. 26, p. 558 et suiv.; de Vißcher, « Les lois de la guerre... » (*loc. cit.*), p. 75 et suiv.; « La responsa-

bilité des Etats ». *Bibliotheca Visseriana*, Leyde, Brill, 1924, t. II, p. 111 et suiv.; et *Théories et réalités en droit international public*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone, 1970, p. 314 et suiv.; B. C. Rodick, *The Doctrine of Necessity in International Law*, New York, Columbia University Press, 1928; A. Verdross, « Règles générales du droit international de la paix », *Recueil des cours...*, 1929-V, Paris, Hachette, 1931, t. 30, p. 489 et 490; H. Kelsen, « Unrecht und Unrechtfolgen im Völkerrecht », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. XII, n° 4, octobre 1932, p. 568 et suiv.; J. Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours...*, 1936-IV, Paris, Sirey, 1937, t. 58, p. 551 et suiv.; A. Vonlanthen, *Die völkerrechtliche Selbstbehauptung des Staates*, Fribourg (Suisse), Paulusdruckerei, 1944, p. 175 et suiv.; Hazan, *op. cit.*; S. Glaser, « Quelques remarques sur l'état de nécessité en droit international », *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, n° 6, mars 1952, p. 599 et suiv.; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1954, t. II, p. 60 et suiv.; D. W. Bowett, *Self-defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958, p. 10; J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6<sup>e</sup> éd., revue par H. Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 403 et suiv.; G. Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1960, t. II, p. 438 et suiv.; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 428 et suiv.; L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964, p. 371 et 372; E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », *Manual of Public International Law*, textes réunis par M. Sørensen, Londres, Macmillan, 1968, p. 542 et 543; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5<sup>e</sup> éd., Naples, Liguori, 1968, p. 226 et suiv.; P. Lamberti Zanardi, « Necessità (Diritto internazionale) », *Enciclopedia del diritto*, Milan, Giuffrè, 1977, vol. 27, p. 898 et suiv.; R. Taoka, *The Right of Self-Defence in International Law*, Osaka, Osaka University of Economics and Law, 1978, p. 82 et suiv.

<sup>172</sup> Parmi les auteurs favorables à l'admission de l'état de nécessité parmi les circonstances excluant l'illicéité, il y a D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. XIII, n° 3 (1906), p. 303 et 304, et *Cours de droit international*, trad. par G. Gidel de la 3<sup>e</sup> édition italienne (1928), Paris, Sirey, 1929, p. 508 et suiv.; F. von Liszt, *Le droit international*, trad. par G. Gidel de la 9<sup>e</sup> édition allemande (1913), Paris, Pedone, 1927, p. 201 et 202; J. Kohler, *Not kennt kein Gebot — Die Theorie des Notrechtes und Ereignisse unserer Zeit*, Berlin, Rotschild, 1915; P. Schoen, « Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, Kern's, Supplément 2 au tome X, 1917, p. 110 et suiv.; A. Faatz, « Notwehr » und « Notstand » im Völkerrecht, Greifswald, 1919 [thèse]; K. Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch des Völkerrechts*, textes réunis par F. Stier-Somló, Stuttgart, Kohlhammer, 1920, t. III, 3<sup>e</sup> partie, p. 122 et suiv.; et « Les règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours...*, 1934-I, Paris, Sirey, 1934, t. 47, p. 567 et 568; Ch. G. Fenwick, *International Law*, New York, Century, 1924, p. 142 et 143; A. S. Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organization*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Macmillan, 1927, p. 230 et suiv.; T. Baty, *The Canons of International Law*, Londres, Murray, 1930, p. 95 et suiv.; K. Wolff, « Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux », *Recueil des cours...*, 1931-II, Paris, Sirey, 1932, t. 36, p. 519 et suiv.; J. Spiropoulos, *Traité théorique et pratique de droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1933, p. 287 et 288; E. Vitta, « La necessità nel diritto internazionale », *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Rome, nouvelle série, vol. XI (1936), p. 288 et suiv.; R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours...*, 1939-II, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 540 et suiv.; G. Cohn, « La théorie de la responsabilité internationale », *ibid.*, p. 318; Weiden, *loc. cit.*, p. 131 et 132; G. Sperduti, « Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Padoue, XXXV<sup>e</sup> année,

tains d'entre eux sont disposés à admettre l'état de nécessité dans des cas où les possibilités d'abus sont moins fréquentes et moins graves, et notamment lorsqu'on est en présence de la nécessité de sauvegarder un intérêt humanitaire de la population. Le danger d'abus n'est d'ailleurs pas sous-estimé par les auteurs du deuxième groupe, mais ceux-ci ne manquent pas de rappeler que d'autres principes juridiques aussi se sont prêtés à des interprétations et à des applications abusives, et que le fait de nier dans l'abstrait l'existence de principes qui sont manifestement opérants dans la réalité de la vie juridique internationale ne fera pas cesser les abus que l'on commet sous le couvert desdits principes. Ce que ces auteurs cherchent plutôt à mettre en évidence, ce sont donc les limites inhérentes à l'applicabilité de la notion d'état de nécessité.

30) En réalité, d'après la Commission, la divergence entre les opinions qui semblent diviser en deux camps opposés la doctrine plus récente comme celle qui l'a précédée est en fait beaucoup moins radicale qu'elle ne le paraît à première vue et que certaines assertions tranchantes voudraient le faire accroire. En dernière analyse, la position « négative » à l'égard de l'état de nécessité revient à dire : nous sommes contre la reconnaissance de l'excuse de nécessité en tant que principe du droit international général parce que les Etats usent et abusent de ce prétendu principe à des fins inadmissibles et souvent inavouables; mais nous sommes finalement disposés à lui attribuer une fonction limitée à certains domaines particuliers du droit international, moins brûlants que ceux qui sont habituellement le théâtre des abus déplorés. D'autre part, réduite à l'essentiel, la position « positive » se traduit de la façon suivante : nous acceptons l'excuse

de nécessité comme constituant un principe admis par le droit international général en vigueur, et nous ne saurions négliger la fonction que cette notion remplit dans les relations juridiques interétatiques comme dans tous les autres systèmes de droit; mais nous sommes attentifs à lui fixer des conditions d'application très restrictives afin d'éviter que cette « excuse » ne finisse par fournir une occasion par trop facile de violer impunément le droit international, nous voudrions surtout arriver à empêcher que l'on puisse se prévaloir dans les domaines les plus classiques des abus historiquement constatés. Il est donc aisé de se rendre compte qu'entre les positions les plus « raisonnées » des deux camps la marge est étroite. La Commission ne voit donc pas dans des divergences doctrinales dont l'importance a souvent été gonflée un obstacle sérieux à l'accomplissement de la tâche qui lui a été confiée.

31) C'est seulement après avoir examiné avec attention la pratique internationale et les opinions doctrinales que l'on vient d'exposer que la Commission est passée à l'étude du contenu de la règle à insérer dans le projet d'articles. Cette étude présupposait logiquement comme résolue la question préliminaire de savoir s'il y avait ou non lieu d'insérer un article concernant l'état de nécessité dans le cadre du chapitre V du projet d'articles. A ce sujet, un membre de la Commission — sans nier le bien-fondé du principe d'après lequel un Etat peut exceptionnellement se trouver justifié d'avoir adopté un comportement non conforme à une obligation internationale, cette façon d'agir ayant représenté vraiment l'unique moyen d'échapper à un péril extrême pour lui — a exprimé l'avis que de tels cas seraient très rares et que, vu les abus auxquels la règle pourrait se prêter et vu surtout la difficulté de déterminer d'une manière objective l'existence d'un intérêt « essentiel » de l'Etat et d'un péril extrême le menaçant, il vaudrait probablement mieux s'abstenir de prévoir dans le projet une disposition expresse à ce sujet. Toutefois, les quelques autres membres de la Commission qui, au début, inclinaient vers une solution analogue ont été amenés, par la discussion approfondie du sujet, à modifier leur position initiale. Tout en restant conscients des risques d'abus auxquels la matière peut se prêter, ils ont donc rejoint la très grande majorité de la Commission et ont estimé avec elle que ces risques seraient largement évités si l'on prévoyait, à propos de l'état de nécessité, une disposition explicite dans laquelle on préciserait rigoureusement toutes les conditions qui doivent se trouver réunies pour qu'un Etat puisse exceptionnellement invoquer l'état de nécessité comme justification de son action, et dans laquelle on exclurait nettement certaines matières du domaine dans lequel l'état de nécessité pourrait être appelé à jouer. La notion d'état de nécessité est trop profondément enracinée dans la théorie générale du droit pour qu'un silence à son égard puisse à lui seul être interprété comme une exclusion absolue de l'applicabilité de cette notion au droit international — exclusion qui, si elle était vraiment totale, ne se justifierait d'ailleurs pas. Il ne saurait être question d'exclure, par crainte d'abus (desquels peuvent être évités par l'adoption de dispositions prudentes et circonstanciées), le fonctionnement légitime d'une cause d'exclusion de l'illicéité d'un comportement de l'Etat dans des cas à propos desquels

série 4, vol. XXII, fasc. 1-2, 1943, p. 54 et suiv.; A. Ross, *A Textbook of International Law*, Londres, Longmans, Green, 1947, p. 247 et suiv.; R. Redslob, *Traité de droit des gens*, Paris, Sirey, 1950, p. 248 et suiv.; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 31 et 69 et suiv.; G. Schwarzenberger, « The fundamental principles of international law », *Recueil des cours...*, 1955-I, Leyde, Sijthoff, 1956, t. 87, p. 343; L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8<sup>e</sup> éd. revue par H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, p. 297 et suiv.; F. A. von der Heyde, *Völkerrecht, Ein Lehrbuch*, Cologne, Verlag für Politik und Wirtschaft, 1958, vol. I, p. 314; F. V. García Amador, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », dans *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 52 et suiv., doc. A/CN.4/111, chap. VI (v. aussi art. 13, par. 1, de l'avant-projet de García Amador [*ibid.*, p. 75, doc. A/CN.4/111, annexe] et art. 17, par. 2, de l'avant-projet révisé du même auteur [*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 50, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif]); L. Buza, « The state of necessity in international law », *Acta Juridica Academiae scientiarum hungaricae*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1959, t. I, p. 205 et suiv.; M. Sørensen, « Principes de droit international public », *Recueil des cours...*, 1960-III, Leyde, Sijthoff, 1961, t. 101, p. 219 et suiv.; Sereni, *op. cit.*, 1962, t. III, p. 1528 et suiv.; A. Favre, « Fault as an element of the illicit act », *The Georgetown Law Journal*, Washington (D.C.), vol. 52, n° 2 (hiver 1964), p. 565 et suiv.; W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1964, t. I, p. 387 et suiv.; G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7<sup>e</sup> éd., Padoue, CEDAM, 1967, p. 338 et 339; J. Zourek, « La notion de légitime défense en droit international », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1975, Bâle, vol. 56, p. 66 et suiv.; B. Graefrath, E. Oeser et P. A. Steiniger, *Völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten*, Berlin, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1977, p. 74 et 75.

son utilité est généralement reconnue. En d'autres termes, la très grande majorité de la Commission s'est rangée à l'avis qu'il faut certainement exclure toute applicabilité de la notion d'état de nécessité là où elle est effectivement dangereuse, mais non pas là où elle est et reste utile en tant que « soupape d'échappement » permettant de parer aux conséquences inévitablement fâcheuses d'un souci de conformité à tout prix aux prescriptions des règles de droit. Il faut éviter en effet que l'exigence essentielle de l'observation du droit ne finisse par aboutir à des situations que l'adage *summum jus summa injuria* caractérise parfaitement.

32) Ayant donc décidé de répondre de façon positive à la question concernant l'opportunité d'insérer dans le texte du projet d'articles une disposition prévoyant l'état de nécessité en tant que circonstance susceptible d'exclure l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale, la Commission s'est attachée à déterminer, en premier lieu, quelles sont les conditions qui doivent se trouver réunies — et toutes réunies — pour qu'un Etat puisse valablement invoquer l'existence d'un état de nécessité afin de justifier sur sa base un comportement non conforme à une obligation internationale. A cet égard, la première condition à préciser était celle qui consiste à déterminer quels intérêts de l'Etat doivent se trouver en péril pour que l'adoption par cet Etat d'un comportement non conforme à celui que requiert une obligation internationale puisse se trouver justifiée. La CDI a estimé que la manière la plus appropriée de procéder à cette détermination était d'indiquer qu'il devait s'agir d'un intérêt essentiel de l'Etat. La Commission n'a pas pour autant été d'avis qu'il fallait réduire exclusivement cet intérêt à l'« existence » de l'Etat : elle a bien relevé dans son analyse de la pratique que les cas où l'état de nécessité a été invoqué dans le but de sauvegarder un intérêt de l'Etat autre que la préservation de son existence même ont finalement été plus fréquents et moins contestés que les cas où un Etat a essayé de se justifier en prétextant un danger pour sa propre existence. Quant à la détermination concrète des intérêts de l'Etat qui peuvent être qualifiés d'essentiels, la Commission a estimé qu'il serait vain d'essayer d'ajouter des précisions et d'établir à ce sujet des catégories pré-constituées. Le caractère plus ou moins « essentiel » d'un intérêt donné est naturellement fonction de l'ensemble des conditions dans lesquelles un Etat se trouve dans les différentes situations concrètes; il doit donc être évalué par rapport au cas d'espèce dans lequel ledit intérêt entre en considération, et non pas déterminé au préalable dans l'abstrait.

33) En deuxième lieu, la Commission a estimé essentiel de préciser qu'il faut que le péril, le danger menaçant un intérêt de l'Etat se révélant vraiment comme « essentiel » au vu des circonstances, ait été extrêmement grave, qu'il se soit trouvé peser au moment même sur l'intérêt menacé, et que l'adoption par un Etat d'un comportement non conforme à une obligation internationale le liant à un autre ait vraiment représenté pour lui le seul moyen de conjurer le péril extrêmement grave et imminent qu'il appréhendait. En d'autres termes, il faut que ce péril n'ait pas pu être écarté par un autre moyen, même beaucoup plus onéreux, mais pouvant être adopté dans le respect des obligations internationales. Le comportement

en question doit en outre s'être révélé indispensable dans sa totalité, et non pas seulement en partie, pour préserver l'intérêt essentiel menacé. Tout dépassement des limites du strictement nécessaire à cette fin ne peut que constituer à lui seul un fait illicite, même au cas où, pour le reste, l'excuse de nécessité serait admise à jouer. Il va notamment de soi que, une fois écarté le péril grâce à l'adoption du comportement non conforme à l'obligation internationale, toute persistance ultérieure dans ce comportement reprendrait son caractère illicite, même au cas où cette illicéité aurait été exclue dans la période précédente. Le respect de l'obligation internationale mise en cause, pour autant qu'il soit encore matériellement possible, doit reprendre sans délai.

34) En troisième lieu, la Commission a indiqué la condition que l'Etat qui invoque en sa faveur l'existence d'un état de nécessité ne doit pas avoir provoqué lui-même, volontairement ou par sa négligence, la survenance de cet état de nécessité.

35) En quatrième lieu, la Commission a entendu souligner tout particulièrement que l'intérêt de l'Etat enyers lequel l'obligation subsistait, et qui se trouverait sacrifié à la nécessité d'assurer la sauvegarde autrement impossible d'un intérêt « essentiel » de l'Etat, ne doit pas constituer lui aussi un intérêt non moins essentiel de l'Etat en question. En d'autres termes, la Commission a voulu indiquer que l'intérêt sacrifié sur l'autel de la « nécessité » doit évidemment être moins important que celui qu'on veut par là sauver. Cette précision a paru à la Commission d'autant plus importante qu'elle a d'autre part exclu que l'état de nécessité puisse être invoqué uniquement pour la sauvegarde de l'intérêt de l'Etat à son « existence ».

36) En relation avec les conditions qui viennent d'être énoncées et qui — la Commission tient à le réitérer — doivent conjointement être réunies pour qu'un Etat puisse légitimement invoquer l'état de nécessité afin de justifier par là un comportement non conforme à une obligation internationale, la Commission estime aussi utile de rappeler que d'autre part l'Etat qui invoque l'état de nécessité n'est pas et ne peut pas être le seul juge de l'existence, dans le cas d'espèce, des conditions requises. Bien sûr, au moment où l'Etat adopte le comportement non conforme à l'obligation internationale, ce ne peut être qu'à lui d'évaluer si ces conditions sont remplies — dans la situation de péril imminent où il se trouve, il n'a guère le temps de s'adresser à ce sujet à d'autres instances. Mais cela ne veut pas dire que la détermination de l'existence des conditions permettant d'agir à titre d'état de nécessité soit par là définitivement laissée au jugement unilatéral de l'Etat qui en fait usage. L'Etat affecté par le comportement qu'on dit avoir été adopté en état de nécessité pourra parfaitement objecter, de son côté, que les conditions requises n'étaient pas réunies. Un différend naîtra alors, dont la solution devra être recherchée par l'un des moyens pacifiques prévus à l'Article 33 de la Charte.

37) Ayant ainsi défini les conditions qui, à son avis, doivent se trouver toujours réunies pour qu'un Etat puisse invoquer l'état de nécessité afin d'exclure l'illicéité d'un comportement adopté par lui et non conforme à

une obligation internationale, la Commission s'est ensuite demandé s'il n'y avait en tout cas pas lieu d'exclure *a priori* et totalement la possibilité d'invoquer l'état de nécessité dans les cas où le comportement à justifier est en contradiction avec certaines catégories déterminées d'obligations internationales. La première catégorie d'obligations à laquelle la Commission s'est référée dans ce contexte a été celles des obligations qui découlent de normes impératives du droit international général (*jus cogens*), au sens de normes acceptées et reconnues par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que normes auxquelles aucune dérogation n'est permise et qui ne peuvent être modifiées que par de nouvelles normes du droit international général ayant le même caractère. A cet effet, la Commission a estimé décisif le fait même qu'il n'est pas permis de déroger à ces règles impératives par un accord entre les parties intéressées, et que donc, comme on l'a dit à l'article 29, le consentement de l'Etat lésé ne saurait jamais exclure l'illicéité d'un fait de l'Etat non conforme à une obligation prévue par l'une de ces normes. Cela signifie évidemment que ces règles sont si essentielles pour la vie de la communauté internationale qu'il est à plus forte raison inconcevable d'admettre qu'un Etat puisse décider unilatéralement de ne pas respecter les obligations qu'elles posent à sa charge, pour extrême que soit l'état de nécessité dans lequel il tombe. Il est d'autre part à noter que c'est précisément de l'inexécution d'obligations de cette nature que les Etats ont le plus souvent dans le passé tenté de se justifier en invoquant abusivement l'état de nécessité. Bien entendu, la Commission n'a fait, ici aussi, que se référer en général aux obligations découlant de règles de *jus cogens*, sans s'attacher à essayer de les énumérer ou de les indiquer spécifiquement. Dans chaque cas concret déterminé, la question de savoir si l'obligation non respectée pour des raisons de nécessité avait ou non un caractère impératif devra être tranchée par référence au droit international général en vigueur au moment où le problème se posera. Le seul point que la Commission estime opportun de mentionner dans ce commentaire est que l'obligation dont le caractère impératif ne saurait en aucun cas faire de doute est celle qui interdit de porter atteinte par la force à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique d'un autre Etat. La Commission tient à le souligner avec beaucoup de vigueur, car ce sont les tentatives passées des Etats d'en appeler à l'état de nécessité pour justifier des actes d'agression, des conquêtes, des annexions réalisées par la force qui sont le plus souvent à l'origine des craintes suscitées par l'idée d'admettre la notion d'état de nécessité en droit international. Au nombre des règles dont la violation ne saurait jamais trouver une justification dans une quelconque raison de nécessité, on a également mentionné, au cours des débats, des règles telles que celle qui interdit le génocide, ou celle qui condamne catégoriquement le massacre des prisonniers de guerre.

38) La deuxième catégorie d'obligations à laquelle la Commission s'est aussi référée dans la même intention est celle des obligations énoncées dans le texte d'un traité, dans l'hypothèse où, explicitement ou implicitement, il ressortirait du texte de cet instrument que celui-ci entend exclure la possibilité d'invoquer une situation de

nécessité pour justifier un comportement non conforme à une obligation qu'il impose aux parties contractantes. Cette exclusion va manifestement de soi lorsque le traité l'énonce explicitement, comme dans le cas de certaines conventions de droit humanitaire applicables aux conflits armés. Mais il y a bien des cas dans lesquels le traité ne dit rien explicitement. La Commission juge important de préciser à ce propos que le silence du traité ne doit pas être automatiquement interprété comme une admission de la possibilité d'invoquer l'état de nécessité. Il est des obligations conventionnelles qui ont été spécialement conçues comme étant également, ou même tout particulièrement, applicables dans des situations anormales de péril pour l'Etat obligé et pour ses intérêts essentiels et qui pourtant ne contiennent aucune clause relative à la question qui nous préoccupe (c'est le cas d'autres conventions de droit humanitaire applicables aux conflits armés). De l'avis de la Commission, l'exclusion de la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ressort alors implicitement, mais sûrement, de l'objet et du but de la règle, et parfois aussi des circonstances de son élaboration et de son adoption. Il a donc paru particulièrement utile à la Commission de mentionner expressément cette hypothèse aussi dans le cadre de l'article à définir.

39) Par rapport aux cas dans lesquels, par contre, la Commission a estimé ne pas pouvoir exclure la possibilité d'invoquer l'état de nécessité pour justifier la non-conformité du comportement d'un Etat à une obligation internationale, elle s'est demandé si l'effet d'une telle exclusion, là où elle se trouverait établie, serait non seulement de décharger entièrement l'Etat des conséquences que le droit international rattache à un fait internationalement illicite, mais aussi de le libérer de toute obligation, qui pourrait lui incomber à d'autres titres, d'indemniser les dommages causés par son comportement. Plusieurs auteurs de droit international, qui pourtant voient dans l'état de nécessité une circonstance d'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'Etat, pensent que ce dernier devrait tout de même être tenu de réparer les dommages matériels causés par le fait en question. La Commission a relevé que la pratique des Etats montre l'existence de cas où, tout en se prévalant de l'existence d'un état de nécessité pour justifier leur comportement, des Etats se sont offerts à réparer le dommage matériel causé. Cela étant, il ne saurait donc être question, d'après la Commission, d'exclure la possibilité qu'une obligation de ce genre soit mise à la charge de l'Etat ayant adopté le comportement justifié par ailleurs en vertu d'un état de nécessité. Quelques membres de la Commission sont même allés jusqu'à proposer que l'état de nécessité soit considéré non pas comme une circonstance excluant l'illicéité du fait de l'Etat, mais comme une circonstance atténuant la responsabilité qui découlerait du fait illicite de l'Etat. Cette thèse n'a toutefois pas été partagée par la Commission, qui n'a pas manqué de constater que l'effet de l'existence d'un véritable état de nécessité, tout comme de celle de n'importe quelle autre des circonstances mentionnées dans le présent chapitre, est de faire disparaître entièrement le blâme de l'illicéité à la charge de l'Etat ayant agi, sans par là exclure nécessairement que l'Etat puisse se voir demander une indemnisation pour les conséquences dommageables de son action, même si

celle-ci est lavée de toute illicéité. En d'autres termes, de l'avis de la Commission, l'exclusion du caractère illicite d'un fait de l'Etat ne comporte pas automatiquement la conséquence que ce fait ne puisse pas engendrer à d'autres titres une obligation d'indemniser des dommages causés, même si cette obligation ne doit pas être qualifiée d'obligation de « réparer un fait illicite ». Ayant d'autre part rappelé que la question relative à une éventuelle obligation d'indemniser les dommages causés s'était déjà posée à propos des hypothèses prévues aux articles 29, 31 et 32, et qu'il avait alors été décidé de renvoyer à un article distinct et unique la détermination de l'attitude à prendre à propos de cette question, la Commission a donc décidé d'en faire autant à propos du présent article.

40) Pour ce qui est du libellé de l'article, la Commission a choisi d'adopter une formule négative, en s'inspirant en quelque sorte de la solution retenue à l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>173</sup>, ceci pour marquer, par cet aspect formel aussi, que l'hypothèse d'une invocation à titre de justification de l'état de nécessité doit être considérée comme constituant vraiment une exception — une exception encore plus rarement admissible que ce n'est le cas pour les autres circonstances excluant l'illicéité prises en considération dans le chapitre V. A cet effet, la Commission n'a pas négligé l'importance du fait que, à la différence de ce qui a lieu dans les hypothèses prévues aux articles 30 (contre-mesures) et 34 (légitime défense), l'Etat à l'égard duquel on invoque l'état de nécessité comme justification du non-respect d'une obligation internationale peut être, et bien souvent est, dans le cas concret, un Etat pleinement innocent; que, à la différence de ce qui se passe dans l'hypothèse prévue à l'article 29 (consentement), l'Etat n'a jamais donné son consentement au fait commis à son égard; et que, à la différence de ce qu'on relève dans les hypothèses prévues aux articles 31 (force majeure et cas fortuit) et 32 (détresse), le comportement qu'un Etat vise à justifier sur la base d'un état de nécessité est un comportement pleinement volontaire et intentionnel.

41) Au *paragraphe 1* de l'article, la Commission a précisé les différentes conditions auxquelles doit en tout cas et en même temps répondre la situation invoquée pour qu'un Etat puisse prétendre sur sa base à une exclusion de l'illicéité de son fait. Au *paragraphe 2*, elle a ajouté l'indication des cas dans lesquels, même si les conditions indiquées au *paragraphe 1* se trouvaient réunies, l'existence d'un état de nécessité ne saurait exclure l'illicéité de fait de l'Etat non conforme à l'obligation. Le premier de ces cas, prévu à l'alinéa *a*, est celui où l'obligation en question serait une obligation prévue par « une norme impérative du droit international général ». La Commission n'a pas jugé nécessaire d'introduire dans le texte de l'article la précision quant à la signification de cette expression qui figure à l'article 29, voulant éviter une répétition inutile dans le cadre du même chapitre du projet d'articles. La Commission examinera d'ailleurs en deuxième lecture le point de savoir si cette précision ne

serait pas plus à sa place dans un article sur les dénnitions. Le deuxième cas, mentionné à l'alinéa *b*, est le cas où l'obligation à laquelle le comportement n'est pas conforme serait une obligation « prévue par un traité qui, explicitement ou implicitement, exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité en ce qui concerne cette obligation ». Plusieurs membres de la Commission ont souligné à ce sujet l'importance attachée par eux à la mention de l'hypothèse de l'exclusion, tout en n'étant qu'implicite, n'en serait pas moins évidente et importante. Finalement, à propos de l'exclusion prévue à l'alinéa *c*, il faut mentionner que la formule « si l'Etat en question a contribué à la survenance de l'état de nécessité » reprend la formule employée au *paragraphe 2* des articles 31 et 32. Par là, la Commission entend se référer au cas où l'Etat qui invoque l'état de nécessité aurait, d'une manière ou d'une autre, intentionnellement, ou aussi par négligence, apporté une contribution à la naissance de la situation dont il voudrait se prévaloir pour justifier le non-respect de sa part d'une obligation internationale.

<sup>173</sup> Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), p. 319.

Article 34

Légitime défense

L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies.

Commentaire \*/

1) Le présent article ne vise la légitime défense que du point de vue et dans le cadre des circonstances excluant l'illicéité dont il est question au chapitre V du projet. Son but est uniquement de préciser que, là où les conditions nécessaires à l'existence d'un état de légitime défense sont remplies, un recours par un Etat à l'emploi de la force armée effectué dans le but précis d'arrêter ou de repousser une agression d'un autre Etat ne saurait être un fait internationalement illicite, et cela en dépit de l'existence actuelle, dans la Charte des Nations Unies et dans le droit international coutumier, de l'interdiction générale du recours à l'emploi de la force. Le présent article ne cherche donc pas à définir une notion qui, comme telle, dépasse le cadre de la responsabilité des Etats. Il ne se propose pas d'entrer dans le vif de la polémique toujours existante quant à la portée de la notion de la légitime défense, ni surtout de remplacer ou même simplement d'interpréter la règle de la Charte qui se réfère expressément à cette notion. Il se limite à prendre comme prémisse l'existence du principe général admettant la légitime défense comme exception certaine, et ne pouvant pas faire l'objet d'une renonciation, à l'interdiction générale du recours à l'emploi de la force armée, et il se limite à en tirer les conséquences qui s'imposent en ce qui concerne l'exclusion de l'illicéité des faits de l'Etat dans lesquels ce recours a lieu dans les conditions qui constituent l'état de légitime défense.

2) La prémisse absolument indispensable pour qu'une notion autonome de légitime défense, avec le sens qui lui est propre, puisse avoir sa place dans le cadre d'un système

de droit déterminé est que ce système ait prévu en tant que règle générale l'interdiction générale de l'emploi de la force par des sujets particuliers, et ne tolère désormais cet emploi que dans le cas où il n'aurait que des finalités strictement défensives, à savoir là où il prendrait la forme d'une opposition à une attaque violente de la part d'autrui. Un autre élément — pas aussi indispensable du point de vue logique que le premier, mais qui s'est historiquement affirmé comme son complément nécessaire — est que l'emploi de la force, même à titre exclusivement défensif, n'est pas non plus admis en tant que règle générale, mais seulement en tant qu'exception à une règle réservant à une autorité centralisée le monopole ou le quasi-monopole de l'emploi de la force pour garantir le respect par tout le monde de l'intégrité d'autrui. Ce n'est que dans des situations concrètes où, de par sa nature même, un emploi de la force par des organes d'une institution centralisée ne saurait être suffisamment prompt et efficace pour assurer la défense d'un sujet agressé par autrui que l'emploi par le sujet en question de moyens de défense comportant l'usage de la force reste légitime. Compte tenu de ces remarques, il est évident que l'adoption par l'ordre juridique international d'une notion de légitime défense entièrement comparable, sous certains aspects essentiels, à celle qui est généralement utilisée dans les ordres juridiques nationaux, n'a pu se produire qu'à une époque relativement récente. Il est en tout cas évident que l'évolution progressive de sa définition n'a pu se réaliser que parallèlement à celle du principe bannissant la guerre d'agression et de conquête, quels que soient le moment et le milieu où ce principe s'est affirmé dans le droit international en vigueur.

3) Les considérations formulées dans le commentaire de l'article 33 du projet lors de l'examen des éléments qui permettent de différencier l'état de nécessité des autres circonstances excluant l'illicéité dispensent de s'étendre ici sur la détermination des aspects qui rapprochent en théorie la légitime défense de l'état de nécessité et sur ceux qui, par contre, séparent nettement les deux notions. Bien sûr, l'Etat qui agit en état de légitime défense et l'Etat qui agit en état de nécessité sont tous deux amenés à déterminer leur comportement respectif par l'existence d'un danger qui les menace — d'un danger ou péril qui, dans les deux cas, doit être grave, immédiat, et auquel l'on ne saurait parer par d'autres moyens. Cependant, comme il a été signalé, l'Etat à l'encontre duquel un autre Etat adopte un comportement non conforme à une obligation internationale sans avoir d'autre excuse que la « nécessité » peut être un Etat pleinement innocent, un Etat qui n'a rien commis d'internationalement illicite à l'encontre de celui qui agit. Il peut n'avoir en rien créé, par une quelconque action, le danger qui pèse sur l'autre Etat<sup>174</sup>. A l'opposé, l'Etat à l'encontre duquel un autre

Etat agit en condition de légitime défense est un Etat qui est lui-même la cause du péril qui menace l'autre Etat. C'est le premier Etat qui a créé le danger, et qui l'a créé par un comportement qui n'est pas seulement illicite aux yeux du droit international, mais qui constitue cette infraction internationale spécialement grave et caractérisée qu'est un recours à la force armée en violation de l'interdiction générale aujourd'hui prévue à l'égard d'un tel recours. Agir en légitime défense veut dire répondre par la force à une action illicite de force menée par autrui. En d'autres termes, pour qu'une action d'un Etat comportant le recours à l'emploi de la force armée puisse être qualifiée d'action menée en état de légitime défense, la première condition indispensable est qu'elle ait été précédée par un fait internationalement illicite caractérisé, impliquant un recours illicite à l'emploi de la force armée, du sujet contre lequel ladite action est dirigée<sup>175</sup>.

4) Il convient, d'autre part, de distinguer l'action menée par un Etat à titre de légitime défense de celle qui constituerait l'exercice légitime d'une de ces contre-mesures qu'un Etat peut prendre à l'encontre d'un autre Etat auteur d'un fait internationalement illicite et dont il est question à l'article 30 du projet. La comparaison a été parfois faite entre une action exécutée par un Etat à titre de légitime défense et une action réalisée à titre de représailles. Il y a indéniablement un élément commun aux deux hypothèses, représenté par le fait que dans les deux cas l'Etat agit, normalement du moins, après avoir subi un fait internationalement illicite, à savoir le non-respect d'un de ses droits par l'Etat contre lequel les agissements en question sont dirigés. Mais là s'arrête toute analogie possible. Les faits internationalement illicites qui autorisent exceptionnellement l'Etat qui les a subis à adopter à titre de contre-mesure, à l'encontre de l'Etat qui en est l'auteur, un comportement qui serait autrement non conforme à une obligation internationale peuvent être des plus divers; par contre, le seul fait internationalement illicite d'autrui qui autorise exceptionnellement l'Etat à réagir à son encontre par un recours à la force, en dépit de l'existence d'une interdiction générale à ce sujet, est une infraction constituée elle-même par une violation de

---

la légitime défense, c'est qu'à l'origine du péril grave et imminent il n'y ait pas un fait attribuable à l'Etat et constituant de sa part un manquement à une obligation internationale envers l'Etat qui est amené à agir par la « nécessité ». Cette précision s'impose parce que, sous l'influence d'une terminologie aujourd'hui dépassée, on fait parfois entrer dans le domaine de la légitime défense des mesures prises contre des individus, des navires marchands ou des avions privés dans des circonstances n'impliquant aucune responsabilité internationale de leur Etat national.

<sup>174</sup> La grande majorité des auteurs est d'accord sur le point que, à la différence de ce qui a lieu à propos de l'état de nécessité, pour pouvoir invoquer la légitime défense, il est indispensable que l'Etat à l'encontre duquel on adopte les mesures de légitime défense ait commis un fait internationalement illicite. Voir, parmi les auteurs plus récents, Bowett, *op. cit.*, p. 9; G. Arangio-Ruiz, « Difesa legittima (Diritto internazionale) », *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, vol. VI, 1960, p. 632; J. Delivanis, *La légitime défense en droit international public moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, p. 63 et 64; P. Lamberti Zanardi, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1972, p. 120; Zourek, *loc. cit.*, p. 59 et suiv.; Taoka, *op. cit.*, p. 2 et suiv.

---

<sup>175</sup> Cette constatation ne veut pas dire que le péril grave et imminent ne puisse pas provenir du territoire de l'Etat en question, de la sphère dans laquelle s'exerce sa souveraineté — qu'il ne puisse pas être dû, par exemple, à des agissements adoptés dans ce territoire par des particuliers n'agissant pas pour le compte de l'Etat ou échappant à son contrôle. Ce qui compte pour que l'on puisse situer un cas dans le domaine de l'état de nécessité et non pas dans celui de

cette interdiction<sup>176</sup>. Il s'agit donc d'une infraction internationale non seulement d'une extrême gravité, mais aussi d'un type caractérisé<sup>177</sup>.

5) En outre, et c'est ce qui est plus essentiel, légitime défense et contre-mesures (sanctions ou mesures d'exécution) sont des réactions ayant trait à des moments différents et, surtout, logiquement distincts. L'action menée en légitime défense est une action par laquelle un Etat vise à défendre son intégrité territoriale ou son indépendance contre une attaque violente. Il s'agit, en effet, d'une action qui oppose un emploi « défensif » à un emploi « offensif » de la force armée, dans le but d'empêcher l'action illicite d'autrui de se dérouler, d'aboutir, d'atteindre ses buts. Par contre, l'action consistant à infliger une sanction constitue l'application, *ex post facto*, à l'Etat auteur d'un fait illicite consommé de l'une des conséquences possibles rattachées par le droit international à la commission d'un fait de cette nature. Le propre de la sanction est d'avoir un but essentiellement afflictif ou répressif, représentant comme tel une fin en soi, fin qui peut être exclusive ou bien être accompagnée de l'intention de donner un avertissement contre une répétition possible des agissements que l'on sanctionne, ou encore de constituer un moyen de pression pour s'assurer du dédommagement du préjudice subi, etc.<sup>178</sup>. Quoi qu'il en soit, ce qui importe, c'est que la légitime défense est une forme de réaction qui a trait au domaine de la commission du fait internationalement illicite caractérisé dont il est question ici, alors que des sanctions — des représailles, notamment — sont des réactions appartenant au domaine de la mise en œuvre des conséquences produites par le fait internationalement illicite sur le plan de la responsabilité internationale. On peut aussi noter, dans ce contexte, que rien n'empêche l'Etat qui, dans les conditions et les buts indiqués, emploie la force à l'en-

contre d'un autre Etat à titre de légitime défense contre une attaque illicite par la force émanant de ce dernier d'adopter ultérieurement des mesures de sanction à l'encontre de l'infraction ainsi subie<sup>179</sup>. Il est clair cependant que ces mesures ne font nullement partie de l'action de légitime défense, qu'elles poursuivent un but distinct, et que, si elles se justifient, elles se justifient sur une base distincte.

6) D'autre part, la légitime défense comporte presque de par sa nature même l'emploi de la force armée. Par contre, à la suite de l'évolution qui semble s'être produite dans l'*opinio juris* des Etats après la seconde guerre mondiale et que la Commission a mise en évidence dans le commentaire de l'article 30 du présent projet<sup>180</sup>, il paraît établi que les sanctions et les autres contre-mesures susceptibles d'être appliquées directement à l'Etat fautif par l'Etat victime d'une infraction internationale ne peuvent plus comporter aujourd'hui, comme elles le faisaient jadis, un emploi de la force armée. Comme l'énonce la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, adoptée le 24 octobre 1970 par l'Assemblée générale<sup>181</sup> : « Les Etats ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force. » Des représailles armées ne sauraient plus être considérées comme légitimes. Il y aurait donc là, s'il en était encore besoin, un élément de plus de différenciation entre la notion de légitime défense et les contre-mesures dont il est question à l'article 30 du projet<sup>182</sup>. Seules les sanctions visées au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies peuvent, d'après les conceptions aujourd'hui en vigueur, comporter l'emploi légitime de la force armée. Mais il va de soi que, dans un tel cas aussi, il faudra distinguer l'emploi de mesures comportant le recours à l'emploi de la force armée à titre de sanction proprement dite d'un emploi de la force armée qui se déroulerait, par exemple, dans le cadre d'une légitime défense collective.

7) Cela ne doit pas faire tomber dans l'erreur, déjà dénoncée à propos de l'état de nécessité, de vouloir rechercher dans une autre notion une justification ou un fondement de la légitime défense, justification ou fondement dont celle-ci n'a nullement besoin. La légitime défense ne se confond d'ailleurs pas avec la notion d'autoprotection (*self-help*, *Selbsthilfe*, *autorutela*, etc.), par laquelle

<sup>176</sup> On parle souvent de l'existence d'agressions non armées (idéologiques, économiques, politiques, etc.), mais, même si on les condamne, on ne peut pas conclure que l'Etat victime de ces agissements serait en pareil cas autorisé à recourir à l'emploi de la force armée à titre de légitime défense. Ces autres faits illicites éventuels ne relèvent donc pas du sujet actuel, car le recours aux mesures de force armée dans le cadre de la légitime défense ne peut être rendu licite qu'en cas d'agression armée.

<sup>177</sup> Voir p. ex. Lamberti Zanardi, *La legittima difesa...* (*op. cit.*), p. 131; et Zourek, *loc. cit.*, p. 60.

<sup>178</sup> Des idées semblables se retrouvent chez la plupart des internationalistes les plus autorisés. Voir Strupp, « Les règles générales... » (*loc. cit.*), p. 570; H. Waldock, « The regulation of the use of force by individual States in international law », *Recueil des cours...*, 1952-II, Paris, Sirey, 1953, t. 81, p. 464; Quadri, *op. cit.*, p. 266 et suiv., 270 et suiv.; D. W. Bowett, « Reprisals involving recourse to armed force », *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 66, n° 1 (janvier 1972), p. 3 et suiv.; Lamberti Zanardi, *La legittima difesa...* (*op. cit.*), p. 133 et suiv.; Zourek, *loc. cit.*, p. 60 et 61. Les auteurs soviétiques — p. ex. Levin et Petrovski — excluent eux aussi normalement la légitime défense des sanctions admises en tant que contre-mesures légitimes à un fait internationalement illicite. E. I. Skakounov (« Samooborona i vopros o sanktsiakh v mejdunarodnom prave », *Pravovedenie*, Leningrad, n° 3 [mai-juin 1970], p. 107 et suiv.) fait exception à cette tendance et critique la conception dominante, à laquelle il reproche de suivre une idée exclusivement punitive de la sanction. D'après lui, la notion de sanction devrait être élargie de manière à y faire entrer aussi des mesures visant à la réalisation du droit. A ce titre, donc, il présente la légitime défense comme une forme de sanction.

<sup>179</sup> Voir p. ex. Quadri, *op. cit.*, p. 269. Les deux notions ne restent pas moins nettement séparées par l'auteur.

<sup>180</sup> Voir *Annuaire...* 1979, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 128 et suiv., doc. A/34/10, chap. III, sect. B, sous-sect. 2, commentaire de l'article 30.

<sup>181</sup> Résolution 2625 (XXV), annexe.

<sup>182</sup> La distinction entre légitime défense et représailles a une importance pratique indubitable. Voir p. ex. les discussions qui ont eu lieu au Conseil de sécurité de l'ONU à propos de l'attaque du 28 mars 1964 des forces aériennes britanniques contre la République arabe du Yémen (*Répertoire de la pratique du Conseil de sécurité, Supplément 1964-1965* [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.VII.1], chap. XI, quatrième partie, cas n° 7). Voir aussi les discussions qui ont eu lieu au Conseil à propos de l'attaque contre deux torpilleurs américains dans le golfe du Tonkin le 4 août 1964 (*ibid.*, cas n° 8).

la théorie juridique décrit, et dans laquelle elle comprend, toutes les différentes formes dans lesquelles s'articule concrètement le système consistant à reconnaître en principe à l'Etat titulaire d'un droit subjectif donné la faculté d'agir, le cas échéant, en protection et garantie de ce droit au sein d'une société égalitaire telle que la communauté internationale. A la rigueur, la légitime défense peut donc être considérée comme une forme d' « autoprotection armée » que les Etats sont autorisés à exercer directement par le droit international contemporain.

8) La justification juridique de l'effet attribué sur le plan de la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite à l'état de légitime défense est ici, comme dans toutes les autres circonstances prises en considération dans le présent chapitre du projet, l'existence d'une règle de droit international — d'une règle prévoyant spécifiquement qu'une action menée en état de légitime défense ne tombe pas sous le coup de l'interdiction générale existant aujourd'hui de recourir à la force armée. Il faut isoler de la façon la plus nette la notion proprement dite de légitime défense de l'ensemble d'autres concepts. La légitime défense est une notion clairement forgée par la théorie générale du droit pour indiquer la situation d'un sujet qui se trouve acculé à la nécessité de se défendre par l'emploi de la force contre une agression d'autrui. Cela est vrai aujourd'hui dans le système juridique international comme dans les systèmes de droit interne, où la notion a été définie il y a longtemps déjà. L'Etat victime d'une attaque armée et placé par conséquent en état de légitime défense est exceptionnellement autorisé par le droit international à recourir à l'emploi de la force armée pour stopper l'agression en cours et faire échec à ses buts, ceci indépendamment de toute intention proprement punitive. La Charte des Nations Unies lui en reconnaît explicitement le droit. Distinguer la légitime défense d'autres concepts ne signifie nullement nier que les Etats ne puissent pas avoir, dans d'autres conditions, recours à certains comportements justifiés par un état de nécessité, voire de détresse, ou exemptés de toute illicéité en tant que mesures légitimes de réaction à une atteinte à des droits propres qui n'aurait pourtant rien à voir avec une agression armée — quitte, bien entendu, à avoir présentes à l'esprit les limites actuelles d'une telle possibilité de réaction<sup>183</sup>.

9) Comme il a été signalé plus haut<sup>184</sup>, l'ordre juridique international ne s'est définitivement engagé qu'à partir d'une époque relativement récente dans la voie d'une véritable et totale interdiction de l'emploi de la force comme moyen de sauvegarde par les Etats de leurs droits et de leurs intérêts. Ce n'est logiquement que depuis lors,

<sup>183</sup> La Commission n'ignore pas que, derrière l'idée de qualifier d'hypothèses de légitime défense des cas qui n'entrent pas dans une telle notion, il peut aussi y avoir l'intention de tourner l'obstacle qui aujourd'hui s'oppose, d'une manière que certains trouvent trop rigide, à l'emploi de la contrainte dans l'application par un Etat de contre-mesures de sanction ou d'exécution à la suite d'une atteinte illicite à ses droits qui ne serait pas une agression armée. Prôner le recours à des interprétations détournées de certaines dispositions peut cependant amener à créer une dangereuse confusion de principes.

<sup>184</sup> Voir par. 2 du présent commentaire.

après la réalisation de cette condition primordiale, que s'affirme tout aussi définitivement dans les relations internationales le principe que seul peut être conforme au principe général interdisant l'emploi de la force armée le recours à la force à titre de défense contre une attaque armée par un autre sujet en violation de ladite interdiction. L'interdiction aujourd'hui indéniable faite à tout Etat de se livrer à une quelconque atteinte violente à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance d'un autre Etat présente, à elle seule déjà, la prémisse à la fois nécessaire et suffisante pour que la notion de légitime défense ait un plein droit de cité dans l'ordre juridique international. Après la seconde guerre mondiale, la Charte des Nations Unies, qui énonce dans les termes les plus nets le principe interdisant l'emploi ou la menace de la force dans les relations internationales, reconnaît en même temps expressément le droit de se défendre en employant éventuellement la force armée lorsque l'on est dans une situation de légitime défense. Avant la Charte, l'adoption entre les deux guerres mondiales, dans le cadre de divers instruments internationaux importants, de clauses qui entendaient progressivement restreindre, et finalement proscrire, la liberté des Etats de recourir à la guerre et parfois, de manière plus générale, à l'emploi, quelle que soit sa forme, de la force armée révèle déjà clairement l'affirmation parallèle d'une limite à la portée de ces clauses. Cette limite se traduit par une exception ayant pour effet d'exclure l'illicéité d'un comportement impliquant le recours à la guerre dans le cas où un Etat ne le ferait que pour se défendre contre une attaque armée<sup>185</sup>.

10) En effet, plusieurs des instruments adoptés à cette époque et qui prévoient une interdiction générale ou particulière du recours à la guerre pour la solution des différends internationaux prévoient en même temps et de façon explicite l'exception en question. On peut citer à cet égard le Protocole pour le règlement pacifique des différends internationaux, adopté à Genève le 2 octobre 1924 par la Cinquième Assemblée de la Société des Nations<sup>186</sup>, et le Traité de garantie mutuelle entre l'Allemagne, la Belgique, la France, la Grande-Bretagne et l'Italie, formant l'annexe A du Protocole final signé à

<sup>185</sup> Pour une analyse détaillée des accords passés et, plus généralement, de la pratique des Etats dans les années 1920-1940, voir notamment l'ouvrage de Lamberti Zanardi : *La legittima difesa...* (op. cit.), p. 79 et suiv. Voir aussi Brownlie, op. cit., p. 231 et suiv. ; Zourek, loc. cit., p. 25 et suiv. ; Taoka, op. cit., p. 88 et suiv.

<sup>186</sup> SDN, *Journal officiel, Supplément spécial n° 21*, p. 21.

Le rapport général sur le protocole, présenté à la Cinquième Assemblée de la SDN par MM. Politis (Grèce) et Beneš (Tchécoslovaquie), relève que l'interdiction du recours à la guerre énoncée à l'article 2 ne vise

« que la guerre d'agression. Il va de soi qu'elle ne s'étend pas à la guerre défensive. Le droit de légitime défense demeure respecté comme il doit l'être. L'Etat attaqué conserve entièrement la liberté de résister de toutes ses forces aux actes d'agression dont il serait victime. » (SDN, *Journal officiel, Supplément spécial n° 23*, p. 487.)

Le protocole prévoyait en même temps une deuxième exception expresse à l'obligation de ne pas recourir à la guerre, pour le cas où des Etats le feraient en agissant « en accord avec le Conseil ou l'Assemblée de la Société des Nations selon les dispositions du Pacte et du présent Protocole ».

**Locarno le 16 octobre 1925, et appelé aussi Pacte rhénan**<sup>197</sup>. Des formules analogues à celle qui figurait dans le Pacte rhénan se retrouvent dans des traités bilatéraux signés entre 1926 et 1929<sup>198</sup>. On les trouve également dans les traités modèles d'assistance mutuelle et de non-agression élaborés en 1928 par le Comité d'arbitrage et de sécurité de la SDN<sup>199</sup>.

11) L'attitude observée et la conviction manifestée par les Etats à propos de la portée et de l'application de certains instruments qui entendaient restreindre à des hypothèses extrêmes la possibilité de recourir aux armes, ou même exclure entièrement cette possibilité, sans cependant assortir les clauses y relatives d'une disposition prévoyant expressément la licéité de l'emploi de la force armée par l'Etat qui n'entendrait que se défendre, est encore plus significative quant à l'existence incontestée, déjà à l'époque, du principe qui voit dans la légitime défense une circonstance ayant pour effet d'exclure exceptionnellement l'illégalité d'un comportement impliquant l'emploi de la force armée. Le Pacte de la SDN et le Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique internationale, signé à Paris le 27 août 1928 (appelé plus communément Pacte Briand-Kellogg ou Pacte de Paris)<sup>200</sup> ont été à ce sujet l'occasion de manifestations particulièrement significatives. Les Etats Membres de la SDN, tout autant que les organes de celle-ci, se sont toujours montrés convaincus, nonobstant l'absence d'une disposition expresse à ce sujet dans le Pacte, que le recours à la force armée effectué en état de légitime défense restait pleinement légitime en dépit des limitations au recours aux armes apportées par le Pacte<sup>201</sup>. A l'occasion de conflits armés,

les Etats mis en cause, ainsi que les organes de la SDN, ne contestèrent jamais le principe de la valeur de la légitime défense en tant que justification du recours aux armes. Ils se bornèrent plutôt à mettre en doute la possibilité concrète d'avancer cette justification dans le cas d'espèce<sup>202</sup>.

12) La correspondance diplomatique qui précéda la conclusion du Pacte Briand-Kellogg en 1928<sup>203</sup> fait abondamment ressortir que les parties contractantes furent entièrement d'accord pour reconnaître que la renonciation à la guerre que le pacte allait proclamer<sup>204</sup> n'excluait pas pour les signataires le droit de légitime défense. Le Gouvernement français et le Gouvernement britannique insistèrent beaucoup sur ce point. Si les parties contractantes reconnurent finalement, à la suite des déclarations interprétatives données par le Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, qu'il n'était pas nécessaire d'inclure dans le traité une clause expresse réservant la légitime défense, ce fut à la fois pour adhérer au point de vue du Secrétaire d'Etat américain d'après lequel la valeur du traité dépendait dans une large mesure de sa simplicité, et parce qu'elles estimèrent avec lui que la clause en question était superflue. A leurs yeux, la non-illégalité d'une guerre menée en état de légitime défense était une vérité qui allait de soi, un principe qui devait être considéré comme implicitement inscrit dans tout instrument conventionnel visant à restreindre ou à exclure le recours à la guerre — un principe qui, pour conclure, faisait nécessairement échec, dans l'hypothèse envisagée, aux dispositions dudit instrument<sup>205</sup>. Par les vues qu'elles exprimaient, les parties contractantes donnaient même l'impression d'admettre carrément l'existence d'un principe de droit international ayant un caractère absolu et ne

<sup>197</sup> SDN, *Recueil des Traités*, vol. LIV, p. 289.

La notion de légitime défense que le Pacte rhénan faisait sienne ne se limitait pas à la résistance par un Etat à un acte d'agression dirigé contre son propre territoire, mais s'étendait aussi à la résistance à une occupation de la zone démilitarisée du territoire de l'Etat voisin. D'autre part, le même pacte prévoyait une autre exception à l'obligation énoncée à l'alinéa 1 de l'article 2, en relation avec le cas d'une action entreprise sur la base de l'Article 16 du Pacte de la SDN ou, de manière plus générale, d'une action fondée sur une résolution du Conseil ou de l'Assemblée de la SDN. Voir notamment, sur ces points, les commentaires faits à l'époque par K. Strupp (*Das Werk von Locarno*, Berlin, de Gruyter, 1926) et par G. Salvioi (« Gli accordi di Locarno », *Rivista di diritto internazionale*, Rome, XVIII<sup>e</sup> année, série III, vol. V, 1926, p. 429 et suiv.).

<sup>198</sup> P. ex. les traités du 10 juin 1926 entre la France et la Roumanie (SDN, *Recueil des Traités*, vol. LVIII, p. 225), art. 1 ; du 11 novembre 1927 entre la France et le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes (*ibid.*, vol. LXVIII, p. 373), art. I ; du 27 mars 1929 entre la Grèce et le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes (*ibid.*, vol. CVIII, p. 201), art. 2 ; du 21 mars 1928 entre la Grèce et la Roumanie (*ibid.*, p. 187), art. 1.

<sup>199</sup> Les traités modèles contenaient tous une clause de la teneur suivante :

« Chacune des Hautes Parties contractantes s'engage, vis-à-vis de chacune des autres Parties, à ne se livrer à aucune attaque ou invasion et à ne recourir en aucun cas à la guerre contre une autre Partie contractante. »

Toutefois, cette stipulation ne s'appliquait pas s'il s'agissait de l'exercice du droit de légitime défense, c'est-à-dire du droit de s'opposer à une violation de l'engagement pris. (SDN, *Journal officiel*, Supplément spécial n° 64, p. 513 et suiv.)

<sup>200</sup> SDN, *Recueil des Traités*, vol. XCIV, p. 57.

<sup>201</sup> Voir Lamberti Zanardi, *La legittima difesa...* (*op. cit.*), p. 90 et suiv.

<sup>202</sup> C'est ce qui se passa lors du différend de 1925 entre la Bulgarie et la Grèce à propos d'un incident de frontière, dans le différend de 1932-1934 entre le Paraguay et la Bolivie à propos du territoire du Chaco, à propos du différend entre le Japon et la Chine concernant la Mandchourie en 1931-1934, à propos du différend italo-éthiopien de 1935, et du différend sino-japonais de 1937.

<sup>203</sup> Voir les pièces reproduites dans A. Lysen, éd., *Le pacte Kellogg — Documents concernant le traité multilatéral contre la guerre signé à Paris le 27 août 1928*, Leyde, Sijthoff, 1928 ; et les passages cités dans la note, vraisemblablement de T. Perassi, « Trattato di rinuncia alla guerra », qui accompagne la publication du texte du pacte dans la *Rivista di diritto internazionale*, Rome, XXI<sup>e</sup> année, série III, vol. VIII, 1929, p. 429 et suiv.

<sup>204</sup> Par l'article I<sup>er</sup> du Pacte Briand-Kellogg [pour référence, v. ci-dessus note 190], en effet,

« Les Hautes Parties contractantes déclarent solennellement au nom de leurs peuples respectifs qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux, et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles. »

et à l'article II elles reconnaissent

« que le règlement ou la solution de tous les différends ou conflits, de quelque nature ou de quelque origine qu'ils puissent être, qui pourront surgir entre elles ne devra jamais être recherché que par des moyens pacifiques ».

<sup>205</sup> Pour rassurer les autres partenaires, le Gouvernement américain déclara explicitement que ce qu'il appelait « the right of self-defence » était à son avis « inherent in every sovereign State and is implicit in every treaty. Every nation is free at all time and regardless of treaty provisions to defend its territory from attack or invasion » (cité dans Lysen, *op. cit.*, p. 54). Beaucoup d'autres Etats, dont l'Italie et le Japon, s'en rapportèrent à ces déclarations lors de la signature ou de l'adhésion au pacte. Voir Zourek, *loc. cit.*, p. 32 et suiv.

tolérant donc aucune dérogation par la voie d'un traité, fût-il multilatéral, et ayant pour effet d'ôter tout caractère illicite à un comportement adopté par un Etat en situation de légitime défense.

13) La conviction quant à l'existence d'un principe conçu comme absolu, voire impératif, excluant pour l'hypothèse de légitime défense l'illicéité désormais indéniable du recours à la guerre paraît confirmée par les réponses des Etats à un questionnaire rédigé par le Secrétariat de la SDN sur la question des amendements qu'il aurait fallu apporter au Pacte de la Société des Nations pour mettre cet instrument en harmonie avec les dispositions du Pacte Briand-Kellogg<sup>196</sup>, de même que par les interventions qui eurent lieu dans le débat sur la question à la Première Commission de l'Assemblée de la SDN lors des onzième et douzième sessions<sup>197</sup>. Les Etats se prononcèrent alors dans le sens qu'une interdiction totale et sans « fissures » du recours à la guerre ne préjugerait pas de la faculté d'y avoir recours lorsque les conditions de l'existence d'un état de légitime défense se trouveraient réunies. On retrouvera les mêmes idées dans le rapport rédigé à la fin des travaux de la Première Commission et soumis à la douzième session de l'Assemblée<sup>198</sup>.

14) Enfin, pour conclure la liste des cas où, entre les deux guerres mondiales, les Etats purent faire connaître leurs vues sur la légitime défense comme justification d'un comportement autrement illicite, il faut encore mentionner certaines réponses données par les gouvernements au point XI, a, de la demande d'informations présentée par le Comité préparatoire de la Conférence de La Haye de 1930 à propos de la responsabilité des Etats pour les dommages causés à la personne ou aux biens des étrangers<sup>199</sup>. Dans leurs réponses, le Gouvernement belge, par exemple, déclare que « l'Etat est fondé à décliner sa responsabilité en cas de légitime défense contre un Etat agresseur<sup>200</sup> », et le Gouvernement suisse dit que « l'état de légitime défense existe dès qu'un Etat est victime d'une agression injuste, contraire au droit<sup>201</sup> ». D'autres gouvernements furent également d'accord sur le principe que l'état de légitime défense autorisait l'Etat à décliner sa responsabilité, à savoir qu'il exemptait l'Etat de l'illicéité autrement indéniable d'un comportement adopté par lui<sup>202</sup>.

15) Les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, créés respectivement par les accords du 8 août 1945 et du 19 janvier 1946, ont pratiquement donné pour acquis qu'au cours de la période 1920-1939 s'était formé en droit international un principe ayant pour effet d'exclure l'illicéité d'un emploi de la force armée effectué en état de légitime défense, ceci à titre d'exception et de limitation insurmontable à l'interdiction générale d'un tel emploi établie par des instruments internationaux tels que, notamment, le Pacte Briand-Kellogg. Le Tribunal de Nuremberg eut en particulier à examiner si l'invasion par l'Allemagne nazie du Danemark et de la Norvège, puis de la Belgique, de la Hollande et du Luxembourg, ainsi que l'attaque contre l'URSS, pouvaient être justifiées à titre d'actes commis en état de légitime défense<sup>203</sup>. Le Tribunal de Tokyo eut à décider de la même question en rapport avec des comportements du Japon, d'une part, et des Pays-Bas, de l'autre (question de la déclaration de guerre des Pays-Bas au Japon)<sup>204</sup>. Dans les décisions rendues par les deux tribunaux, le principe, comme tel, de la licéité d'un comportement impliquant le recours aux armes adopté à titre de légitime défense ne fit pas l'objet de la moindre contestation. Ce que l'on contesta, ce fut l'existence en fait des conditions d'un état de légitime défense, et ce fut uniquement sur cette base que l'exception soulevée à ce sujet fut rejetée. Le Tribunal de Tokyo eut l'occasion d'affirmer explicitement dans un *obiter dictum*, dans sa sentence du 1<sup>er</sup> novembre 1948, que

Any law, international or municipal, which prohibits recourse to force is necessarily limited by the right of self-defence<sup>205</sup>.

16) Tout comme l'étude de la pratique des Etats, et pour les mêmes raisons, l'examen de la doctrine confirme elle aussi le principe que l'état de légitime défense justifie exceptionnellement des comportements qui, en dehors d'une telle condition, seraient internationalement illicites en vertu des interdictions survenues quant au recours à la force armée. Cela dit, pendant l'entre-deux-guerres surtout, les prises de position d'ordre théorique se basent souvent sur une notion de légitime défense qui se rap-

---

à l'hypothèse de mesures adoptées par un Etat pour se défendre contre une mesure venant, non pas d'un autre Etat, mais de particuliers, c'est-à-dire à une hypothèse qui se situe dans un tout autre contexte. Cela s'explique par le fait que la question posée avait été de savoir si la légitime défense était à considérer comme une circonstance excluant l'illicéité d'un comportement étatique dans un domaine tel que celui de la responsabilité, non pas pour des actes commis directement à l'encontre d'un Etat étranger, mais pour des agissements préjudiciables commis à l'égard de particuliers étrangers. Influencés par les réponses, les rédacteurs du questionnaire finirent par élaborer une base de discussion qui s'éloignait manifestement de l'idée proprement dite de « légitime défense ». (Voir base de discussion n° 24, dans SDN, *Bases de discussion...* [op. cit.], p. 128.)

<sup>196</sup> En ce qui concerne le Tribunal de Nuremberg, voir les passages de la sentence du 1<sup>er</sup> octobre 1946 reproduits dans : *Procès des grands criminels de guerre...* (op. cit.), 1947, t. I, p. 215 à 226.

<sup>197</sup> En ce qui concerne le Tribunal de Tokyo, voir les passages des sentences reproduits dans : B. V. A. Röling et C. F. Rüter, éd., *The Tokyo Judgment*, Amsterdam, APA-University Press Amsterdam, 1977, vol. I, p. 46 et suiv. et 382.

<sup>198</sup> « Toute loi, interne ou internationale, qui interdit le recours à la force est nécessairement limitée par le droit de légitime défense. » (*Ibid.*, p. 46 et 47 [tr. du Secrétariat].)

---

<sup>196</sup> Voir p. ex. la réponse du Gouvernement italien (SDN, *Journal officiel*, 12<sup>e</sup> année, n° 8 (août 1931), p. 1602.

<sup>197</sup> Voir p. ex. la déclaration du représentant allemand (SDN, *Journal officiel*, *Supplément spécial* n° 94, p. 41).

<sup>198</sup> *Ibid.*, *Supplément spécial* n° 93, p. 221.

<sup>199</sup> Le point XI, a, de la demande était ainsi libellé :

« Cas dans lesquels un Etat est fondé à décliner sa responsabilité :  
« a) Quelles sont les conditions qui doivent être remplies dans le cas où l'Etat prétend avoir agi en état de légitime défense ? ».

<sup>200</sup> SDN, *Bases de discussion...* (op. cit.), p. 125.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>202</sup> Il faut toutefois signaler que l'idée de légitime défense que divers gouvernements eurent présente à l'esprit était fort différente de celle qui s'est précisée dans l'*opinio juris* des Etats en concomitance avec l'affirmation progressive du principe de l'interdiction du recours à la guerre et en tant qu'exception nécessaire à ce principe. Il arriva que des gouvernements se référèrent, en parlant de légitime défense,

proche en fait beaucoup plus de celle qu'aujourd'hui on qualifie d'état de nécessité que de celle que désigne le terme « légitime défense ». Des auteurs, anglo-saxons pour la plupart, parlent par exemple de « self-défense » pour indiquer les conditions dans lesquelles a lieu un comportement dont le but est de conjurer un danger, une menace provenant, dans bien des cas, non pas de l'Etat à l'encontre duquel ledit comportement est adopté, mais de personnes ou groupes privés, ou en tout cas étrangers à l'organisation de cet Etat<sup>206</sup>. Toutefois, ce n'est pas là l'opinion dominante. D'après celle-ci, la légitimité d'une action étatique entreprise dans des cas et avec des buts semblables doit s'expliquer sur d'autres bases. Mais, pour ce qui est du point à l'examen, il suffit de noter que les auteurs auxquels on a fait allusion reconnaissent eux aussi sans faille que le comportement adopté par un Etat à l'encontre d'un autre Etat pour résister à une attaque illicite de la part de ce dernier doit être considéré comme un comportement justifiable au titre de la légitime défense.

17) De nombreux autres auteurs qui écrivent plus ou moins à la même époque soulignent le lien logique entre les progrès alors réalisés par le mouvement en faveur de l'interdiction du recours à l'emploi de la force armée et l'acceptation en droit international de la notion de légitime défense comme limite de l'interdiction en question. Ce faisant, ce courant de pensée a bien mis en évidence que là où, sous une forme ou sous une autre, il existe pour l'Etat particulier une interdiction de recourir à l'emploi de la force armée, il existe nécessairement aussi une raison impérative d'exclure l'illicéité d'un tel recours lorsqu'il est véritablement effectué en état de légitime défense<sup>207</sup>. Peu importe que, lorsque cette exclusion n'est pas explicitement prévue par le texte écrit établissant l'interdiction, on choisisse le plus souvent de la sous-entendre comme implicitement inscrite dans ce texte, plutôt que de la concevoir comme déjà imposée par une règle de droit international général à laquelle ledit texte n'aurait pas pu déroger : le résultat pratique est finalement

<sup>206</sup> Ce courant doctrinal présente donc comme un cas de légitime défense en droit international la fameuse affaire de la « Caroline ». Voir p. ex. J. L. Briery, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours...*, 1936-IV, Paris, Sirey, 1937, t. 58, p. 126 et suiv. ; et aussi de Visscher, « La responsabilité des Etats » (*loc. cit.*), p. 107 et suiv. En réalité, ce dernier auteur affirme que la légitime défense présuppose une « agression injuste », mais ceci ne l'empêche pas de citer comme exemples de légitime défense des cas dans lesquels un Etat aurait réagi à des attaques provenant de particuliers. D'autres auteurs estiment, d'ailleurs, que la légitime défense est une notion susceptible de justifier des réactions à des comportements autres qu'une attaque armée ou une menace d'attaque armée. Basdevant (*loc. cit.*, p. 545 et suiv.) se demande si l'on ne devrait pas justifier en tant qu'action de légitime défense l'intervention armée d'un Etat en territoire étranger pour la protection de nationaux, ou l'adoption de mesures de contrainte en réponse à des actes, même licites, d'un autre Etat qui mettraient en danger des intérêts vitaux de l'Etat ayant recours auxdites mesures.

<sup>207</sup> Voir p. ex. A. Cavaglieri, « Règles générales du droit de la paix » (*loc. cit.*), p. 555 et suiv., et *Corso di diritto internazionale*, 3<sup>e</sup> éd., Naples, Rondonella, 1934, p. 530 et suiv. ; Verdross, *loc. cit.*, p. 481 et suiv. ; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, 4<sup>e</sup> éd. : S.I.O.I., *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. I, Padoue, CEDAM, 1955, p. 413 et suiv. ; Kelsen, *loc. cit.*, p. 562 et suiv. ; E. Giraud, « La théorie de la légitime défense », *Recueil des cours...*, 1934-III, Paris, Sirey, 1934, t. 49, p. 715 ; Ago, *loc. cit.*, p. 538 et suiv.

le même. La conviction qu'il existe dans le droit international coutumier un principe ayant pour objet spécifique d'exonérer, si elle est commise en état de légitime défense, l'action comportant un recours à la force armée de l'illicéité frappant en général un recours de ce genre s'installera définitivement dans l'opinion des internationalistes le jour où le principe lui-même de cette illicéité aura passé du droit purement conventionnel au droit international coutumier. Il est d'ailleurs significatif à ce propos que les auteurs d'ouvrages parus après la seconde guerre mondiale soient tous d'accord pour reconnaître que l'emploi de la force armée par un Etat en vue de repousser une agression était à considérer comme licite en dépit de l'interdiction générale du recours à un tel emploi, et cela quelle que soit la conception qu'avaient ces auteurs du rapport entre le droit coutumier et les dispositions de la Charte des Nations Unies en la matière.

18) Le long processus visant à bannir totalement le recours à la force armée dans les relations internationales a donc abouti à l'affirmation d'une règle imposant à tous les Etats le devoir de s'abstenir du recours à la force armée dans leurs relations réciproques. Le principe frappant définitivement ce recours de l'illicéité la plus totale est entré dans la conscience juridique des Etats en tant que principe impératif du droit international. Par le même processus se sont aussi créées les conditions de l'affirmation définitive de l'autre règle, parallèle et également impérative, qui prévoit la légitime défense comme limitation à l'interdiction dictée par la première règle. Aujourd'hui, ces deux principes sont incontestablement présents dans le droit international général et, sous une forme écrite, dans le système juridique représenté par l'Organisation des Nations Unies. La Charte des Nations Unies — dans des termes beaucoup plus rigoureux, d'ailleurs, que ne le faisait le Pacte Briand-Kellogg lui-même — établit en effet, dans son Article 2, par. 4, qu'il est interdit de recourir « à l'emploi de la force » et même « à la menace [...] de la force » contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un Etat, ou de toute autre manière incompatible avec les buts de l'Organisation. La Charte prévoit d'autre part l'attribution au Conseil de sécurité d'une série de pouvoirs étendus en ce qui concerne l'adoption de mesures aptes à prévenir et, le cas échéant, à réprimer la violation de l'obligation de s'abstenir de recourir à l'emploi ou à la menace de la force qu'elle énonce. En outre, elle ne manque pas de prévoir *expressis verbis* à l'Article 51 que

Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. [...]

<sup>208</sup> Les accords de défense collective conclus après l'adoption de la Charte se réfèrent tous, explicitement ou implicitement, à l'Article 51. Plusieurs d'entre eux reprennent à la lettre le principe qui y est énoncé. C'est le cas de l'article 3, par. 1, du Traité interaméricain d'assistance mutuelle (1947) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 21, p. 77], de l'article 5, par. 1, du Traité de l'Atlantique Nord (1949) [*ibid.*, vol. 34, p. 243], de l'article 4, par. 1, du Traité d'amitié, de coopération et d'assistance mutuelle entre l'Albanie, la Bulgarie, la Hongrie, la République démocratique allemande, la

19) Les autres circonstances prises en considération dans le présent projet aux fins de l'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'Etat ont en commun avec la légitime défense l'effet indiqué, mais elles ne font pas, contrairement à la légitime défense, l'objet d'une disposition de la Charte des Nations Unies. La question s'est donc posée, pour certains, de savoir s'il faut ou non présumer qu'il y a une identité totale de contenu entre la règle inscrite à l'Article 51 de la Charte et une règle de droit international coutumier relative au même sujet. D'après la majorité des auteurs, la faculté d'invoquer la légitime défense comme justification, en dehors du cas où l'Etat en question serait l'objet d'une agression armée, est absolument à rejeter, que ce soit sur la base d'une interprétation directe et exclusive de l'Article 51 de la Charte, ou sur celle d'une prise en considération des rapports entre cette disposition et la règle correspondante du droit international coutumier, ou enfin sur la base d'une étude de ce dernier droit seulement<sup>200</sup>. Par contre pour un autre

courant de pensée, les rédacteurs de la Charte des Nations Unies n'auraient pas entendu attribuer à la règle de l'Article 51 le même objet et la même étendue que le droit international coutumier confié à la règle qui concerne la légitime défense comme circonstance excluant l'illicéité d'un comportement impliquant l'emploi de la force armée. Selon ces derniers auteurs, l'Article 51 de la Charte ne révélerait nullement l'intention de limiter la faculté d'invoquer la légitime défense au cas où l'Etat serait « l'objet d'une agression armée ». Pour eux, la disposition en question n'aurait voulu qu'énoncer la règle relative à une hypothèse déterminée<sup>210</sup>. Ces divergences de vues doctrinales se sont naturellement trouvées reflétées dans les prises de position des Etats lors de discussions au sein des organes de l'ONU sur des problèmes concrets.

20) Cela étant, de l'avis de la Commission, une codification se réalisant dans le cadre et sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies ne saurait s'inspirer de critères qui, sous quelque angle que ce soit, ne seraient pas en pleine conformité avec ceux dont s'inspire la Charte, tout particulièrement lorsque, comme dans le cas présent, il s'agit d'une matière touchant un secteur aussi délicat que celui du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Certes, des problèmes d'interprétation au sujet de l'Article 51 et d'autres dispositions relevant de la Charte des Nations Unies ainsi que des rapports entre ces dispositions et le droit international général se sont posés et se posent encore, mais il n'appartient pas à la CDI de prendre position à ce sujet dans le cadre du présent projet d'articles ni de se laisser entraîner sur la voie de l'interprétation de la Charte et de ses

Pologne, la Roumanie, la Tchécoslovaquie et l'URSS (1955) [*ibid.*, vol. 219, p. 3]. Voir la liste de ces accords dans L. M. Goodrich, H. Hambro et A. P. Simons, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 3<sup>e</sup> éd. rev., New York, Columbia University Press, 1969, p. 349 et suiv.

<sup>200</sup> Voir, parmi les auteurs de ce courant majoritaire, J. L. Kunz, « Individual and collective self-defense in Article 51 of the Charter of the United Nations », *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 41, n° 4 (octobre 1947), p. 877 et suiv.; N. Q. Dinh, « La légitime défense d'après la Charte des Nations Unies », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3<sup>e</sup> série, t. XIX, n° 1-2 (janv.-juin 1948), p. 240 et suiv.; H. Kelsen, « Collective security and collective self-defense under the Charter of the United Nations », *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 42, n° 4 (octobre 1948), p. 791 et 792, et *The Law of the United Nations*, Londres, Stevens, 1950, p. 269, 797 et suiv.; Ph. Jessup, *A Modern Law of Nations*, New York, Macmillan, 1948, p. 165 et suiv.; H. Wehberg, « L'interdiction du recours à la force — Le principe et les problèmes qui se posent », *Recueil des cours...*, 1951-I, Leyde, Sijthoff, 1952, t. 78, p. 81 et suiv.; Oppenheim, *op. cit.*, 7<sup>e</sup> éd., 1952, vol. II, p. 156; E. Jiménez de Aréchaga, « La legitima defensa individual en la Carta de las Naciones Unidas », *Estudios de derecho internacional (Homenaje al profesor Camilo Barcia Trelles)*, Université de Saint-Jacques-de-Compostelle (Saragosse, Octavio y Félez, impr.), 1958, p. 328 et suiv., et *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, Escuela de funcionarios internacionales, 1958, p. 401 et suiv.; D. Ninčić, réponse au questionnaire préparé par G. Schwarzenberger, dans : I.I.A., *Report of the Forty-eighth Conference of the International Law Association held at New York (1958)*, Londres, 1959, p. 617 et suiv.; S. Krylov, intervention dans le débat à l'ILA : *ibid.*, p. 512; Q. Wright, « United States intervention in the Lebanon », *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 53, n° 1 (janvier 1959), p. 116 et suiv.; K. J. Partsch, « Selbsterhaltungsrecht », dans *Wörterbuch des Völkerrechts*, textes réunis par K. Strupp, 2<sup>e</sup> édition revue par H.-J. Schlochauer, Berlin, de Gruyter, 1962, t. III, p. 257; G. Dahm, « Das Verbot der Gewaltanwendung nach Art. 2 (4) der UNO-Charta und die Selbsthilfe gegenüber Völkerrechtsverletzungen, die keinen bewaffneten Angriff enthalten », dans *Festschrift für Rudolf Laun zu seinem achtzigsten Geburtstag*, numéro spécial du *Jahrbuch für internationales Recht*, Göttingen, 1962, vol. XI, p. 51 et suiv.; Brownlie, *op. cit.*, p. 272 et suiv.; K. Skubiszewski, « Use of force by States. Collective security. Law of war and neutrality », *Manual of Public International Law (op. cit.)*, p. 765 et suiv.; Skakounov, *loc. cit.*, p. 107 et suiv.; Lamberti Zanardi, *La legittima difesa...* (*op. cit.*), p. 204 et suiv.; Delivaris, *op. cit.*, p. 49 et suiv.; Zourek, *loc. cit.*, p. 52 et suiv. (v. aussi les observations de E. Castrén et G. Chaumont sur le rapport de Zourek, *ibid.*, p. 74 et suiv.); Taoka, *op. cit.*, p. 126 et suiv. Dans la 2<sup>e</sup> édition du livre de H. Kel-

sen, *Principles of International Law*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, revue par R. W. Tucker, ce dernier soumet à critique les deux interprétations opposées de l'Article 51, mais dans l'ensemble il semble préférer celle d'après laquelle la légitime défense ne peut s'appliquer que dans le cas d'une agression armée (p. 64 et suiv.). De même, Goodrich, Hambro et Simons, dans la 3<sup>e</sup> édition de leur commentaire [v. ci-dessus note 208], p. 344 et suiv., penchent en faveur de l'interprétation restrictive, corrigeant ainsi l'attitude adoptée dans les éditions précédentes.

<sup>210</sup> Voir Waldock, *loc. cit.*, p. 495 et suiv., ainsi que le chapitre sur l'emploi de la force rédigé par cet auteur dans Brierly, *The Law of Nations (op. cit.)*, p. 416 et suiv.; L. C. Green, « Armed conflict, war and self-defence », *Archiv des Völkerrechts*, Tübingen, vol. 6, n° 4 (1956-1957), p. 432 et suiv., p. 987 et suiv.; Bowett, *Self-defence...* (*op. cit.*), p. 187 et suiv.; l'intervention de L. C. Green et les communications de D. W. Bowett et V. Dedijer à l'occasion du débat de 1958 à l'International Law Association (ILA, *op. cit.*, p. 517, 598, 609 et suiv.); M. S. McDougal et P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order — The Legal Regulation of International Coercion*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1961, p. 232 et suiv.; M. S. McDougal, « The Soviet-Cuban quarantine and self-defence », *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 57, n° 3 (juillet 1963), p. 597 et suiv.; J. Stone, *Legal Controls of International Conflict*, Londres, Stevens, 1954, p. 243 et suiv., et *Aggression and World Order*, Londres, Stevens, 1958, p. 43 et 44. Voir aussi les observations du même McDougal et de sir Francis Vallat sur le rapport provisoire rédigé par Zourek dans *Annuaire de l'Institut de droit international (op. cit.)*, p. 76 et suiv. S. M. Schwebel (« Aggression, intervention and self-defence in modern international law », *Recueil des cours...*, 1972-II, Leyde, Sijthoff, 1973, t. 136, p. 479 et suiv.) relate soigneusement les opinions des auteurs de ce courant de pensée et expose objectivement les arguments pour et contre leurs thèses.

clauses, ce qui dépasserait la tâche qui lui est confiée. La Commission ne voit donc pas la nécessité de développer dans le cadre de ce commentaire sa position quant à la question de l'identité totale de contenu entre la règle inscrite à l'Article 51 de la Charte et la règle du droit international coutumier relative à la légitime défense. Elle entend, en tout cas, rester fidèle au contenu et à la portée des règles pertinentes de la Charte des Nations Unies et se baser sur ces règles pour la formulation du présent article du projet.

21) Des points de vue différents s'affrontent également dans la pratique et dans la doctrine à propos de toute une série de questions qui relèvent de la définition de la figure juridique de la légitime défense ainsi que de l'interprétation de l'Article 51 et d'autres dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies, telles que la question de l'interprétation du terme anglais « armed attack » et du terme français « agression armée » et de la correspondance plus ou moins exacte entre eux et par rapport aux termes employés dans les autres langues, ou la question de la détermination du moment auquel un Etat peut invoquer l'existence pour lui d'un état de légitime défense<sup>211</sup>, ou encore celle de la possibilité d'invoquer la légitime défense pour résister à une action illicitement préjudiciable bien que réalisée sans l'emploi de la force<sup>212</sup>, ou enfin de ce que l'on doit entendre par légitime défense « collective »<sup>213</sup>, etc. La Commission est avertie des divergences d'opinion qui existent quant aux conclusions à tirer, au sujet de ces questions et d'autres, d'une interprétation textuelle, ou historique ou téléologique de la Charte, ainsi que des discussions prolongées qui ont opposé à ce propos les Etats dans de nombreux cas concrets. Elle ne croit cependant ni nécessaire ni opportun de traiter de toutes ces questions, qui sont au cœur même des règles « primaires » relatives à la légitime défense, dans le cadre du présent projet d'article. Il serait erroné de croire que, dans un projet concernant les règles gouvernant la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, on puisse rechercher et apporter des solutions à ces problèmes, parfois très débattus, auxquels donnent lieu, dans la pratique des Nations Unies et dans la doctrine, l'interprétation et l'application de l'Article 51 de la Charte. La tâche de la Commission, dans la matière dont traite l'article 34 comme dans tous les autres articles du projet, est de codifier le droit international pour ce qui a trait à la responsabilité internationale des Etats. La Commission dépasserait certainement les limites de la tâche qui lui est confiée en voulant se prononcer de surcroît sur des problèmes qu'en définitive

<sup>211</sup> Certains auteurs, par exemple, admettent la légitime défense « préventive » dans des termes plus ou moins larges. Voir à ce propos la position particulière de R. L. Bindschedler, « La délimitation des compétences des Nations Unies », *Recueil des cours...*, 1963-1, Leyde, Sijthoff, 1964, t. 108, p. 397 et suiv.

<sup>212</sup> Pour une position avancée dans ce sens, voir Bowett, *Self-defence...* (op. cit.), p. 269 et suiv.

<sup>213</sup> Il convient de signaler à ce propos que la légitime défense « collective » expressément mentionnée à l'Article 51 de la Charte est également acceptée, tout autant que la légitime défense « individuelle », par le droit international général en tant qu'exception à l'interdiction générale de recours à l'emploi de la force armée.

seuls les organes compétents de l'ONU sont qualifiés pour trancher. La Commission n'a pas à prendre parti plutôt pour l'une que pour l'autre des thèses qui parfois s'affrontent quant à l'interprétation de la Charte et de ses clauses. Il n'est pas d'ailleurs dans le but du présent article d'envisager de résoudre ces différentes questions.

22) La Commission ne pense pas non plus devoir entrer de façon détaillée dans des questions parfois longuement débattues en doctrine, telles que celle du caractère « nécessaire » que devrait avoir l'action menée en légitime défense par rapport au but de stopper et de repousser l'agression, ou celle de la « proportionnalité » qui devrait exister entre ladite action et ledit but, ou encore celle du caractère « immédiat » que devrait avoir la réaction à l'action agressive. Il s'agit de questions auxquelles la réponse est en fait imposée par la logique même et qui doivent trouver leur solution dans le cadre de chaque cas d'espèce.

23) Ayant constaté l'existence d'une règle « primaire » sur la légitime défense dans la Charte des Nations Unies aussi bien que dans le droit international coutumier en vigueur, et son incidence dans le domaine de la responsabilité des Etats, la Commission a conclu à la nécessité d'insérer dans le présent chapitre du projet une règle dont le seul but est de poser le principe selon lequel l'emploi de la force au titre de la légitime défense emporte l'exclusion de l'illicéité des faits par lesquels cet emploi se traduit. Ce faisant, la Commission n'a pas l'intention de définir la légitime défense ni de la codifier, pas plus qu'elle n'a défini ou codifié le consentement, les contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite, etc. La Commission a tout simplement constaté que la légitime défense est un principe reconnu aussi bien par la Charte des Nations Unies que par le droit international d'aujourd'hui, et a tiré les conclusions qui s'imposent aux fins du présent chapitre du projet, consacré aux circonstances excluant l'illicéité.

24) A ce propos, la Commission voudrait rappeler que, comme il a été dit dans le commentaire d'introduction au chapitre V, ce chapitre a pour objet de définir les conditions dans lesquelles, en dépit d'une réunion apparente de l'élément objectif et de l'élément subjectif de l'existence d'un fait internationalement illicite, on ne peut pas conclure à cette existence du fait de la présence d'une circonstance qui barre la voie à cette conclusion<sup>214</sup>. La légitime défense est l'une des circonstances qui entrent en ligne de compte à cet effet. L'existence à la base du comportement adopté par l'Etat d'un état de légitime défense a pour effet, ici comme dans le cas des autres circonstances visées au chapitre V, de suspendre ou de supprimer tout à fait en l'espèce le devoir d'observer l'obligation internationale qui, dans le cas présent, est l'obligation générale de s'abstenir de l'emploi ou de la menace de la force dans les relations internationales. Quand on est en présence d'un état de légitime défense, l'élément objectif du fait internationalement illicite, à savoir la violation de l'obligation interdisant le recours à la force, fait défaut et, partant, aucun fait illicite n'a pu avoir lieu.

<sup>214</sup> Voir *Annuaire...* 1979, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 118, doc. A/34/10, chap. III, sect. B, sous-sect. 2, commentaire du chapitre V, par. 1.

25) Pour ce qui est du libellé, la Commission, particulièrement soucieuse d'éviter toute formule qui puisse donner l'impression d'une intention de sa part d'interpréter la Charte des Nations Unies ou même de l'amender, a adopté la rédaction suivante :

L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies.

Par les mots « en conformité avec la Charte des Nations Unies », qui renvoient à la Charte en général, on évite les problèmes d'interprétation que pourrait poser une référence exclusive à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies en dehors de son contexte, ou à la Charte et au droit international général, ou encore au droit international général tout court.

26) Certains membres de la Commission ont, toutefois, exprimé des réserves quant au libellé indiqué. D'après certains d'entre eux, le renvoi général à la Charte devrait être remplacé, comme cela était dans le projet du Rapporteur spécial, par une référence spécifique à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. On a aussi fait observer qu'il conviendrait d'employer dans le libellé de l'article la terminologie même de l'Article 51 de la Charte lorsqu'il parle du « droit naturel de légitime défense » (« inherent right of [...] self-defence »). L'observation a été également faite que l'article gagnerait en clarté si les mots « une mesure licite de légitime défense prise » étaient remplacés par les mots « une action prise dans l'exercice du droit de légitime défense ». La majorité des membres de la Commission a cependant jugé que, pour ce qui est de l'incidence de la légitime défense sur la licéité ou l'illicéité d'un « fait de l'Etat » — seule question qui intéresse le chapitre V du projet —, ce qui est en considération, c'est la situation dans laquelle se trouve placé l'Etat agissant, et peu importe le fait que cette situation constitue l'exercice d'un « droit », d'un « droit naturel » ou d'une autre situation juridique subjective.

27) D'après un membre de la Commission — qui, bien entendu, a approuvé l'idée de l'article —, il n'est pas possible d'inclure au commencement de son texte la référence à « un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat » parce qu'aucun fait d'un Etat constituant une mesure de légitime défense n'est contraire à une obligation internationale<sup>215</sup>.

28) Il faut également noter qu'une action commise en état de légitime défense pourrait léser les intérêts d'un Etat tiers. Il va sans dire que dans une telle hypothèse les intérêts de l'Etat tiers doivent être entièrement sauvegardés. La Commission tient donc à souligner que la disposition de l'article 34 n'entend pas exclure l'illicéité éventuelle d'une lésion, pour ainsi dire indirecte, qu'un Etat tiers pourrait subir à l'occasion d'une mesure de légitime défense prise à l'encontre d'un Etat qui aurait commis une agression armée. Les développements faits à ce

propos dans le commentaire de l'article 30 (Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite)<sup>216</sup> s'appliquent donc, *mutatis mutandis*, au cas où les droits de l'Etat tiers seraient lésés par l'exercice d'une action commise dans le cadre de la légitime défense.

29) Arrivés à la fin de son étude, en première lecture, du chapitre relatif aux circonstances excluant l'illicéité en droit international, la Commission tient à souligner que les circonstances traitées dans ce chapitre sont celles qui entrent « généralement » en ligne de compte à cette fin. Il en découle que le chapitre en question n'entend pas donner un caractère absolument exhaustif à la liste de circonstances qu'il énumère. La Commission est assez consciente du caractère évolutif du droit international pour penser qu'une circonstance à laquelle on n'attribuerait pas aujourd'hui l'effet d'exclure l'illicéité d'un fait étatique non conforme à une obligation internationale pourra se voir attribuer demain un tel effet. Elle veut, en tout cas, préciser que le chapitre V ne doit pas être interprété comme fermant la porte à une telle éventualité.

<sup>215</sup> Le membre en question a suggéré que l'article se lise comme suit :

« Le recours par un Etat à la légitime défense en conformité avec l'Article 51 de la Charte des Nations Unies exclut l'illicéité d'un fait de cet Etat constituant ce recours à la légitime défense. »

<sup>216</sup> Voir *Annuaire... 1979*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 133 et 134, doc. A/34/10, chap. III, sect. B, sous-sect. 2, art. 30, par. 17 à 19 du commentaire.

Article 35

Réserve relative à l'indemnisation  
des dommages

L'exclusion de l'illicéité d'un fait d'un Etat en vertu des dispositions des articles 29, 31, 32 ou 33 ne préjuge pas des questions qui pourraient se poser à propos de l'indemnisation des dommages causés par ce fait.

Commentaire \*/

1) A sa trente et unième session, en 1979, la Commission s'est demandé, dans le cadre de son examen de l'article 31 du projet (Force majeure et cas fortuit), si, compte tenu des remarques faites à ce sujet, il y avait ou non lieu d'ajouter à l'article un troisième paragraphe précisant que l'exclusion de l'illicéité du fait de l'Etat commis dans les conditions que ledit article indique devrait être entendue sans préjudice de la possibilité que l'Etat ayant commis le fait en question encoure, à d'autres titres que celui d'une responsabilité pour fait illicite, certaines obligations — comme, par exemple, celle d'indemniser les dommages éventuellement causés par ce fait. La Commission a toutefois estimé qu'une précision de ce genre devrait s'appliquer également à d'autres circonstances excluant l'illicéité faisant l'objet du présent chapitre du projet. Elle a par conséquent décidé d'examiner, après avoir achevé l'examen des diverses circonstances excluant l'illicéité internationale d'un fait de l'Etat, la question de l'opportunité d'insérer dans ce chapitre une clause de réserve du type indiqué<sup>117</sup>.

2) A la même session, la Commission a souligné que les considérations que l'on vient de mentionner étaient également applicables aux dispositions de l'article 32

concernant la « détresse » comme circonstance excluant l'illicéité<sup>118</sup>. Déjà précédemment, d'ailleurs, elle avait relevé à propos de l'article 29 (Consentement) qu'il se peut aussi qu'un Etat consente à une action pour autant qu'elle comporte la prise en charge de risques découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international<sup>119</sup>.

3) A la présente session, la question déjà soulevée à l'occasion de l'adoption des articles 29, 31 et 32 s'est présentée de nouveau et avec force à propos de l'article 33. Il a paru en effet d'autant plus logique à la Commission de réserver la possibilité qu'une indemnisation soit due pour les dommages causés par une action ou omission dont l'illicéité ne se trouverait exclue que pour avoir été due à un état de nécessité.

4) Ayant achevé l'examen des diverses circonstances excluant l'illicéité, la Commission a examiné à la présente session la question ici indiquée par rapport à l'ensemble des circonstances prévues dans le chapitre V du projet. Elle a donc décidé de faire figurer à la fin de celui-ci une réserve formulée en des termes tout à fait généraux, en vertu de laquelle l'exclusion de l'illicéité d'un fait d'un Etat en vertu des dispositions des articles 29 (Consentement), 31 (Force majeure et cas fortuit), 32 (Détresse) ou 33 (Etat de nécessité) ne préjuge pas les questions qui pourraient se poser à propos de l'indemnisation des dommages causés par ce fait. La Commission a jugé indispensable que la réserve ne puisse pas paraître préjuger aucune des questions de principe qui peuvent se poser au sujet de la question, soit à propos de l'obligation d'indemniser, qui sera considérée dans le cadre de la deuxième partie du présent projet, soit lors de la codification du sujet intitulé « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », dont la codification lui est d'ores et déjà confiée. La Commission tient également à souligner que la place de l'article 35 à la fin du chapitre V de la première partie du projet est provisoire. La place définitive de l'article pourra être décidée à une étape ultérieure de l'élaboration du projet.

\* Annuaire ... 1980, vol. II (deuxième partie) p. 59 à 60.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 148, art. 31, par. 42 du commentaire.

NOTE DU SECRÉTARIAT

Les projets d'article des deuxième et troisième parties, qui ont été adoptés à titre provisoire entre 1983 et 1996, avaient été numérotés indépendamment de la première partie. En 1996, lors de la première lecture, la Commission les a renumérotés en fonction de la numérotation utilisée dans la première partie, après y avoir apporté diverses modifications en vue d'harmoniser la terminologie employée. Comme ils n'ont pas été amendés en conséquence, les commentaires portant sur les projets d'article adoptés à titre provisoire avant 1996 renvoient aux libellés originaux et à la numérotation initiale. Afin de faciliter la consultation et les renvois, l'ancien numéro de chaque projet d'article est indiqué entre parenthèses après le nouveau numéro.

Deuxième partie

Contenu, formes et degrés de la  
responsabilité internationale

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GENERAUX

Article 36 [1]

Conséquences d'un fait  
internationalement illicite

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

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

Commentaire \*/

1) Le seul objet de cet article est de faire la transition, et de marquer le lien, entre la première partie, qui traite des conditions dans lesquelles naît la responsabilité internationale d'un Etat, et la deuxième partie, qui détermine les conséquences juridiques du fait internationalement illicite.

2) Comme on le verra dans les dispositions de la deuxième partie, ces conséquences juridiques consistent, au premier chef, en *obligations* nouvelles de l'Etat auteur, telles que l'obligation de réparer. Les conséquences juridiques peuvent aussi comprendre les *droits* nouveaux d'autres Etats, notamment de l'Etat ou des

Etats victimes, tels que le droit de prendre des contre-mesures.

3) Certains faits internationalement illicites peuvent avoir une autre conséquence juridique, qui est que tout Etat, autre que l'Etat auteur, a l'*obligation* de réagir devant le fait.

4) Ce qui précède a trait aux conséquences juridiques concernant les relations juridiques *entre Etats*. Cependant, l'article 1<sup>er</sup> n'exclut pas qu'un fait internationalement illicite entraîne des conséquences juridiques dans les relations entre Etats et *autres* « sujets » de droit international.

5) Le fait que, par suite du fait internationalement illicite, un nouvel ensemble de relations est établi entre l'Etat auteur dudit fait et l'Etat lésé n'entraîne pas *ipso facto* la disparition des relations antérieures. Même si l'Etat 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'Etat lésé à son droit au maintien du respect de l'obligation.

---

\* Annuaire ... 1983, vol. II (deuxième partie), p. 44 et 45, (commentaire du paragraphe 1 de l'article (ancien article premier)), et Annuaire ... 1993, vol. II (deuxième partie), p. 57 (commentaire du paragraphe 2).

Article 37 [2]

Lex specialis

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 Etat sont déterminées par d'autres règles de droit international qui se rapportent spécifiquement à ce fait.

Commentaire \*/

1) L'article 2 énonce le caractère *supplétif* des dispositions de la deuxième partie. Or, lorsqu'ils créent entre eux des droits et des obligations « primaires », les Etats peuvent en même temps — ou ultérieurement, avant qu'il y ait eu violation de l'obligation « primaire » créée — déterminer quelles seront entre eux les conséquences juridiques du fait internationalement illicite en cause.

2) Ces conséquences juridiques prédéterminées peuvent s'écarter de celles qui sont énoncées dans la deuxième partie. Ainsi, des Etats parties à un traité multilatéral, par exemple un traité qui crée une union douanière entre eux, peuvent choisir d'assurer l'efficacité du traité autrement que par les conséquences juridiques normales des faits internationalement illicites (obligation de réparation, droit de prendre des contre-mesures). Cependant, les Etats ne peuvent pas prévoir, *inter se*, en cas de violation de leurs obligations réciproques, 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.

3) Le membre de phrase liminaire de l'article 2 a pour objet de rappeler ces limitations<sup>166</sup>.

---

\* Annuaire ... 1983, vol. II (deuxième partie), p. 45 (commentaire de l'ancien article 2).

<sup>166</sup> Etant donné qu'à sa trente-cinquième session, la Commission n'a pas encore pris de décision au sujet de la formulation d'un article concernant les normes impératives, le renvoi à l'article 4 est placé entre crochets.

Article 38 [3]

Droit international coutumier

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

Commentaire \*/

1) Parmi les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite peuvent figurer des conséquences autres que celles qui consistent *directement* en de nouvelles obligations de l'Etat auteur et en de nouveaux droits, ou de nouvelles obligations, d'un autre Etat ou d'autres Etats. C'est ainsi que l'article 52 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités<sup>167</sup> déclare [...] *nul tout traité\** dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies.

Un autre exemple est fourni par le paragraphe 2, alinéa *b*, de l'article 62 de la même Convention, qui prévoit qu'

Un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer : [...]

*b*) si le changement fondamental résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité.

Ces types de conséquences juridiques ne seront pas traités dans la deuxième partie du présent projet d'articles.

2) A cet égard, il convient de rappeler que dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*<sup>168</sup>, la CIJ a exprimé l'opinion que la plupart des articles de la Convention de Vienne étaient déclaratoires du droit international coutumier existant.

3) En tout état de cause, les conséquences juridiques des faits internationalement illicites énoncées dans la deuxième partie peuvent ne pas être limitatives.

---

\* Annuaire ... 1983, vol. II (deuxième partie), p. 45 (commentaire de l'ancien article 3).

<sup>167</sup> Nations Unies, *Annuaire juridique 1969* (numéro de vente : F.71.V.4), p. 146. Ci-après dénommée « Convention de Vienne ».

<sup>168</sup> C.I.J. *Recueil* 1971, p. 16.

Article 39 [4]

Relation avec la Charte des Nations Unies

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un Etat 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.

Commentaire \*/

1) La deuxième partie indiquera les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite en termes de nouvelles obligations et de nouveaux droits de la part d'Etats.

2) On ne peut *a priori* exclure que, dans des circonstances particulières, l'accomplissement de telles obligations et/ou l'exercice de tels droits ne puissent engendrer une situation en rapport avec le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Dans ces circonstances particulières, les dispositions et procédures de la Charte des Nations Unies s'appliquent et peuvent entraîner des mesures qui diffèrent des dispositions générales de la deuxième partie. En particulier, le maintien de la paix et de la sécurité internationales peut<sup>109</sup> exiger que l'on s'abstienne, pour le moment, de prendre des contre-mesures en réponse à un fait internationalement illicite particulier. A cet égard, on note que, même en vertu de la Définition de l'agression, le Conseil de sécurité est autorisé à conclure

[...] qu'établir qu'un acte d'agression a été commis ne serait pas justifié compte tenu des autres circonstances pertinentes, y compris le fait que les actes en cause ou leurs conséquences ne sont pas d'une gravité suffisante<sup>110</sup>.

<sup>109</sup> Selon l'opinion de l'organe compétent de l'ONU.

<sup>110</sup> Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, du 14 décembre 1974, annexe, art. 2.

\* Annuaire ... 1983, vol. II (deuxième partie), p. 45 et 46 (commentaire de l'ancien article 5, renumérolé par le suite article 4).

La Commission a reconnu que, dans la mesure où les articles

(suite de la note page suivante)

finalement adoptés le seront sous la forme d'une convention, la relation de cette convention avec la Charte sera régie par l'Article 103 de cette dernière. Etant donné que les dispositions de la Charte prévalent, de nombreux membres de la Commission ont manifesté la crainte que les droits et obligations d'un Etat découlant de la convention - c'est-à-dire fondés sur le droit de la responsabilité des Etats - ne puissent être rendus inopérants par des décisions que prendrait le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la Charte, décisions que les Etats Membres, en vertu de l'Article 25 de celle-ci, sont tenus d'accepter et d'appliquer.

Par exemple, le Conseil de sécurité, agissant dans le but de maintenir ou de rétablir la paix et la sécurité internationales, aurait-il la faculté de déclarer irrecevable l'argument de nécessité invoqué par un Etat (art. 33), de dénier à un Etat le droit de prendre des contre-mesures (art. 47 et 48) ou d'imposer une obligation de recourir à l'arbitrage (art. 58) ?

Selon un point de vue, le Conseil de sécurité ne pourrait pas, en principe, priver un Etat de ses droits juridiquement établis ni lui imposer des obligations allant au-delà de celles qui découlent du droit international général et de la Charte elle-même. Exceptionnellement, il pourrait inviter un Etat à suspendre l'exercice de ses droits, en lui demandant par exemple, à titre de mesure provisoire conformément à l'Article 40 de la Charte, de suspendre l'application de contre-mesures. Ou bien le déni de droits juridiquement établis pourrait être plus permanent, à l'égard d'un Etat résolu à se comporter en agresseur. Mais, en

règle générale, selon ce point de vue, le Conseil de sécurité devrait agir en ayant pleinement égard aux droits des Etats.

Selon un autre point de vue, cette conception serait trop restrictive, trop "légaliste", et relèguerait au second plan l'intérêt prépondérant qu'a l'ensemble de la communauté des Etats à ce que la paix internationale soit préservée.

Les termes de l'article 39 ne tentent pas de régler ce point, ni dans un sens ni dans l'autre. La Commission accueillera avec intérêt toutes observations précises des Etats sur les points soulevés, de manière à pouvoir revenir sur ces questions importantes lors de l'examen du texte en deuxième lecture.

Article 40 [5]

Sens de l'expression "Etat lésé"

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

2. En particulier, l'expression "Etat lésé" désigne :

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

b) si le droit auquel le fait d'un Etat 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 Etat ou les autres Etats qui sont parties au différend et bénéficiaires de ce droit;

c) si le droit auquel le fait d'un Etat porte atteinte résulte d'une décision obligatoire d'un organe international autre qu'une cour ou un tribunal international, l'Etat ou les Etats 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 Etat porte atteinte résulte d'une

disposition conventionnelle en faveur d'un Etat tiers, cet Etat tiers;

e) si le droit auquel le fait d'un Etat porte atteinte résulte d'un traité multilatéral ou d'une règle de droit international coutumier, tout autre Etat 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 Etat affecte nécessairement la jouissance des droits ou l'exécution des obligations des autres Etats 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 Etat porte atteinte résulte d'un traité multilatéral, tout autre Etat 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 Etats parties.

3. En outre, l'expression "Etat lésé" désigne, si le fait internationalement illicite constitue un crime international \*/ , tous les autres Etats.

---

\* 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.

1) Un fait internationalement illicite entraîne de nouveaux rapports de droit entre les Etats, que ceux-ci y consentent ou non. Ces nouveaux rapports s'établissent entre l'Etat ou les Etats «auteurs» et l'Etat ou les Etats «lésés». Pour pouvoir décrire ces conséquences juridiques, il faut dès l'abord définir l'Etat «auteur» et l'Etat ou les Etats «lésés». L'Etat «auteur» a été défini dans la première partie du projet d'articles, et plus particulièrement dans les chapitres II et IV. Le présent article vise à déterminer l'Etat ou les Etats «lésés».

2) La première partie du projet d'articles 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 Etat.

3) Aux fins des articles de la deuxième partie du projet, il faut déterminer quel Etat ou quels Etats sont juridiquement considérés comme Etats «lésés», car cet Etat ou ces Etats pourront seuls invoquer les nouveaux rapports de droit, décrits dans la deuxième partie, qui découlent du fait internationalement illicite.

4) Cette détermination est de toute évidence liée à l'origine et au contenu de l'obligation violée par le fait internationalement illicite, en ce sens que la nature des règles «primaires» du droit international et le cercle des Etats, qui participent à leur formation, entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de préciser quel Etat ou quels Etats ont été «lésés» par la violation d'une obligation découlant des dites «règles primaires».

5) Il convient à ce propos de se référer à l'article 2 du projet, qui énonce le caractère supplétif des dispositions de la deuxième partie. Les Etats, lorsqu'ils créent entre eux des droits et des obligations «primaires», peuvent en effet déterminer à cette occasion quel Etat, ou quels Etats, devront être considérés comme l'Etat ou les Etats «lésés» en cas de violation d'une obligation résultant de la règle «primaire», et déterminer par là l'Etat ou les Etats qui seront en droit d'invoquer les nouveaux rapports de droit créés par cette violation, en précisant même de quels rapports de droit il s'agit.

6) L'article 5 ne peut donc établir que des présomptions quant aux conséquences juridiques correspondant à l'infraction des «règles primaires» de par leur champ d'application et leur contenu.

7) Le paragraphe 1 de l'article 5 énonce l'idée générale qui sous-tend la première partie du projet d'articles (voir *supra* par. 2) Le «droit» mentionné dans la première partie du paragraphe est, bien entendu, un droit découlant du droit international; c'est d'ailleurs ce que dit implicitement

---

\* Annuaire ... 1985, vol. II (deuxième partie), p. 25 à 27, (commentaire de l'ancien article 5).

la deuxième partie du paragraphe, par référence à la première phrase de l'article 4 de la première partie du projet.

8) Le paragraphe 2 de l'article 5 énumère un certain nombre de situations dans lesquelles l'origine et le contenu de la règle primaire peuvent déterminer — sous réserve de ce qui est dit au paragraphe 5 ci-dessus — l'Etat ou les Etats qui doivent être juridiquement considérés comme l'Etat ou les Etats «lésés».

9) L'alinéa *a* du paragraphe 2 traite du cas où l'obligation violée est une obligation imposée à un Etat par un traité bilatéral; en pareil cas, le droit auquel il est porté atteinte est le droit de l'autre Etat partie à ce traité bilatéral, et il y a donc lieu de présumer que cet autre Etat est un Etat «lésé».

10) Aux termes de l'article 36 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, une disposition d'un traité peut donner naissance à un droit pour un Etat tiers; c'est le cas dont traite l'alinéa *d* du paragraphe 2, qui s'applique aux traités tant bilatéraux que multilatéraux.

11) Le dispositif d'un jugement ou d'une autre décision obligatoire d'une cour ou d'un tribunal international mettant fin à un litige peut imposer une obligation à un Etat. Il s'agit là d'une obligation autonome en ce sens que le jugement met fin au litige puisqu'il porte précisément sur la question de savoir si les faits de la cause et les règles considérées comme applicables font ou non qu'une obligation a été violée et qu'il a été porté atteinte à un droit.

12) Normalement, le dispositif du jugement montrera bien quel est, pour le juge, l'Etat auteur et quel est l'Etat lésé. Cependant, selon les termes de l'Article 59 du Statut de la CIJ et de beaucoup d'autres instruments constitutifs de cours et de tribunaux internationaux, «la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé». Il s'ensuit que le jugement ne peut établir des droits et des obligations qu'entre les parties au litige. Il est donc à présumer que si l'une des parties au litige ne s'acquitte pas des obligations que lui impose le jugement, l'autre partie au litige sera l'«Etat lésé».

13) Dans la plupart des cas, deux Etats seulement seront parties à un litige porté devant une cour ou un tribunal international. Il peut toutefois arriver, dans le cas d'une requête conjointe ou d'une intervention autorisée par le tribunal ou par son statut (voir par exemple les Articles 62 et 63 du Statut de la CIJ), que le litige mette en présence plus de deux Etats. La question se pose alors de savoir si toutes ces parties doivent être considérées comme des Etats lésés en cas de non-exécution des obligations imposées par le jugement. Normalement, le dispositif du jugement répondra de façon expresse à cette question. A défaut, ce sont les autres parties du jugement qui permettront de voir quel Etat ou quels Etats parties au litige peuvent se dire bénéficiaires du droit auquel a porté atteinte la non-exécution de l'obligation imposée dans le dispositif du jugement.

14) Les cours et tribunaux internationaux sont souvent habilités par leur statut à «indiquer» des mesures conservatoires pour aider au règlement des litiges. Quant à savoir si une «ordonnance» de mesures conservatoires prise par la cour ou le tribunal constitue ou non une décision obligatoire aux fins du règlement du litige, cela dépendra de l'interprétation de son statut ou de telle ou telle autre règle de droit international contraignante pour les parties.

15) Là encore, il convient de se référer à l'article 2 de la deuxième partie du projet. Il peut arriver que le statut

d'une cour ou d'un tribunal, ou une autre règle applicable du droit international, contraignante pour les Etats, dispose expressément que la cour ou le tribunal peut prendre des décisions obligatoires pour un ou plusieurs Etats qui ne sont pas à strictement parler parties au litige, et conférant à cet Etat ou à ces Etats le «statut» d'«Etat lésé». D'ailleurs, le paragraphe 2 de l'article 94 de la Charte des Nations Unies donne au Conseil de sécurité pouvoir d'élargir le cercle des Etats «lésés» par la non-exécution d'une obligation découlant d'un arrêt de la CIJ (cf. alinéa *c* du paragraphe 2); des pouvoirs analogues peuvent être conférés à la cour ou au tribunal internationaux eux-mêmes.

16) Alors que dans le cas des cours et tribunaux internationaux il y a manifestement une règle supplétive, telle qu'elle est énoncée à l'alinéa *b* du paragraphe 2, la situation est quelque peu différente dans le cas des décisions obligatoires d'un organe international autre qu'une cour ou un tribunal international. Il faut alors se référer à l'acte constitutif de l'organisation internationale en cause pour déterminer l'Etat ou les Etats lésés. Cet acte constitutif sera en fait soit un traité bilatéral, auquel cas l'alinéa *a* du paragraphe 2 sera applicable, soit un traité multilatéral, auquel cas c'est l'alinéa *c* qui le sera.

17) Des questions particulières se posent dans le cas de situations «multilatérales», lorsque plus de deux Etats sont tenus par une règle — conventionnelle ou coutumière — de droit international imposant des obligations dont la violation constitue le fait internationalement illicite. En pareil cas, il ne peut pas toujours être présumé que tous ces Etats (autres que l'Etat auteur) sont «lésés» par le fait considéré. D'ailleurs, le droit coutumier international universel reconnaît que l'égalité souveraine des Etats entraîne certaines obligations dont la violation dans un cas d'espèce ne «lèse» *a priori* que l'Etat atteint dans ses droits souverains. Il en va de même de certains traités multilatéraux. Le sous-alinéa *c*, i, du paragraphe 2 traite de cette catégorie de situations.

18) Mais il peut en être différemment, soit de par les faits, soit de par le contenu et la nature de la règle de droit international considérée.

19) C'est ainsi que le sous-alinéa *e*, ii, du paragraphe 2 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*). Comme l'indique la présence des mots «autre» et «autres» dans la disposition liminaire de l'alinéa *e* et dans le sous-alinéa ii, l'expression «fait d'un Etat» dans cette disposition liminaire et ce sous-alinéa s'entend du fait d'un Etat partie au traité multilatéral ou lié par la règle pertinente du droit international coutumier.

20) Le sous-alinéa *e*, iii, du paragraphe 2 traite des règles de droit international, de plus en plus nombreuses, qui font aux Etats obligation de respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Les intérêts que protègent ces dispositions ne sont pas des intérêts propres à tel ou tel Etat, d'où la nécessité de considérer d'emblée comme Etat lésé tout autre Etat partie à la convention multilatérale ou lié par la règle de droit coutumier dont il s'agit.

21) L'expression «droits de l'homme et libertés fondamentales» est prise ici dans le sens qu'elle a de nos jours dans les relations internationales. Elle englobe le droit des peuples à l'autodétermination, que mentionnent d'ailleurs

les deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme<sup>87</sup>.

22) De toute évidence, la disposition visée au sous-alinéa e, iii, ne préjuge pas, et ne saurait préjuger, la question de la mesure dans laquelle les règles «primaires» du droit international, qu'elles soient coutumières ou conventionnelles, imposent aux Etats des obligations ou leur confèrent des droits pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>88</sup> et autres instruments pertinents doivent certes entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer le champ d'application éventuel de cette disposition, mais il est clair que les droits énoncés dans les instruments — non plus que les actes de commission ou d'omission attribuables à un Etat et pouvant être considérés comme incompatibles avec le respect de ces droits, même s'il s'agit d'actes de commission ou d'omission isolés (voire non intentionnels) — n'entraîneront pas tous nécessairement l'application de la disposition en question.

23) L'alinéa f du paragraphe 2 traite d'une autre situation encore. Même dans les cas où le sous-alinéa e, ii, ne serait pas en fait applicable, les Etats parties à un traité multilatéral peuvent convenir de considérer la violation d'une obligation imposée par ce traité comme portant atteinte à un intérêt collectif de tous les Etats parties au traité multilatéral. On trouve d'ailleurs un exemple de cet intérêt collectif dans la notion de «patrimoine commun de l'humanité», récemment appliquée aux ressources minérales

<sup>87</sup> Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, p. 3) et Pacte international relatif aux droits civils et politiques (*ibid.*, vol. 999, p. 171).

<sup>88</sup> Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale, du 10 décembre 1948.

de la zone du fond des mers et des océans, ainsi que de leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale.

24) Il va de soi qu'au stade actuel de développement de la communauté internationale dans son ensemble, l'intérêt collectif des Etats n'est encore que partiellement reconnu ou consacré. C'est pourquoi l'alinéa f se limite aux traités multilatéraux, et aux dispositions expresses de ces traités.

25) Néanmoins, l'alinéa f n'exclut pas et ne saurait exclure le développement de règles coutumières de droit international allant dans le même sens.

26) Le paragraphe 3 de l'article 5 traite des crimes internationaux. S'il ressort clairement du libellé de l'article 19 de la première partie du projet d'articles que tous les Etats autres que l'Etat auteur doivent être considérés *a priori* comme «Etats lésés», la Commission, en adoptant l'article 19 à titre provisoire, a d'emblée reconnu que les «conséquences juridiques» d'un crime international pourraient demander à être précisées et différenciées.

27) On peut, en particulier, se demander si tous les autres Etats, pris individuellement, sont en droit de réagir devant un crime international de la même manière que si ce crime portait atteinte à leurs droits individuels.

28) De toute évidence, le paragraphe 3, tout en impliquant que tous les autres Etats sont individuellement en droit d'invoquer certaines conséquences juridiques en tant qu'Etats «lésés» (et en tout cas d'exiger de l'Etat auteur qu'il cesse de violer son obligation), ne préjuge pas et ne saurait préjuger l'étendue des conséquences juridiques qui s'attacheraient par ailleurs à la commission d'un crime international. C'est là une question qui devra être réglée dans le cadre des articles de la deuxième partie du projet qui ont trait aux crimes internationaux. C'est pour cette raison que les mots «et dans le contexte des droits et obligations des Etats aux termes des articles 14 et 15» figurent provisoirement entre crochets.

CHAPITRE II

DROITS DE L'ÉTAT LÉSÉ ET  
OBLIGATIONS DE L'ÉTAT AUTEUR  
DU FAIT INTERNATIONALEMENT  
ILLICITE

Article 41 [6]

Cessation du comportement  
illicite

Tout Etat 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.

Commentaire \*/

L'article 6 est le premier d'une série d'articles qui traitent des relations nouvelles résultant d'un délit international entre l'État qui a commis ledit fait et l'État lésé. La Commission a décidé d'examiner séparément les relations découlant des crimes internationaux en vertu de l'article 19. Les articles 6 à 10 *bis* ne préjugent pas les conséquences des crimes. Comme il est indiqué au paragraphe 1 du commentaire de l'article premier de la deuxième partie<sup>137</sup>, les relations nouvelles visées ci-dessus entraînent tout d'abord des obligations nouvelles pour l'État auteur et des droits correspondants pour l'État lésé, qui font l'objet des articles 6 à 10 *bis*, et elles peuvent aussi faire naître des droits nouveaux au bénéfice de l'État ou des États lésés, tels que celui de prendre des contre-mesures, qui fait l'objet des articles 11 à 14 adoptés par le Comité de rédaction à la présente session.

Annuaire... 1993, vol. II  
(deuxième partie), p. 57 à 60  
(commentaire de l'ancien article 6).

<sup>137</sup> Le texte du paragraphe 1 adopté par la Commission à titre provisoire en 1983 est reproduit *supra* au paragraphe 335. Pour le commentaire y relatif, voir *Annuaire... 1983*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 44 et 45.

2) Les nouvelles obligations de l'État auteur sont de corriger la situation causée par la violation d'une obligation primaire, c'est-à-dire d'une obligation énoncée par une règle primaire. Parmi ces nouvelles obligations, la plus fréquemment invoquée est celle de réparer, énoncée à l'article 6 *bis*, dont il est possible de s'acquitter sous diverses formes, prévues aux articles 7, 8, 10 et 10 *bis*. Cependant, le premier impératif s'agissant de faire disparaître les conséquences d'un fait illicite est d'assurer la cessation dudit fait, c'est-à-dire de mettre fin au comportement précis qui est contraire à l'obligation ainsi violée.

3) Pour différentes raisons, l'importance de la cessation n'est pas toujours clairement perçue. Tout d'abord, l'État lésé exigera en général de l'État auteur un comportement positif, par exemple qu'il libère des personnes ou restitue des objets, et formulera cette exigence dans le cadre d'une demande plus large de réparation du préjudice plutôt qu'en termes de cessation du fait illicite. Deuxièmement, lorsqu'il est fait appel à une procédure de règlement par tierce partie, cette procédure s'ouvre souvent à un moment où la commission du fait illicite (qu'il s'agisse d'un fait instantané ou continu) a pris fin, si bien que le différend soumis à règlement se limite à la question du mode ou des modes de réparation dus<sup>138</sup>. Troisièmement, même lorsque les parties comparaissent devant un organe international à un moment où le comportement incriminé se poursuit, l'État demandeur présente ses demandes moins en termes de cessation du comportement illicite — l'illicéité elle-même étant à ce stade controversée — qu'en termes de mesures provisoires ou conservatoires que le juge peut indiquer ou peut-être imposer à l'État auquel est imputée la violation<sup>139</sup>. Nonobstant les difficultés qu'il y a à cerner la notion de cessation, les caractéristiques spécifiques de la demande de cessation justifient l'inclusion dans le projet d'un article spécial consacré à ce remède particulier.

4) Vue sous l'angle de la théorie juridique, la cessation peut être considérée comme la continuation du jeu normal de la règle « primaire », dont le comportement illicite antérieur constituait une violation, ou comme l'entrée en jeu de la règle « secondaire », en tant qu'effet de la survenance du fait illicite. La Commission est d'avis que la distinction même entre règles « primaires » et « secondaires » n'a qu'une valeur relative et que la cessation se situe, pour ainsi dire, entre les deux catégories de règles. S'agissant des premières, elle intervient en concrétisant l'obligation primaire dont la violation par l'État auteur du fait illicite est en cours. S'agissant des secondes, elle infléchit — sans prévoir directement de réparation — la qualité et la quantité de la réparation elle-même, ainsi que les modalités et conditions des mesures auxquelles l'État ou les États lésés, ou une institution internationale, peuvent recourir afin d'obtenir réparation.

<sup>138</sup> C'est ce qu'illustre parfaitement la sentence rendue dans l'affaire des divergences entre la Nouvelle-Zélande et la France sur l'interprétation ou l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986 entre les deux États et qui portaient sur des problèmes issus de l'affaire du « Rainbow Warrior » (voir *supra* note 120).

<sup>139</sup> Ainsi, dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, les États-Unis ont demandé à la CIJ d'ordonner la libération immédiate des otages à titre de mesure conservatoire, et la Cour a fait droit à cette demande par son ordonnance du 15 décembre 1979 (C.I.J. Recueil 1979, p. 7).

5) Indépendamment de la question de savoir si, en théorie, la cessation se situe hors du domaine des conséquences juridiques d'un fait illicite au sens strict, son utilité pratique justifie qu'elle fasse l'objet d'une disposition distincte dans le présent projet d'articles. Vu la structure de la société internationale et le rôle que jouent les États dans l'élaboration, la modification et l'abrogation des règles, la cessation revêt une pertinence beaucoup plus grande dans le système juridique international que dans les systèmes juridiques des sociétés nationales. Elle a pour fonction de mettre fin à une violation en cours du droit international et de préserver la validité et l'efficacité de la règle primaire violée, qui pourraient, à long terme, souffrir de la continuation de la violation. Ainsi, la règle relative à la cessation protège non seulement l'intérêt de l'État ou des États lésés, mais également celui qu'a la communauté internationale à préserver la primauté du droit et à pouvoir s'appuyer sur elle. Il convient de rappeler, à ce propos, que la cessation est le remède auquel les organes des organisations internationales, et en particulier l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies, ont le plus souvent recours devant les violations les plus graves du droit des gens.

6) Il y a également lieu de consacrer un article distinct à la cessation pour éviter de la soumettre aux limites ou exceptions applicables aux modes de réparation tels que la *restitutio in integrum*. Aucune des difficultés qui peuvent entraver ou empêcher la restitution en nature ne saurait affecter l'obligation de cesser le comportement illicite. C'est là la conséquence inéluctable du fait que les difficultés ou les obstacles qui risquent d'affecter en tout ou en partie la restitution (ou tout autre mode de réparation) ont trait aux mesures réparatoires qui ne peuvent que faire suite au fait illicite accompli, c'est-à-dire à la violation effective de la règle primaire. La cessation n'est pas et ne doit pas être soumise à de tels aléas dans la mesure où elle vise précisément à empêcher un comportement illicite futur, c'est-à-dire un comportement qui étendrait le fait illicite dans le temps et dans l'espace. L'obligation de faire cesser le comportement illicite doit rester illimitée, à moins que la règle primaire elle-même ne soit modifiée ou ne cesse d'exister et que le comportement illicite ne doive être toléré à un certain moment, en raison de circonstances imprévues qui excluent l'illicéité. Toute limitation d'une obligation aussi fondamentale remettrait en cause la force contraignante des règles primaires elles-mêmes et mettrait en péril la validité, la stabilité et l'efficacité des relations juridiques internationales.

7) Comme indiqué plus haut, la cessation est fréquemment considérée comme plus ou moins étroitement liée à la restitution en nature ou à d'autres formes de réparation. Pourtant, la cessation n'est pas un élément de la réparation. Elle vise le comportement illicite en tant que tel, quelles qu'en soient les conséquences. On pourrait dire de la cessation qu'elle est axée sur l'avenir, en d'autres termes qu'elle implique le respect futur d'une règle primaire du droit des gens, alors que la réparation — qui, suivant la définition donnée par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond)<sup>140</sup>, a pour fonction d'« effacer toutes les conséquences », en ce qui con-

cerne les rapports entre l'État auteur et l'État lésé, des effets matériels et juridiques de la violation d'une obligation internationale du premier État à l'égard du second — vise la violation passée de la règle primaire.

8) Il est d'autant plus difficile d'isoler la cessation de la réparation qu'en pratique le résultat de la cessation est parfois impossible à distinguer d'un mode bien précis de réparation, à savoir la restitution en nature. Il en va ainsi de la libération de personnes ou de la restitution d'objets ou de locaux. De telles mesures sont souvent citées comme exemples de réparation sous forme de restitution en nature. En fait, elles visent à faire cesser la violation. Ce qui est recherché est le retour à l'attitude exigée par la loi, c'est-à-dire la cessation du comportement illicite. Et de fait, les situations dans lesquelles de telles mesures ont été demandées et finalement prises font partie de la catégorie des faits illicites de caractère continu qui durent encore au moment où l'État lésé réclame un ou plusieurs modes de réparation. Il s'ensuit que les mesures réclamées semblent correspondre à un problème de cessation. Il convient toutefois de souligner qu'il n'est pas pour autant exclu que la même mesure puisse aussi constituer simultanément une restitution en nature. Ainsi, dans le cas d'un objet détenu illégalement, la restitution en nature consiste à rendre l'objet à son propriétaire légitime, mais cette mesure, qui est assurément une question de réparation, comprend aussi la cessation du fait illicite<sup>141</sup>. La cessation en soi — en tant que mode distinct de réparation d'une violation continue — apparaît en fait avec plus d'évidence dans les cas de détention illicite de ressortissants de l'État lésé. Du fait que les entités détenues sont des êtres humains, atteints par le traitement illicite dont ils font l'objet dans leur intégrité physique et psychique et dans leur liberté et leur dignité personnelles (sans parler de leur simple activité économique, productive), il est encore plus évident que, moralement et juridiquement, leur libération devient une question pressante de cessation de la violation. Cette exigence prend en un sens le pas sur toute forme de réparation<sup>142</sup>.

9) Au sens factuel, la cessation est une étape normale par laquelle passe tout fait illicite, quelle qu'en soit la durée. Il est évident, toutefois, qu'elle ne présente d'intérêt réel, débordant celui que peut offrir la dynamique du fait illicite, que lorsque ce fait revêt un caractère continu.

<sup>141</sup> À cet égard, il n'est pas sans intérêt de rappeler la demande de la Grèce dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central* (fond). Ces forêts ayant été annexées par la Bulgarie, la Grèce revendiquait les droits de propriété et d'exploitation acquis avant l'annexion, tout aussi illicite à ses yeux que la prise de possession des forêts. Toutefois, la demande grecque n'était pas formulée en termes de retour à la situation licite antérieure, mais de *restitutio in integrum*, qui est une forme de réparation (Nations Unies, *Recueil*, vol. III (numéro de vente 1949.V.2), p. 1405).

<sup>142</sup> La primauté de la cessation par rapport à la réparation dans les cas où des êtres humains sont illégalement appréhendés, détenus ou emprisonnés apparaît clairement dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*. Après avoir déclaré que le comportement de l'Iran constituait un acte illicite continu au moment de la requête, la CIJ a décidé que ce gouvernement de l'État en question devait :

« [...] faire cesser immédiatement la détention illicite [des] [...] ressortissants des États-Unis détenus en otage en Iran, et doit assurer la libération immédiate de toutes ces personnes sans exception et les remettre à la puissance protectrice [...] » (arrêt du 24 mai 1980, *C.I.J. Recueil* 1980, p. 44).

<sup>140</sup> Arrêt du 13 septembre 1928, *C.P.J.I. série A*, n° 17, p. 47.

10) La Commission s'est penchée sur la définition du fait illicite continu dans le contexte du paragraphe 3 de l'article 18 et des articles 25 et 26 de la première partie<sup>141</sup>. Des exemples de fait illicite continu sont donnés au paragraphe 21 du commentaire relatif à l'article 18 en ces termes :

[...] maintien en vigueur d'une loi que l'État serait internationalement tenu d'abroger, ou à l'inverse, non-adoption d'une loi internationalement requise, occupation indue d'un territoire d'autrui, blocus illégitime de côtes ou de ports étrangers, etc. [...]<sup>144</sup>

Dans le même contexte, la Commission a aussi fait référence à l'affaire *De Becker*<sup>145</sup>, où la Commission européenne des droits de l'homme avait jugé que la perte du droit d'exercer la profession de journaliste en vertu d'un jugement antérieur à l'entrée en vigueur de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales constituait une violation continue de la Convention et que le requérant s'estimait à bon droit victime d'une violation de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de ladite Convention. La Commission européenne des droits de l'homme avait jugé la requête recevable dans la mesure où la situation déplorée avait continué à exister au cours de la période suivant l'entrée en vigueur de la Convention. Plus récemment, dans l'affaire *Vermeire*<sup>146</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que, en vertu de son arrêt dans l'affaire *Marckx*<sup>147</sup>, la Belgique était tenue d'abroger les lois discriminatoires à l'encontre des enfants nés hors mariage.

11) Un exemple d'obligation de cessation est également fourni par la procédure prévue par l'article 169 du Traité établissant la Communauté économique européenne<sup>148</sup>, qui habilite la Cour de justice de la Communauté à constater qu'un État a violé ses obligations en vertu du Traité. Dans la plupart des cas, la Cour doit se prononcer sur une loi nationale dont il est allégué qu'elle est contraire à une règle du droit communautaire. Si la Cour conclut à une incompatibilité, l'État défendeur doit abroger la disposition législative en cause<sup>149</sup>.

12) L'exemple de la non-promulgation ou de la non-abrogation illicite de lois internes mentionné par la Commission se retrouve également dans la doctrine<sup>150</sup>. Parmi

les autres exemples cités par les auteurs, il y a aussi l'arrestation d'un diplomate.

13) Condition étroitement liée à celle du caractère continu du fait illicite, il faut que la règle violée soit toujours en vigueur au moment de la demande de cessation. À ce propos, le Tribunal arbitral dans l'affaire du « *Rainbow Warrior* » a déclaré que :

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.

De toute évidence, le caractère continu d'une violation s'éteint aussitôt que la règle violée cesse d'exister.

La jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice confirme qu'un ordre de cessation d'acte ou omission illicite ne se justifie qu'en cas de violation continue d'une obligation internationale toujours en vigueur au moment de l'émission de l'ordre judiciaire en question. [Affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (C.I.J. Recueil 1979, p. 19 et 20, par. 38 à 41, et *ibid.*, 1980, par. 95, n° 1); affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), C.I.J. Recueil 1984, p. 187, et *ibid.*, 1986, par. 292, p. 149.]

Si, au contraire, l'obligation primaire violée n'est plus en vigueur, un ordre de cessation de conduite illicite ne peut naturellement remplir aucune fonction utile et ne peut donc être prononcé<sup>151</sup>.

14) En ce qui concerne le moment où une demande de cessation peut être présentée par l'État ou les États lésés, il est évident qu'il faut, en droit, attendre à cet effet que le comportement illicite ait débuté, c'est-à-dire qu'un seuil, celui de l'illégalité, ait été franchi par suite du comportement réputé illicite. Il convient en particulier de distinguer entre le comportement qui « complète » un fait illicite (instantané ou prolongé dans le temps) et le comportement antérieur à ce comportement, qui ne saurait être traité comme un fait illicite. Il convient aussi de voir, par ailleurs, qu'à la différence du fait illicite de droit interne, le fait internationalement illicite d'un État est fort souvent — et probablement dans la plupart des cas — la résultante d'un enchaînement d'actions ou d'omissions individuelles qui, bien que légalement distinctes en droit interne, forment un tout en quelque sorte indissociable au regard du droit international. Ainsi, un acte législatif dont les dispositions seraient de nature à ouvrir la voie à la commission par l'État d'un fait illicite peut en fait ne pas aboutir à ce résultat, parce qu'il n'a pas été suivi des mesures administratives ou judiciaires « ordonnées par le législateur »; inversement, un acte législatif qui aurait en lui-même pour objet d'assurer le respect par un État de ses obligations internationales

<sup>141</sup> Voir *supra* note 87.

<sup>144</sup> Voir *Annuaire...* 1976, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 86.

<sup>145</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Série A Arrêts et décisions, Arrêt du 27 mars 1962*, Greffe de la Cour, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1962.

<sup>146</sup> *Ibid.*, 1991, *Arrêt du 29 novembre 1991*, vol. 214-C, p. 76 et suiv., notamment p. 82 et 83.

<sup>147</sup> *Ibid.*, 1979, *Arrêt du 13 juin 1979*, vol. 31.

<sup>148</sup> Voir *Traité instituant les Communautés européennes*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1987, p. 207.

<sup>149</sup> Pour un examen détaillé, voir G. Bebr, *Development of Judicial Control of the European Communities*, Martinus Nijhoff, La Haye/Boston/Londres, 1981, p. 278 et suiv.; et H. G. Schermers et D. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, 5<sup>e</sup> éd., Kluwer, Deventer/Boston, 1992, p. 279 et suiv.

<sup>150</sup> Selon Triepel, « si, à un moment donné, les États sont internationalement obligés d'avoir des règles de droit d'une teneur déterminée, l'État qui les a déjà violés son devoir s'il les abolit et néglige de les introduire à nouveau, tandis que l'État qui ne les a pas encore violés son devoir seulement par le fait de ne pas les introduire : tous les deux commettent d'ailleurs [...] un délit permanent international (*völkerrechtliches « Dauerdelikt »*) » (H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, p. 289.)

Pour sa part, Ago précise que « l'élément essentiel de la distinction » entre faits illicites instantanés et faits continus « se trouve dans l'instantanéité ou dans la permanence de l'action », si bien que l'on peut distinguer entre « faits illicites dans lesquels l'élément objectif de la conduite contrastant avec une obligation internationale de l'État a un caractère immédiat » et d'« autres infractions à une obligation internationale qui ont un caractère prolongé dans le temps, si bien que lorsqu'elles sont devenues parfaites, tous leurs éléments constitutifs étant réalisés, elles ne cessent pas pour autant d'exister, mais se continuent, identiques à elles-mêmes, avec un caractère de permanence » (R. Ago, « Le délit international », *Recueil...* 1939-II, t. 68, Paris, Sirey, 1947, p. 519 à 521).

<sup>151</sup> Voir RGDIP, Paris, 1990, t. 94, vol. 3, p. 872, par. 114.

pourrait se révéler insuffisant, parce qu'il ne serait pas appliqué par les organes administratifs ou judiciaires, ou le serait à mauvais escient. Cette complexité de la plupart des faits internationalement illicites est particulièrement manifeste dans les cas fréquents où ce sont les actes de particuliers ou d'organes subalternes qui ont initialement conduit à la commission du fait illicite par l'État et où il faut de nouvelles « mesures » des organes de l'État pour que le fait internationalement illicite soit « parfait ». Cette observation donne à penser que, s'il est vrai qu'une demande de cessation est recevable de droit (ou constitue une faculté) seulement à partir du moment où le comportement de l'État auteur a atteint le seuil où un fait qui n'était pas illicite jusque-là le devient, on peut concevoir que, dans certaines situations, une initiative de l'État susceptible d'être lésé puisse être considérée comme utile et non comme illégale. De fait, un État qui est confronté de la part d'un autre État à un comportement qui paraît constituer manifestement la phase initiale d'une démarche, d'une action ou d'une omission de nature à conduire à un fait illicite peut, avec toutes les précautions nécessaires, prendre les mesures appropriées en l'occurrence, tout en respectant le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures de l'autre partie, et proposer amicalement à l'État en question de modifier son comportement de manière à éviter d'encourir une responsabilité.

15) À la différence des articles relatifs à la réparation qui le suivent, l'article 6 impose une obligation à l'État auteur et ce, conformément à l'opinion de la Commission selon laquelle la cessation ne constitue pas une forme de réparation, mais une obligation découlant de la conjonction et d'un comportement illicite en cours et de l'action normative de la règle primaire à laquelle le comportement illicite contrevient. Alors que, pour les différents modes de réparation, il est justifié de donner la préférence à une formulation reposant sur les droits de l'État lésé, car c'est par une décision dudit État qu'un ensemble secondaire de rapports juridiques est mis en branle, la situation est différente dans le cas de la cessation, où même si une initiative de l'État lésé est à la fois juridiquement fondée et normale, l'obligation de faire cesser le comportement illicite doit être considérée non seulement comme présente, mais aussi comme effective sur la seule base de la règle primaire, indépendamment de toute représentation ou demande de l'État lésé. Aussi l'article 6 souligne-t-il le fait que l'État auteur continue d'être inconditionnellement soumis à l'obligation primaire, sans qu'il soit nécessaire que l'État lésé en exige le respect. Cela reflète l'opinion de la Commission, qui estime que subordonner l'obligation de cessation à une demande de l'État lésé, qui peut ne pas être en mesure de la faire ou être l'objet de pressions pour l'empêcher d'agir en ce sens, aurait pour effet de faire obstacle à l'une des principales fonctions de la cessation, à savoir l'arrêt de la violation du

<sup>152</sup> En ce qui concerne la notion de « complexité » et d'« unité » d'un fait internationalement illicite et, plus généralement, l'idée qu'un élément de la conduite de l'État au regard du droit international (action, omission ou acte délibéré) est une « unité factuellement complexe » du point de vue du droit international, voir G. Arangio-Ruiz, « L'État dans le sens du droit des gens et la notion du droit international », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. 26, n<sup>os</sup> 3 et 4, mai 1976, p. 311 à 331.

droit international, laquelle peut entraîner, outre des conséquences directes et spécifiques évidentes au détriment de l'État lésé, une menace pour la règle même enfreinte par le comportement illicite de l'État fautif. Étant donné la structure inorganique de la société interétatique, les normes du droit des gens développées par les États eux-mêmes sont vulnérables et exposées à la destruction du fait de leur violation par les États. La signification de la cessation d'un fait illicite dépasse le niveau des relations bilatérales pour atteindre celui des rapports entre États fautifs, d'une part, et tous les autres États et membres de la communauté internationale, d'autre part.

16) Conformément à l'article 3 de la première partie<sup>153</sup>, intitulé « Éléments du fait internationalement illicite de l'État », le terme « comportement » désigne un comportement illicite par action (commission) ou par omission. Dans le cas d'un comportement illicite par commission, la cessation consistera à « cesser de faire » ou à « ne plus faire ». Dans le cas d'un comportement illicite par omission, la cessation visera l'obligation que l'État auteur n'a pas exécutée « de faire » ou « de faire d'une certaine manière ». La Commission est consciente que le double sens qu'elle attribue ainsi au terme « cessation » n'est pas universellement admis par la théorie internationale et qu'en pratique les États ont plutôt tendance à réclamer l'exécution spécifique d'une obligation qui n'a pas été exécutée que la cessation de l'inexécution d'une obligation de faire. Il n'en demeure pas moins que les faits illicites par omission peuvent fort bien relever, aussi bien, et peut-être plus souvent, que ceux nés d'une action, de la catégorie des faits illicites de caractère continu. Ainsi que l'a fait remarquer le Tribunal arbitral dans l'affaire du « *Rainbow Warrior* », la cessation s'applique à tous les faits illicites qui se prolongent dans le temps, que le comportement de l'État auteur soit une action ou une omission, puisqu'il peut y avoir cessation dans une abstention d'agir — cas du soutien accordé aux *contras*, par exemple — ou dans une conduite positive comme la libération des otages des États-Unis à Téhéran<sup>154</sup>. La non-observation d'une « obligation de faire » dès lors qu'elle se prolonge au-delà des délais d'accomplissement de l'obligation est un fait illicite de caractère continu auquel la cessation devrait être applicable, soit isolément, soit conjointement avec un ou plusieurs des modes de réparation, et particulièrement la restitution en nature.

17) Le membre de phrase « sans préjudice de la responsabilité qu'il a déjà encourue », à la fin de l'article 6, précise clairement que le respect d'une obligation de cessation ne libère aucunement l'État auteur de la responsabilité qu'il a encourue par suite du fait illicite antérieur à l'exécution de ladite obligation. La cessation n'annule aucunement les conséquences juridiques ou matérielles du fait illicite. Ce qu'elle vise c'est le comportement illicite en soi. Elle consiste, pour ainsi dire, à tarir la responsabilité à la source, pour autant qu'elle n'ait pas encore joué. À ce titre, la cessation n'altère pas les conséquences, juridiques ou matérielles, du comportement illicite passé.

<sup>153</sup> Voir *supra* note 87.

<sup>154</sup> Voir *supra* note 142.

Article 42 [6 bis]

Commentaire \*/ 155/

Réparation

1. L'Etat lésé est en droit d'obtenir de l'Etat 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.

2. Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la négligence ou de l'action ou omission délibérée :

a) de l'Etat lésé, ou

b) d'un ressortissant de l'Etat au nom duquel la demande est présentée, qui a contribué au dommage.

3. En aucun cas la réparation n'a pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance.

4. L'Etat qui a commis le fait internationalement illicite ne peut pas invoquer les dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement.

1) Un Etat s'acquitte de l'obligation qui lui incombe du fait d'une violation d'une obligation internationale en réparant les conséquences de l'acte illicite, c'est-à-dire en fournissant réparation pour le dommage causé.

2) Le terme « réparation » est employé dans son sens générique; il décrit les différentes méthodes auxquelles un Etat peut recourir pour se libérer ou s'acquitter de telle responsabilité. Employé au paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la CIJ, le terme a également été utilisé par la CPJI lorsqu'elle a défini les règles fondamentales applicables en la matière dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* :

C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate<sup>156</sup>.

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<sup>157</sup>.

En accord avec le prononcé de la CPJI, l'article 6 bis 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.

3) Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, des dommages matériels avaient été subis et la Cour n'avait désigné que deux formes de réparation, à savoir la

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<sup>158</sup>.

---

\* Annuaire ... 1993, vol. II (deuxième partie), p. 61 à 64 (commentaire des paragraphes 1, 2 et 4 (anciennement 3) de l'ancien article 6 bis); et Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, Documents officiels de l'Assemblée Générale, cinquante et unième session Supplément No. 10 (A/51/10), p. 175 à 176 (commentaire du paragraphe 3).

<sup>155</sup> La Commission examinera ultérieurement les implications que peut avoir, pour les dispositions relatives à la réparation, l'existence de plusieurs Etats lésés, notamment la question des Etats dits différemment ou indirectement lésés.

<sup>156</sup> Arrêt n° 8 du 26 juillet 1927, *C.P.J.I. série A*, n° 9, p. 21

<sup>157</sup> Voir *supra* note 140.

<sup>158</sup> *Ibid.*

Toutefois, il existe d'autres formes de réparation appropriées à des dommages non matériels, à savoir la satisfaction et les assurances ou garanties de non-répétition. Par conséquent, l'article 6 *bis* prévoit que la réparation peut prendre la forme d'une restitution en nature, d'une indemnisation, de la satisfaction et d'assurances ou garanties de non-répétition.

4) À la différence de l'article 6 qui est formulé sous forme d'obligation pour les raisons exposées au paragraphe 15 du commentaire y relatif, l'article 6 *bis* reconnaît un droit à l'État lésé, 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.

5) Le membre de phrase « prévues aux articles 7, 8, 9 et 10 *bis* » indique clairement que les formes de réparation que prévoient ces articles sont, d'une part, à la disposition de l'État lésé conformément aux conditions stipulées dans les articles correspondants et sous réserve de celles-ci et, d'autre part, susceptibles d'être combinées. Il s'ensuit que le paragraphe 1 de l'article 6 *bis* doit être interprété à la lumière des dispositions relatives à chacune des formes de réparation visées audit article.

6) Aux termes du *paragraphe 1* de l'article, un État qui commet un fait internationalement illicite est tenu de réparer intégralement le dommage subi à raison de ce fait. Toutefois, le 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.

7) Le *paragraphe 2* de l'article mentionne la négligence ou l'action ou l'omission délibérée de l'État lésé qui a contribué au dommage (alinéa *a*) ainsi que la négligence ou l'action ou l'omission délibérée d'un ressortissant de l'État lésé au nom duquel la demande est présentée (alinéa *b*), qui a contribué au dommage. Les États peuvent présenter des demandes au nom de leurs ressortissants, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales, qui sont les unes comme les autres couvertes par le terme « ressortissant ». Tant la doctrine que la pratique ont généralement reconnu qu'il doit être tenu compte de ce facteur pour déterminer la réparation<sup>159</sup>. Dans la pratique, c'est à l'occasion du calcul d'une indemnisation pécuniaire qu'il a été tenu compte de la négligence ou du comportement délibéré de l'État lésé ou d'un ressortissant de l'État lésé au nom duquel la

demande avait été présentée<sup>160</sup>. Toutefois, ce facteur peut également s'avérer pertinent lorsqu'il s'agit d'autres formes de réparation. Ainsi, si un navire appartenant à un État est illégalement saisi par un autre État et que, pendant la durée de la saisie, il subit des avaries qui sont imputables à la négligence du capitaine, il pourra être simplement requis de l'État auteur qu'il rende le navire dans l'état endommagé dans lequel il se trouve. De même, la négligence ou un comportement délibéré peuvent aussi s'avérer pertinents dans le cas de certaines formes de satisfaction. La Commission a donc jugé approprié de traiter du rôle du comportement imprudent ou délibéré dans le contexte de l'article 6 *bis*. La rédaction qu'elle a adoptée à cette fin au paragraphe 2 de l'article s'accorde pleinement avec le principe selon lequel une réparation intégrale est due pour la totalité du dommage — mais rien qui aille au-delà du dommage — imputable au fait illicite. 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. L'alinéa *b* du paragraphe 2 prévoit le cas où la négligence ou l'action ou l'omission délibérée d'un ressortissant de l'État lésé au nom duquel la demande est présentée a contribué au dommage. Une telle circonstance doit avoir des incidences sur le montant de la réparation à laquelle l'État lésé peut prétendre, l'idée étant que la situation d'un État qui fait sienne une demande ne doit pas être plus favorable que ne le serait celle de son ressortissant si celui-ci pouvait présenter sa demande lui-même.

8) D'autres considérations fondées sur l'équité peuvent être pertinentes s'agissant d'assurer la réparation intégrale, notamment dans les cas où les ressources financières de l'État auteur du fait illicite sont limitées, mais seu-

<sup>160</sup> Dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, il avait été demandé aux arbitres de régler une réclamation dans le différend entre le Portugal d'une part et le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique d'autre part au sujet de l'annulation de la concession d'une ligne de chemin de fer trente-cinq ans avant sa date d'expiration :

« Toutes ces circonstances qui peuvent être alléguées à la charge de la compagnie concessionnaire et à la décharge du Gouvernement portugais atténuent la responsabilité de ce dernier, et justifient [...] une réduction de la réparation à allouer. » [Sentence du 29 mars 1900 (Martens, *Nouveau Recueil*, 2<sup>e</sup> série, t. XXX, p. 329 et suiv., notamment p. 407).]

Dans l'affaire du vapeur *Wimbledon*, le refus de laisser le navire passer par le canal de Kiev ayant été jugé constituer une source de responsabilité, il restait à déterminer le montant de l'indemnité. Il n'y avait aucun doute quant à l'obligation de l'État auteur du fait dommageable de payer des dommages-intérêts pour le détour que le navire avait été forcé de faire en conséquence de ce refus. Toutefois, un doute s'est élevé quant au préjudice que représentait le fait que le navire était resté quelque temps au port de Kiev, avant de prendre une autre route (par Skagen). Implicitement, la Cour a admis qu'il fallait prendre en considération la conduite du capitaine du navire à cet égard comme une circonstance susceptible d'affecter le montant de l'indemnité. Donc, tout en confirmant la règle par le poids de son autorité, la Cour n'a pas cru cependant que la conduite du capitaine laissât rien à désirer. La Cour a déclaré :

« [...] pour ce qui concerne le nombre de jours, il paraît certain que le navire qui désirent faire reconnaître son droit était fondé à attendre, pendant un délai raisonnable, avant de poursuivre son voyage, le résultat des négociations diplomatiques entamées à ce sujet » (arrêt du 17 août 1923, *C.P.J.I. série A*, n° 1, p. 11)

On trouvera d'autres exemples dans C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 25

<sup>159</sup> Voir, notamment, G. Salvioi, « La responsabilité des États et la fixation des dommages-intérêts par les tribunaux internationaux », dans *Recueil des cours... 1929-III*, Paris, 1930, p. 265 et 266, C. Cepelka, *Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain*, Prague, Université Karlova, 1965, p. 32; B. Graefrath, « Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages », dans *Recueil des cours... 1984-II*, vol. 185, La Haye, 1985, p. 95; et B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, p. 265 à 300.

lement dans la mesure où elles peuvent être conciliées avec le principe de l'égalité de tous les États au regard du droit et le principe correspondant de l'égalité des obligations juridiques de tous les États.

8 a) Dans le contexte de certaines des formes spécifiques de réparation (en particulier la restitution en nature et la satisfaction), la question s'est posée de savoir s'il existe une limite à la notion de réparation intégrale. On a vu dans l'histoire un certain nombre de cas dans lesquels l'obligation de "réparer intégralement" était poussée si loin qu'elle mettait en danger tout le système social de l'Etat concerné, par exemple dans le contexte d'un traité de paix faisant suite à la défaite d'un Etat donné. Ce sont là évidemment des cas extrêmes, mais dans tout l'éventail des hypothèses possibles de responsabilité, les cas extrêmes ne peuvent être exclus. En conséquence, le paragraphe 3 prévoit que la réparation ne doit pas avoir pour effet de priver la population d'un Etat de ses propres moyens de subsistance. Cela n'a bien entendu rien à voir avec l'obligation de cessation, y compris la restitution à l'Etat lésé, par exemple, du territoire illicitement annexé. Mais dans d'autres contextes - par exemple le versement d'une somme d'argent à titre

d'indemnisation ou de satisfaction - les montants demandés ou les modalités de paiement imposées ne doivent pas être tels qu'ils aboutissent à priver la population de ses propres moyens de subsistance.

Le libellé du paragraphe 3 s'inspire du paragraphe 2 de l'article premier des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966 et reflète un principe juridique d'application générale.

8 b) Certains membres n'étaient pas d'avis d'inclure le paragraphe 3, estimant que cette disposition était inopportune et, en tout état de cause, 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'Etat lésé.

9) *Le paragraphe 4* énonce en substance le principe général selon lequel l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement. La notion de réparation doit s'entendre compte tenu du paragraphe 1, qui énonce le droit de l'Etat lésé d'obtenir une réparation intégrale. Le libellé du paragraphe 3 est calqué sur l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

10) *Le paragraphe 4* traite des incidences du droit interne sur l'obligation de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite de procéder à réparation. Bien que les Etats n'aient généralement invoqué les dispositions de leur droit interne que dans le cas de demandes de restitution en nature, la question peut se poser en ce qui concerne d'autres formes de réparation et le présent article a donc été rédigé en conséquence.

11) Il convient tout d'abord de souligner que le paragraphe 4 ne concerne que les obstacles relevant du droit interne. La question de l'impossibilité juridique découlant du droit international lui-même intéresse la restitution en nature et elle est donc traitée à l'article 7. On est donc confronté à un problème de conflit entre deux exigences incompatibles : a) le principe selon lequel un État ne peut se dérober à ses obligations internationales en invoquant des règles de son propre système juridique (article 4 de la première partie du projet); et b) la difficulté factuelle à laquelle se heurte le gouvernement de l'État auteur devant un obstacle tenant aux règles de son système juridique interne, par lesquelles il est lié.

12) Bien qu'elle ne soit pas unanimement partagée<sup>161</sup>, l'opinion doctrinale qui prévaut<sup>162</sup> estime que les difficultés découlant de son droit interne auxquelles un État se heurte dans l'exécution d'une obligation interna-

<sup>161</sup> Voir notamment M. B. Alvarez de Eulate, « La *restitutio in integrum* en la práctica y en la jurisprudencia internacionales », *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (Madrid), vol. 4, 1973, p. 269; K. Zemanek, « Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit und die Sanktionen des Völkerrechts », in H. Neuhold, W. Hummer et C. Schreuer, éd., *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, Vienne, Manz, 1983, vol. I, p. 378; H. Urbanek, « Die Unrechtsfolgen bei einem völkerrechtsverletzenden nationalen Urteil: seine Behandlung durch internationale Gerichte », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, Springer, 1961, vol. 11, n° 1, p. 70 et suiv.

<sup>162</sup> Voir notamment D. Anzilotti, *Cours de droit international*, tr. française de G. Gidel, d'après la 3<sup>e</sup> édition italienne, Paris, Sirey, 1929, p. 524; Ch. de Visscher « Le déni de justice en droit international », *Recueil des cours... 1935-II*, Paris, Sirey, 1936, vol. 52 p. 436 et 437; J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, Sirey, 1939, p. 83; et G. Morelli qui écrit :

« Une impossibilité qui résulterait du droit interne de l'État auteur du fait illicite n'est pas, à cet égard, pertinente en droit international général. » (*Nozioni di diritto internazionale*, 7<sup>e</sup> éd., Padoue, CEDAM, 1967, p. 359.)

Voir aussi G. Ténékidès, « Responsabilité internationale », dans Dalloz, *Répertoire du droit international*, Paris, 1969, t. II, p. 790; K. Strupp, « Das Völkerrechtliche Delikt », *Handbuch des Völkerrechts*, F. Stier-Stomlo, éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1920, vol. III, 1<sup>re</sup> partie, p. 209 et 210; W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1964, vol. I, p. 510; F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Munich, C. H. Beck, 1977, t. III, 2<sup>e</sup> éd. rév., p. 25; et Graefrath, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 78.

tionale dans le cadre de ses relations avec un ou plusieurs autres États ne revêtent pas (au moins en tant que telles) un caractère décisif en tant que justification juridique du défaut de s'acquitter de cette obligation. La Commission estime que ce principe général, universellement accepté en matière d'obligations internationales découlant de règles primaires, s'applique également aux obligations internationales découlant de règles secondaires. Cette opinion est confortée par le fait que les États ont recours au droit conventionnel de manière à exclure, à modifier ou à restreindre le jeu de la réparation dans les cas où une forme spécifique de réparation pourrait entraîner des difficultés d'une certaine importance pour l'autre État. À cet égard, les articles suivants revêtent une particulière importance : l'article 32 de l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux du 28 avril 1949<sup>163</sup>; l'article 50 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 et l'article 30 de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends de 1957. Ces dispositions permettent aux États contractants de rejeter une demande de réparation si celle-ci s'oppose à leur droit constitutionnel ou de limiter les demandes de réparation à celles qui peuvent être satisfaites par voie administrative<sup>164</sup>. Le fait que les États jugent nécessaire de se mettre expressément d'accord pour empêcher que des mesures de restitution n'affectent gravement les principes fondamentaux du droit national semble indiquer qu'ils estiment que, au niveau du droit international général, la nécessité pour l'État auteur de s'acquitter de ses obligations doit l'emporter sur les obstacles juridiques internes.

13) Cette conclusion se trouve confirmée par la pratique des États et des décisions internationales. On peut citer, par exemple, le différend survenu entre le Japon et les États-Unis d'Amérique (1906) à propos des politiques discriminatoires de l'administration de l'État de Californie, en ce qui concerne l'accès des enfants d'origine asiatique aux établissements d'enseignement<sup>165</sup>; le Japon

eut gain de cause et obtint la révision de la législation californienne<sup>166</sup>. Un autre exemple est fourni par le différend relatif au *paragraphe 2 de l'Article 61 de la Constitution de Weimar* (Constitution du Reich du 11 août 1919)<sup>167</sup>, pour lequel il a fallu un amendement constitutionnel pour que l'Allemagne s'acquitte pleinement de l'obligation résultant pour elle de l'article 80 du Traité de Versailles. On peut également citer l'affaire *Crenner-Erkens* (1961), dans laquelle deux diplomates belges avaient été arrêtés et détenus par la police katangaise, puis expulsés. Les arrêtés d'expulsion furent annulés à la suite des protestations du vice-doyen du corps diplomatique à Léopoldville<sup>168</sup>. On peut citer également l'affaire de l'*Université Peter Pázmány*, dans laquelle la CPJI a décidé que les biens immobiliers réclamés devaient être restitués « libérés de toutes mesures de disposition, d'administration forcée ou de séquestre »<sup>169</sup>, et celle du *Statut juridique du Groënland oriental* dans laquelle la CPJI a jugé que la déclaration d'occupation promulguée par le Gouvernement norvégien, en date du 10 juillet 1931, ainsi que toutes mesures prises à cet égard par ce même gouvernement constituaient une infraction à l'état juridique existant et, par conséquent, étaient illégales et non valables<sup>170</sup>.

14) Il est toutefois vrai que, dans plusieurs cas, les tribunaux arbitraux ont invoqué la situation interne de l'État auteur du fait illicite pour refuser certaines formes de réparation. Ainsi, dans l'affaire *Walter Fletcher Smith*, l'arbitre, tout en faisant valoir que la restitution ne pouvait pas être considérée comme inappropriée, s'est prononcé pour une indemnisation, « dans l'intérêt des parties et du public »<sup>171</sup>. De même, dans l'affaire de la *Compagnie grecque des téléphones* (1935), le tribunal arbitral, tout en ordonnant la *restitutio*, a déclaré que l'État auteur pouvait à la place verser une indemnisation « pour d'importantes raisons d'intérêt public »<sup>172</sup>. Une indemnisation avait également été acceptée — à la place de la *restitutio* qui avait été décidée initialement — dans le différend *Dame Mélanie Lachenal*<sup>173</sup>, la Commission de conciliation franco-italienne ayant reconnu que la *restitutio* entraînerait des difficultés de procédure interne. Plus récemment, dans l'affaire *AMINOIL*<sup>174</sup>, les parties sont convenues que le rétablissement du *statu quo ante*, par suite de l'annulation du contrat de concession par un

Il convient de mentionner également certains projets d'articles codifiant les règles qui régissent la responsabilité internationale, rédigés par des organisations ou des conférences de droit international, parmi lesquels on peut citer le projet de code de droit international adopté en 1926 par la branche japonaise de l'Association du droit international et la Kokusaiho Gakkwai (Association de droit international du Japon) [art. 5] (reproduit dans *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 146, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe II); le projet de convention relatif à la « responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers », préparé par la Harvard Law School en 1929 (art. II) [reproduit dans *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 229, doc. A/CN.4/96, annexe 9]; le projet d'articles sur la responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence pour la codification du droit international, tenue à La Haye en 1930 (art. V) [SDN, doc. C.351(c).M.145(c).1930.V; *ibid.*, p. 226, annexe 3]; et le projet de convention sur la responsabilité des États pour les dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, préparé par la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht en 1930 (art. 9, par. 2) [reproduit dans *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 156, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VIII].

<sup>163</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 71, p. 101.

<sup>164</sup> Voir P. A. Bissonnette, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international* (thèse, Université de Genève), Anemasse, Imprimerie Grandchamp, 1952, p. 20. De telles dispositions sont « clairement destinées à protéger le régime juridique interne d'ingérence extérieure » [Graefrath, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 78].

<sup>165</sup> Voir RGDIP, Paris, 1907, t. 14, p. 636 et suiv.

<sup>166</sup> Voir R. L. Buell, « The development of the anti-Japanese agitation in the United States », *Political Science Quarterly* (New York), vol. 37, 1922, p. 620 et suiv.

<sup>167</sup> Voir *British and Foreign State Papers, 1919*, vol. 112, p. 1094.

<sup>168</sup> RGDIP, Paris, 1961, t. 65, p. 813.

<sup>169</sup> *Appel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)*, arrêt du 15 décembre 1933, C.P.J.I. série A/B, n° 61, p. 208.

<sup>170</sup> Arrêt du 5 avril 1933, C.P.J.I. série A/B, n° 53, p. 22.

<sup>171</sup> Nations Unies, *Recueil*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 913 et suiv., notamment p. 918.

<sup>172</sup> Voir J. G. Wetter et S. M. Schwebel, « Some little known cases on concessions », *The British Year Book of International Law, 1964*, vol. 40, p. 216 et suiv., notamment p. 221.

<sup>173</sup> Décision n° 172 du 7 juillet 1954 de la Commission de conciliation [Nations Unies, *Recueil*, vol. XIII (numéro de vente : 64.V.3), p. 130 et 131].

<sup>174</sup> Arbitrage entre le Koweït et l'American Independent Oil Company (Aminoil), voir ILM, vol. 21, n° 1, janvier 1982, p. 976 et suiv., notamment p. 982.

décret du Gouvernement koweïtien, serait de toute manière impossible. Mais la Commission aurait plutôt tendance à considérer ces décisions comme étant fondées sur un fardeau excessif ou sur la disproportion entre le dommage causé et le fardeau représenté par un mode spécifique de réparation plutôt que sur les obstacles découlant du droit interne.

15) Il est indéniable que le système juridique d'un État, qui est intimement lié à son régime politique, économique et social, peut très fréquemment influencer sur l'application effective de diverses formes de réparation. Néanmoins, cela ne signifie aucunement que le droit international général admet qu'une forme de réparation, quelle qu'elle soit, soit subordonnée au système juridique national de l'État auteur ou aux exigences que ce système vise à satisfaire. Tout État qui entend s'acquitter de ses obligations internationales, secondaires aussi bien que primaires, doit veiller à ce que son droit interne, qui ne peut pas être invoqué à l'encontre de l'application des règles de droit international, permette de satisfaire aux exigences découlant de ces règles. Bien entendu, un État a le droit de préserver son système politique, économique ou social de toute tentative illicite d'atteinte à sa souveraineté ou à sa compétence interne de la part d'autres États. Néanmoins, il ne peut en même temps prétendre que les dispositions de son droit interne constituent des obstacles juridiques l'empêchant de s'acquitter d'une obligation internationale de fournir une forme donnée de réparation. Du point de vue du droit international, les obstacles juridiques découlant du droit national sont, à strictement parler, des obstacles de fait. Ils ne sauraient être considérés comme des obstacles véritablement juridiques au même titre que ceux découlant des règles de droit international.

Article 43 [7]

Restitution en nature

L'Etat lésé est en droit d'obtenir de l'Etat 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'Etat 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'Etat qui a commis le fait internationalement illicite, alors que l'Etat lésé ne serait pas affecté dans la même mesure s'il n'obtenait pas la restitution en nature.

1) La restitution en nature est le premier des modes de réparation dont dispose un Etat lésé par un fait internationalement illicite.

2) Cette notion n'a pas de définition uniforme. Selon une définition, la restitution en nature consisterait à rétablir le *statu quo ante*, c'est-à-dire la situation qui existait avant la survenance de l'acte illicite, de manière à rétablir le rapport entre les parties dans son état originaire<sup>175</sup>. Selon une autre définition, la restitution en nature est un moyen d'établir ou de rétablir la situation qui existerait ou qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis<sup>176</sup>. La première définition envisage la réparation en nature en soi et au sens strict, en écartant l'indemnisation éventuellement due à la partie lésée en réparation de la perte subie pendant la période qui s'est écoulée entre le moment où le fait illicite a été commis et le moment où la mesure corrective est prise. En revanche, la seconde définition englobe dans la notion de restitution en nature non seulement le rétablissement du *statu quo ante* (*restitutio in pristinum*), mais également le dédommagement par intégration. Ainsi qu'il ressort de la définition donnée dans la phrase liminaire de l'article 7, la Commission a opté pour la fonction purement restitutive de la restitution en nature qui, outre qu'elle est la plus communément admise dans la doctrine, a pour avantage de se limiter à l'évaluation d'une situation de fait, sans viser à la reconstitution théorique de la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis. Elle l'a fait en considérant que, en vertu du paragraphe 1 de l'article 6 *bis*, l'Etat lésé est en tout état de cause en droit d'obtenir « une réparation intégrale » pour le préjudice subi par suite d'un fait internationalement illicite et que, comme le précise au même paragraphe l'expression « sous une ou plusieurs des formes de réparation », la restitution en nature et l'indemnisation peuvent être combinées. En d'autres termes, la Commission considère que la restitution devrait se limiter au rétablissement du *statu quo ante* (qui peut être clairement déterminé), sans préjudice d'une éventuelle indemnité pour le *lucrum cessans*.

3) La restitution en nature est le mode de réparation le plus conforme au principe général du droit de la responsabilité selon lequel l'Etat auteur est tenu d'« effacer » toutes les conséquences juridiques et matérielles de son fait illicite en rétablissant la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis; à ce titre, elle prime tout autre mode de réparation *lato sensu* et, en par-

---

\* Annuaire ... 1993, vol. II (deuxième partie), p. 64 à 70 (commentaire de l'ancien article 7).

<sup>175</sup> Au nombre des tenants de cette définition figurent Ch. de Visser, « La responsabilité des États », *Biblioteca Visseriana*, Leyde, 1924, vol. II, p. 118; Bissonnette, *op. cit.* (*supra* note 164); A. Verdross, *Völkerrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Vienne, Springer, 1964, p. 399; K. Zemanek, « La responsabilité des États pour faits internationaux illicites ainsi que pour faits internationaux licites », *Responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1987, p. 68; et K. Nagy, « The problem of reparation in international law », *Questions of International Law: Hungarian Perspectives*, H. Bokor-Szëgo, éd., Budapest, Akadémiai Kiadó, 1986, vol. 3, p. 178.

<sup>176</sup> À cette définition souscrivent notamment Anzilotti, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 524; E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », *Manual of Public International Law*, Max Sorensen, éd., Londres, Macmillan, 1968, p. 565; et Graefrath, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 77.

ticulier, la réparation par équivalent<sup>177</sup>. La primauté logique et chronologique de la restitution en nature est confirmée avant tout par la pratique, non seulement par l'application que la CPJI avait faite de cette règle dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*<sup>178</sup>, mais également dans les affaires où les États et les organes arbitraux n'avaient opté pour la réparation par équivalent qu'après avoir constaté de manière plus ou moins explicite que la *restitutio* ne pouvait être opérée pour telle ou telle raison<sup>179</sup>. Deuxièmement, et c'est plus important, la primauté de la restitution en nature est confirmée par le comportement des parties. Bien que conscientes des difficultés que pourrait impliquer la restitution en nature et parfois de l'improbabilité d'obtenir ce mode de réparation, les parties l'ont souvent préférée à la réparation par équivalent<sup>180</sup>. Cela étant, il serait inexact d'un point de vue

théorique et pratique de définir la restitution en nature comme le mode de réparation inconditionnellement ou invariablement idéal ou le plus approprié auquel il faut recourir dans tous les cas et en toutes circonstances. La réparation la plus appropriée ne peut se déterminer que cas par cas en vue de parvenir à la satisfaction la plus complète possible de l'intérêt qu'a l'État lésé à l'« effacement » de toutes les conséquences dommageables du fait illicite, dans le strict respect, bien entendu, des droits de l'État auteur. Il arrive assez souvent que les parties conviennent, ou que l'État lésé choisisse, de remplacer, totalement ou partiellement, la restitution en nature par une indemnité. Il n'est au demeurant nullement contradictoire de reconnaître, d'une part, que la réparation par équivalent est le mode de réparation le plus fréquent et de dire, d'autre part, que la réparation en nature, justement dénommée *naturalis restitutio*, est le tout premier mode de réparation à rechercher en vue de rétablir la situation d'origine ou la situation qui existerait si l'infraction n'était pas intervenue. La souplesse avec laquelle la restitution en nature doit être envisagée dans ses rapports avec les autres modes de réparation ne remet nullement en cause la primauté qu'il convient d'accorder à cette forme de réparation en tant que conséquence la plus directe ou immédiate du principe de base rappelé plus haut.

<sup>177</sup> Voir, dans ce sens, Personnaz, *op. cit.* (supra note 162), p. 83; P. Reuter, « Principes de droit international public », *Recueil des cours.* 1961-II, Leyde, Sijthoff, 1962, vol. 103, p. 596; Ténékidès, *loc. cit.* (ibid.), p. 790, par. 82; Nagy, *loc. cit.* (supra note 175), p. 173; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres, Longmans, Green, 1927, p. 149; Bissonnette, *op. cit.* (supra note 164), p. 19; G. Schwarzenberger, *International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1957, vol. I, p. 656 et 657; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (supra note 176), p. 567; Graefrath, *loc. cit.* (supra note 159), p. 77; Alvarez de Eulate, *loc. cit.* (supra note 161), p. 283; G. Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1961, t. III, p. 233.

<sup>178</sup> La Cour avait décidé au sujet de cette usine que l'État auteur avait l'obligation « de la restituer et, si cela n'[était] pas possible, d'en payer la valeur à l'époque de l'indemnisation destinée à remplacer la restitution devenue impossible », et que « l'impossibilité constatée par un accord des parties de restituer l'usine de Chorzów ne saurait donc avoir d'autre effet que celui de remplacer la restitution par le paiement de la valeur de l'entreprise » [arrêt du 13 septembre 1928 (supra note 140), p. 48].

Il faut cependant mentionner une tendance jurisprudentielle différente, qui conteste toute primauté ou priorité de la *naturalis restitutio*. Un exemple en est l'arrêt rendu par la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, dans laquelle la Cour, pour reprendre les termes de Jiménez de Aréchaga « a essayé de limiter la réparation à raison de violations du droit international à l'indemnisation monétaire » [*loc. cit.* (supra note 176), p. 566], en déclarant que

« [...] toutes les fautes, quelle qu'en soit l'origine, finissent par être évaluées en argent et transformées en obligation de payer; elles aboutissent toutes, ou peuvent aboutir, en dernière analyse, à une dette d'argent » [sentence du 11 novembre 1912 (Russie c. Turquie), Nations Unies, *Recueil*, vol. XI (numéro de vente : 61 V.4), p. 440].

Dans la mesure où cette opinion est antérieure à l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, on peut considérer qu'elle a été réformée par la CPJI.

<sup>179</sup> Voir, à cet égard, les affaires suivantes : réclamations concernant l'affaire *Biens britanniques au Maroc espagnol* [sentence du 1<sup>er</sup> mai 1925 (Royaume-Uni c. Espagne), Nations Unies, *Recueil*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 621 à 625 et 651 à 742]; *Propriétés religieuses expropriées par le Portugal* (sentence du 4 septembre 1920 [ibid., vol. I (numéro de vente : 1948.V.2), p. 7 et suiv.]); *Walter Fletcher Smith* [ibid., vol. II (supra note 171), p. 918]; et le différend *Héritiers Lebas de Courmont*, décision n° 213 du 21 juin 1957 de la Commission de conciliation franco-italienne [ibid., vol. XIII (numéro de vente : 64.V.3), p. 764].

<sup>180</sup> On se rappellera la demande initiale de l'Allemagne dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (voir supra note 140); la demande de la Grèce dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central* [Nations Unies, *Recueil* (supra note 141), p. 1407]; la demande du Royaume-Uni dans le *Différend pétrolier mexicain* (voir B. A. Wortley, « The Mexican oil dispute 1938-1946 », *The Grotius Society: Transactions for the Year 1957*, Londres, vol. 43, p. 27); la requête du Royaume-Uni dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* en vue d'obtenir l'annulation de la nationalisation de la compagnie et de la « rétablir dans l'état où elle se trouvait avant la loi [iranienne du 1<sup>er</sup> mai 1951] sur la nationalisation du pétrole » (C.I.J. *Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.*, p. 124 et arrêt du 22 juillet 1952, C.I.J. *Recueil* 1952, p. 93); et la réclamation de

4) C'est ce souci de souplesse qui a présidé à la formulation de la phrase liminaire de l'article 7, laquelle reconnaît un droit à l'État lésé et subordonne l'exécution de l'obligation de restitution en nature à une demande de l'État lésé dans ce sens.

5) Le lien entre cette obligation de restitution en nature et l'obligation originaire, primaire, à la charge de l'État auteur (ainsi que le droit originaire correspondant de l'État lésé) est quelque peu controversé. Selon une doctrine, ladite obligation ne serait pas tant l'un des modes de réparation -- et, à ce titre, l'un des aspects du lien nouveau résultant du fait illicite -- que l'« effet » continu de la relation juridique initiale<sup>181</sup>. En revanche, selon

la Belgique dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, selon laquelle l'État auteur doit être tenu « en principe et premièrement à l'effacement des conséquences des activités illicites de ses autorités par la remise des choses en l'état (*restitutio in integrum*) » [C.I.J. *Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962)*, vol. I, p. 183, par. 373].

Sont également importantes, bien qu'elles n'émanent pas d'États, les requêtes introduites contre le Gouvernement libyen par des sociétés étrangères nationalisées dans le but de faire annuler les mesures de nationalisation et rétablir la situation antérieure.

<sup>181</sup> Avancée pour la première fois par G. Balladore Pallieri (« Gli effetti dell'atto illecito internazionale », *Rivista di Diritto Pubblico*, Rome, série II, 23<sup>e</sup> année, 1<sup>re</sup> partie, 1931, p. 64 et suiv.), cette opinion semblerait avoir été reprise récemment par Ch. Dominicé (« Observations sur les droits de l'État victime d'un fait internationalement illicite », *Droit international* 2, Paris, Pedone, 1982, p. 25 à 31). De l'avis de ces deux auteurs, la *restitutio in integrum* différerait des diverses formes ou modalités que l'on assigne généralement à la réparation au sens large, parce que l'indemnisation pécuniaire (dommages-intérêts) et la satisfaction répondraient aux exigences de la situation nouvelle résultant du préjudice matériel ou moral subi par l'État lésé -- situation indépendante de la relation juridique initiale affectée par le fait illicite --, tandis que la *restitutio in integrum* resterait conforme à la relation juridique qui existait avant la survenance du fait illicite, à savoir un droit appartenant à l'une des parties et une obligation à la charge de l'autre, cette relation survivant intacte (sans novation ni altération) à l'infraction.

l'opinion majoritaire<sup>182</sup>, que la Commission partage, la restitution en nature est l'une des formes d'une obligation secondaire de réparer au sens large — obligation qui, pour reprendre les termes d'un auteur, « ne se substitue donc pas à l'obligation primaire du rapport juridique fondamental [...] mais [...] s'ajoute seulement à l'obligation originaire, du fait de la non-exécution de celle-ci, comme conséquence ou résultat de la non-exécution de l'obligation originaire »<sup>183</sup>. Cette démarche, qui préserve l'idée que l'obligation originaire survit à l'infraction, est conforme à la position de la Commission, laquelle considère la cessation et la restitution en nature comme deux remèdes distincts à la violation d'obligations internationales.

6) La doctrine fait généralement une distinction, selon le type de préjudice donnant lieu à réparation, entre la *restitutio* matérielle et la *restitutio* légale ou juridique. Comme exemples de restitution matérielle on peut citer la remise en liberté d'un individu incarcéré ou la remise à un État d'un individu qui a été arrêté sur son territoire<sup>184</sup>, la restitution de navires<sup>185</sup> ou d'autres types de biens<sup>186</sup>, y compris des documents, des œuvres d'art,

<sup>182</sup> Défendue par exemple par Reuter [*loc. cit.* (*supra* note 177), p. 595] dans les termes suivants :

« Sans doute la mise en cause de la responsabilité fait bien naître une obligation nouvelle, celle de réparer, mais celle-ci consiste principalement à remettre les choses en état, *restitutio in integrum*, c'est-à-dire à assurer l'exécution la plus parfaite possible à l'obligation originaire. »

Dans le même ordre d'idées, Graefrath, après avoir rappelé que la *restitutio in integrum* vise à rétablir la situation qui aurait existé en l'absence de l'infraction, précise :

« Il s'agit là, en réalité, de l'obligation d'effacer les conséquences de la violation des droits. » [*Loc. cit.* (*supra* note 159), p. 77.]

<sup>183</sup> Cepelka, *op. cit.* (*supra* note 159), p. 18.

<sup>184</sup> Pour des exemples de restitution matérielle portant sur des personnes, voir notamment les affaires du « Trent » (1861) et du « Florida » (1864), concernant toutes deux l'arrestation d'individus à bord de navires, dans Moore, *Digest*, vol. VII, p. 768 et suiv. et p. 1090 et 1091, et affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, dans laquelle la CIJ a exigé du Gouvernement iranien la libération immédiate de toutes les personnes (ressortissants des États-Unis d'Amérique) détenues en otage en Iran (*supra* note 142).

<sup>185</sup> Comme dans l'affaire du « *Giaffarieh* » (1886), qui avait son origine dans la capture en mer Rouge par ce navire de guerre égyptien de quatre navires marchands du port de Massawa, battant pavillon italien. Le Ministre italien des affaires étrangères avait fait savoir au consul général d'Italie au Caire que « l'acte commis par le *Giaffarieh* constituait une déprédation arbitraire, et [que l'Italie avait] le droit d'exiger, outre une indemnisation pour les dommages encourus, la restitution ou le remboursement de tout ce qui avait été saisi » [*La prassi italiana*, 1<sup>re</sup> série, vol. II, p. 901 et 902].

<sup>186</sup> L'affaire du *Temple de Préah Vihéar* constitue un exemple de restitution matérielle d'objets : dans son arrêt du 15 juin 1962 (*C.I.J. Recueil* 1962, p. 6 et suiv., notamment p. 36 et 37), la CIJ s'est prononcée en faveur du Cambodge qui demandait notamment la restitution de certains objets que les autorités thaïlandaises avaient enlevés du temple et de la zone avoisinante. Il y a aussi l'affaire *Aloisi* (1881), intervenue lors du conflit entre le Chili et le Pérou, qui avait trait à la saisie de biens appartenant à des marchands italiens par les autorités militaires chiliennes occupant la ville péruvienne de Quilca (voir *La prassi italiana*, 1<sup>re</sup> série, p. 867 et 868). Rappelons encore un certain nombre d'affaires où la Commission de conciliation franco-italienne instituée par le Traité de paix de 1947 avait décidé la restitution, notamment celle de l'*Hôtel Métropole* [décision n° 65 du 19 juillet 1950, Nations Unies, *Recueil*, vol. XIII (numéro de vente : 64.V.3), p. 219], le différend *Oroz* [décision n° 85 du 18 septembre 1950 (*ibid.*, p. 240)] et le différend *Dame Hénon* [décision n° 109 du 31 octobre 1951 (*ibid.*, p. 249)]. Étant donné, cependant, que ces décisions découlent de dispositions conventionnelles relatives à la restitution d'objets, on peut se demander à bon droit si elles s'appliquent aux fins de déterminer la teneur d'une règle de droit commun ou de droit coutumier.

voire des sommes d'argent<sup>187</sup>. Le terme « restitution juridique » est employé dans le cas où l'exécution de la restitution requiert ou suppose la modification d'une situation juridique, soit dans le cadre du système juridique de l'État auteur, soit dans le cadre des relations juridiques internationales entre l'État auteur et un ou plusieurs autres États. Les hypothèses de restitution juridique sont l'abrogation, l'annulation ou la modification d'une disposition constitutionnelle ou législative promulguée en violation d'une règle du droit international<sup>188</sup>, l'annulation d'un acte administratif ou d'une décision judiciaire pris illégalement à l'encontre de la personne ou des biens d'un étranger<sup>189</sup> et l'annulation d'un traité<sup>190</sup>.

<sup>187</sup> Entre autres exemples, on retiendra : l'affaire du « *Macedonian* » (1863), dans laquelle le Roi des Belges, Léopold I<sup>er</sup>, choisi comme arbitre, décida « que le Gouvernement du Chili [devait] restituer à celui des États-Unis les trois cinquièmes des 70 400 piastres ou dollars saisis », plus 6 % d'intérêts, c'est-à-dire la somme confisquée à un ressortissant américain par des insurgés chiliens (Lapradelle-Politis, t. II, p. 182 et suiv., notamment p. 204); l'affaire du « *Presto* » (1864), dans laquelle le Ministre italien des affaires étrangères, reconnaissant que les services douaniers de Licata avaient imposé par erreur le paiement d'un droit au navire norvégien le « *Presto* », avait ordonné la restitution de la somme indûment perçue (*La prassi italiana*, 1<sup>re</sup> série, p. 878 et 879); et l'affaire *Emanuele Chiesa* (1884), dans laquelle le Gouvernement chilien avait restitué, avec les intérêts, la somme dont le paiement avait été imposé à un ressortissant italien, accusé arbitrairement de collaboration avec le Pérou, durant le conflit entre le Chili et le Pérou (*ibid.*, p. 899 et 900). On trouve de nombreux autres exemples dans la pratique des commissions mixtes de réclamations : voir notamment les affaires *Turnbull et Orinoco Company* (Nations Unies, *Recueil*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 26 et suiv.); l'affaire de la *Compagnie générale des asphaltes de France* (*ibid.*, p. 389 et suiv.), l'affaire *Palmarejo and Mexico Gold Fields* (*ibid.*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 298 et suiv.); l'affaire de la *Società Anonima Michelin Italiana* (*ibid.*, vol. XIII (numéro de vente : 64.V.3), p. 625); et l'affaire *Wollemborg* (*ibid.*, vol. XIV (numéro de vente : 65.V.4), p. 291).

Les actions peuvent également faire l'objet d'une *restitutio*. Dans l'affaire des *Chemins de fer de Buzau-Nehoiasi* entre l'Allemagne et la Roumanie, par exemple, la sentence rendue le 7 juillet 1939 par le tribunal arbitral prévoyait la restitution à une société allemande (Berliner Handels-Gesellschaft) de 1 196 actions de la Société anonyme roumaine du Chemin de fer de Buzau-Nehoiasi, suite à la demande formulée par le Gouvernement allemand à cet effet (*ibid.*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1839).

<sup>188</sup> Mention peut être faite dans ce contexte de l'abrogation du *paragraphe 2 de l'Article 61 de la Constitution de Weimar* (Constitution du Reich du 11 août 1919), qui, en violation du Traité de Versailles du 28 juin 1919, prévoyait la participation de représentants de l'Autriche au Reichstag allemand; à la suite des protestations de la France, l'Allemagne avait abrogé la disposition [*loc. cit.* (*supra* note 167), p. 1094].

<sup>189</sup> Dans l'affaire *Martini*, par exemple, le tribunal arbitral avait décidé (sentence du 3 mai 1930) que le Gouvernement vénézuélien était dans l'obligation d'annuler l'arrêt de la Cour fédérale et de cassation du Venezuela, laquelle avait résilié le contrat de concession ferroviaire et minière accordé à une société italienne (Nations Unies, *Recueil*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 973 et suiv.).

<sup>190</sup> Dans l'affaire du *Traité Bryan-Chamorro*, El Salvador demandait que :

« [...] le décret approprié soit promulgué et fixe la situation juridique devant être maintenue par le Gouvernement nicaraguayen sur la matière faisant l'objet de la plainte, afin que les choses faisant l'objet du différend [fussent] préservées dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion et la ratification du Traité Bryan-Chamorro ».

Après s'être prononcé sur le statut juridique de la baie de Fonseca, la Cour centraméricaine décida ce qui suit :

« [...] »

*Troisième* : [...] que par la concession d'une base navale dans le golfe de Fonseca, le Traité Bryan-Chamorro du 5 août 1914 menace la sécurité nationale d'El Salvador et viole ses droits de propriété conjointe dans ledit golfe [...].

7) La Commission n'a vu aucune nécessité de faire une place dans le texte de l'article 7 à la distinction doctrinale entre *restitutio* matérielle et *restitutio* juridique, que, du point de vue des rapports découlant d'un fait internationalement illicite, elle considère comme relative. En premier lieu, on ne conçoit guère de restitution — que ce soit d'un territoire, de personnes ou de biens meubles — devant être effectuée par un État qui n'implique que des opérations purement matérielles. Rendre un territoire illégalement occupé ou annexé, reculer une ligne de douanes illégalement avancée, rendre la liberté à une personne illégalement arrêtée ou détenue, ou réinstaller chez elles un groupe de personnes illégalement expulsées et expropriées suppose des mesures de caractère juridique prises à l'échelon constitutionnel, législatif, judiciaire ou administratif, ou à plusieurs de ces échelons à la fois. De ce point de vue, la *restitutio* a essentiellement un caractère juridique. La *restitutio* matérielle ne sera, en pareil cas, rien de plus que la traduction dans les faits de dispositions juridiques. Sauf de rares exceptions comme le cas banal de gardes frontière ayant pénétré par mégarde et sans intention de nuire en territoire étranger, ou encore celui d'un diplomate rudoyé par un agent de police lors d'un embouteillage (deux cas qui ne mériteraient probablement pas la qualification de fait internationalement illicite), il semblerait assez difficile d'imaginer des cas de *restitutio* internationale purement matérielle. En pratique, toute restitution internationale en nature consistera essentiellement en une *restitutio* juridique en vertu du droit de l'État auteur, accompagnant ou précédant la *restitutio* matérielle<sup>191</sup>. En second lieu, il ne

faut pas oublier que, du point de vue du droit international, conformément à la séparation généralement admise entre les systèmes juridiques, les règles de droit national, de même que les décisions administratives et judiciaires, doivent être considérées comme de simples faits. Il est utile de rappeler ici ce que la CPJI avait déclaré, à cet égard, quand elle avait eu à répondre à la question de savoir s'il lui appartenait de s'occuper, dans le cadre d'un arrêt international, d'un élément du droit interne d'un État :

On pourrait se demander si une difficulté ne surgit pas du fait que la Cour devrait s'occuper de la loi polonaise du 14 juillet 1920. Tel ne semble cependant pas être le cas. Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. La Cour n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne<sup>192</sup>.

8) La Commission conclut que, dans la mesure où la distinction entre *restitutio* matérielle et *restitutio* juridique est utile dans le système juridique national de l'État auteur, elle ne fait que souligner la diversité des opérations que les institutions dudit État doivent faire pour que la restitution en nature ait lieu. Un premier ensemble d'actions, que l'on peut regrouper sous la catégorie de *restitutio* matérielle, comprend les actions des organes de l'État qui, du point de vue du droit interne, n'exigent pas de modification d'ordre juridique. Un second groupe d'actions comprendrait celles des organes législatifs, administratifs ou judiciaires, qui ont un effet juridique du point de vue du droit interne de l'État auteur et en l'absence desquelles la restitution ne pourrait être réalisée. Il s'ensuit qu'en règle générale, la *restitutio* matérielle et la *restitutio* juridique ne doivent pas être considérées comme des formes de réparation différentes, mais comme des aspects distincts d'une seule et même forme de réparation.

9) Dans l'hypothèse où la *restitutio* ne présente que des aspects juridiques internationaux (et non purement nationaux), la distinction pourrait apparaître plus importante, étant donné que l'opération juridique nécessaire comporterait la modification d'une relation, d'une situation ou d'une règle internationale. Tel serait le cas si, par exemple, la *restitutio* par l'État auteur A en faveur de l'État lésé B comportait l'annulation d'un traité avec un État C, ou encore si la *restitutio* par l'État A à l'État B comportait la renonciation à une demande ou l'annulation ou le retrait d'un acte unilatéral. Dans ce contexte, la question se pose de savoir dans quel sens et dans quelles conditions la décision d'une tierce partie (d'un organe international permanent ou ad hoc) pourrait opérer directement — par la modification ou l'annulation de situations, décisions ou règles juridiques — une forme quelconque de *restitutio* juridique dans le cadre du droit national de l'État auteur ou dans celui du droit international lui-même. S'agissant du droit national, on trouve effectivement dans la doctrine des références aux « invalidités » ou « nullités » qui, en vertu du droit international, frappent certains actes administratifs ou judiciaires ou des

Quatrièmement : que ledit traité viole les articles II et IX du Traité de paix et d'amitié conclu par les États d'Amérique centrale à Washington, le 20 décembre 1907;

Cinquièmement que le Gouvernement nicaraguayen est dans l'obligation, en employant pour cela tous les moyens possibles prévus par le droit international, de rétablir et de maintenir la situation juridique qui existait avant le Traité Bryan-Chamorro entre les États plaideurs en ce qui concerne les questions considérées dans la présente action [...] » [Anales de la Corte de Justicia centroamericana, San José (Costa Rica), vol. VI, n<sup>o</sup> 16 à 18 (décembre 1916-mai 1917), p. 7, AJIL, Washington (D.C.), vol. 11, 1917, p. 674 et suiv., et plus précisément p. 683 et 696].

Autre exemple, dans l'affaire du Statut juridique du Groenland oriental, le Danemark concluait sa requête en demandant à la CPJI de dire et juger que :

« la promulgation de l'occupation susmentionnée ainsi que toute mesure prise à cet égard par le Gouvernement norvégien constitu[ai]ent une infraction à l'état juridique existant, et, par conséquent, [étaient] illégales et non valables » [arrêt du 5 avril 1933 (*supra* note 170), p. 23].

La Cour décida :

« que la déclaration d'occupation promulguée par le Gouvernement norvégien en date du 10 juillet 1931, ainsi que toutes mesures prises à cet égard par ce même gouvernement, constituent une infraction à l'état juridique existant, et, par conséquent, sont illégales et non valables » (ibid., p. 75)

<sup>191</sup> On peut rappeler comme exemple d'affaire où l'élément juridique et l'élément matériel sont étroitement liés celle de l'*Université Peter Pázmány*, où la CPJI avait décidé, en rejetant l'argument de la Tchécoslovaquie (selon lequel, sur la base du Traité de Trianon du 4 juin 1920, il n'y avait pas de fondement à la restitution) :

« b) que le Gouvernement tchécoslovaque [devait] restituer à l'Université royale hongroise Peter Pázmány de Budapest les biens immobiliers qu'elle [réclamait], libérés de toutes mesures de disposition, d'administration forcée ou de séquestre, et dans l'état où ils se trouvaient avant l'application de ces mesures » [Appel contre une sentence (voir *supra* note 169), p. 249]

Il est évident que, dans cette affaire, la *restitutio* supposait à la fois des actes juridiques et des actes matériels

<sup>192</sup> Affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise* (fond), arrêt du 25 mai 1926, C.P.J.I. série A, n<sup>o</sup> 7, p. 19

dispositions législatives ou constitutionnelles<sup>193</sup>. Dans la pratique, l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*<sup>194</sup> est l'exemple le plus connu de recours à des notions semblables. La Commission est d'avis 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<sup>195</sup>. 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<sup>196</sup>, 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.

10) Le droit qu'a l'État lésé à la restitution en nature n'est pas illimité. Il est soumis aux exceptions énumérées aux alinéas *a* à *d* de l'article 7. Le membre de phrase « dès lors et pour autant qu'une telle restitution en nature », qui précède l'énumération des exceptions, précise bien que, si la restitution en nature n'est que partiellement exclue dans le cas de l'une quelconque de ces exceptions, la fraction qu'il est possible d'en assurer est due.

<sup>193</sup> Voir, par exemple, F. A. Mann, « The consequences of an international wrong in international and municipal law », *The British Year Book of International Law*, 1976-1977, vol. 48, p. 5 à 8.

<sup>194</sup> Voir *supra* note 170.

<sup>195</sup> Dans le même esprit, Graefrath indique :

« En général, cependant, l'élimination d'un acte contraire au droit international nécessite une action nouvelle, étant donné que l'illicéité, en droit international, n'implique généralement pas invalidité en droit interne. » [*Loc. cit. (supra* note 159), p. 78.]

<sup>196</sup> Ce qui pourrait se rapprocher le plus d'une restitution juridique internationale réalisée directement par décision judiciaire semble être l'arrêt rendu dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex* (C.P.J.I. série A/B, n° 46, arrêt du 7 juin 1932, p. 96). La CPJI, après avoir décidé, en se fondant sur l'article 1<sup>er</sup> du compromis d'arbitrage conclu entre la Suisse et la France, que l'article 435, al. 2, du Traité de Versailles, « n'a pas abrogé et n'a pas pour but de faire abroger les stipulations » des instruments internationaux antérieurs touchant « la structure douanière et économique » des deux zones, a conclu (s'agissant de la question qui lui était soumise au titre de l'article 2 du compromis) :

« Sur les questions visées à l'article 2, alinéa premier, du compromis

« Que le Gouvernement français doit reculer sa ligne de douanes conformément aux stipulations desdits traités et actes, ce régime devant rester en vigueur tant qu'il n'aura pas été modifié par l'accord des parties. » (Ibid., p. 172.)

Bien que la Cour n'ait pas expressément indiqué que sa décision comportait, pour la France, une obligation de *restitutio*, l'obligation de reculer la ligne des douanes implique à l'évidence, outre la cessation d'une situation qui n'est pas conforme au droit international, le rétablissement du *statu quo ante*, ce qui constitue l'aspect essentiel de la *restitutio*.

11) La première exception à la restitution en nature est son impossibilité, qui est avant tout une impossibilité factuelle ou matérielle, laquelle est traitée à l'alinéa *a*. Dans le cas de la restitution matérielle, l'impossibilité totale ou partielle dérive du fait que la nature de l'événement et de ses effets dommageables a rendu la *restitutio* physiquement impossible<sup>197</sup>. 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. Il s'agit de façon tout à fait évidente de la conséquence de l'adage : « À l'impossible, nul n'est tenu ».

12) Une deuxième exception, visée à l'alinéa *b*, a trait au cas où la restitution en nature trouve un obstacle dans une norme impérative du droit international. Comme on l'a déjà noté, la question générale de l'impossibilité juridique d'opérer la restitution recouvre l'impossibilité découlant d'obstacles juridiques internationaux et l'impossibilité découlant d'obstacles de droit interne. Ce dernier aspect a été traité à l'article 6 *bis*<sup>198</sup>, puisque, ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 10 du commentaire de cet article, la question peut se poser à propos de n'importe quelle forme de réparation, même si, dans la pratique, elle s'est ordinairement présentée à propos de la restitution en nature. En ce qui concerne l'impossibilité découlant d'obstacles juridiques internationaux, l'alinéa *b* du présent article lui confère une portée restreinte, limitée au cas où la restitution en nature violerait une norme impérative du droit international. Dans les autres cas d'une impossibilité juridique « découlant du droit international », il n'y a pas vraiment « impossibilité » d'exécuter l'obligation juridique de procéder à la restitution en nature. L'impossibilité découle plus précisément de la relativité des situations internationales. Il est clair que, 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.

13) Dans ce contexte, la Commission a examiné la question de la relation entre la règle générale qui place l'État auteur dans l'obligation de fournir une *restitutio in integrum* et la notion de compétence nationale. Elle est parvenue à la conclusion que cette notion ne saurait ni ne

<sup>197</sup> Les auteurs sont unanimes à noter que « la notion d'impossibilité physique ou matérielle ne pose pas de difficulté : il est évident qu'aucune restitution *in integrum* ne peut être accordée si, par exemple, un navire saisi illégalement a sombré » [Jiménez de Aréchaga, *loc. cit. (supra* note 176), p. 566] ou si l'objet est définitivement perdu ou détruit [Balladore Pallieri, *loc. cit. (supra* note 181), p. 720] ou, comme l'a suggéré Salvioli, « s'il n'y en a pas d'autres de la même espèce » [*loc. cit. (supra* note 159) p. 237]. Alvarez de Eulate parle de « situations irréversibles » et formule quelques hypothèses : « le défaut d'identité entre la situation originelle et l'état actuel, en particulier du fait du passage du temps [...] ; la disparition ou la destruction des biens » [*loc. cit. (supra* note 161), p. 268-269]. On trouvera un point de vue semblable dans D. P. O'Connell, *International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1970, vol. II, p. 1115, et Schwarzenberger, *op. cit. (supra* note 177), p. 655 et 658. On trouvera également mention de l'impossibilité matérielle ou physique dans la jurisprudence, en particulier après l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (voir *supra* note 140).

<sup>198</sup> Aux termes du paragraphe 3 de l'article 6 *bis*, l'État auteur ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement.

devrait remettre en question une quelconque autre obligation (primaire ou secondaire) découlant du droit international. L'existence même d'une obligation internationale exclut qu'il puisse y avoir atteinte à la compétence d'un État quand celui-ci est requis de se conformer à cette obligation. En ce qui concerne en particulier le droit interne de l'État auteur, il ne faut pas oublier qu'il n'existe pratiquement pas de règle internationale dont l'observation n'ait de répercussion sur le droit interne de l'État qui est lié par cette règle. L'idée que la compétence nationale, et le principe de la non-intervention dans celle-ci, puisse entrer en conflit, de quelque façon que ce soit, avec l'obligation de fournir une restitution en nature ou tout autre mode de réparation ou, du reste, la simple cessation ou la suspension du comportement illicite semble découler d'une confusion entre, d'une part, le droit de l'État lésé d'obtenir la *restitutio* (ou toute autre forme de réparation) en raison d'un droit fondamental et, d'autre part, le droit d'un État lésé « qui n'a pas obtenu satisfaction » de prendre des mesures pour obtenir la cessation et/ou une réparation. À la différence du droit fondamental à la cessation ou la réparation, ces mesures doivent être sujettes, sauf dans le cas de certains crimes à déterminer, aux limites de la compétence nationale. En d'autres termes, le respect de la compétence nationale est une condition de la légalité d'une décision d'un État ou d'un organe international. Il n'est pas et ne saurait, à l'évidence, être une condition de la légalité d'une règle ou obligation juridique internationale.

14) La troisième exception à laquelle est soumis le droit d'obtenir la *restitutio*, qui fait l'objet de l'*alinéa c*, 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. Elle trouve confirmation tant dans la doctrine que dans la pratique. De fait, un certain nombre d'auteurs soutiennent que, même si le rétablissement du *statu quo ante* ou de la situation qui aurait existé si le fait illicite ne s'était pas produit était matériellement et/ou juridiquement impossible, il ne serait, pour reprendre l'expression de l'un d'entre eux, « pas raisonnable de faire droit à une demande de *restitutio in integrum*, si ce mode de réparation devait imposer une charge disproportionnée à l'État coupable et si le tort pouvait être réparé par une indemnisation pécuniaire »<sup>199</sup>. On retrouve une démarche analogue au paragraphe 3 de l'article 9 du projet de convention sur la responsabilité des États pour les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers, établi en 1930 par la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht<sup>200</sup>, qui est ainsi conçu :

3. Le rétablissement de la situation ne peut être exigé lorsque cette demande est abusive et, en particulier, lorsque ledit rétablissement serait une source de difficultés disproportionnées avec les intérêts de la personne lésée

<sup>199</sup> J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leyde, Sijthoff, 1973, vol. VI, p. 744. Une position analogue a été adoptée par Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 89 et 90; et Nagy, *loc. cit.* (*supra* note 175), p. 177.

<sup>200</sup> Reproduit dans *Annuaire 1969*, vol II, p. 155, doc. A/ CN 4/217 et Add. I, annexe VIII

L'*alinéa c* est pareillement fondé sur une comparaison entre la situation de l'État auteur et celle de l'État lésé. La Commission n'ignore pas que, pour certains auteurs, c'est la charge imposée à l'État auteur et la gravité du fait illicite que l'on devrait comparer<sup>201</sup>. Envisagée dans cette perspective, la limite que constitue une charge trop onéreuse serait plus ou moins importante selon la dimension qualitative et quantitative du fait illicite du chef duquel la réparation est demandée. En effet, dans le cas des faits illicites les plus graves, tels l'agression ou le génocide, il serait inéquitable que l'effort de réparation incombant à l'État auteur — y compris précisément la restitution en nature la plus complète — soit considéré comme excessif par rapport à la violation commise par cet État. C'est là une question que la Commission examinera à fond lorsqu'elle analysera les conséquences juridiques des crimes internationaux.

15) On peut considérer que cette exception, telle qu'elle est formulée à l'*alinéa c*, sous-tend un certain nombre de sentences arbitrales, en particulier celles visées au paragraphe 12 du commentaire de l'article 6 *bis*. Il convient aussi de mentionner dans ce contexte l'affaire des *Forêts du Rhodope central*, dans laquelle l'arbitre, tout en admettant qu'en principe la *restitutio* serait préférable, l'avait estimée moins réalisable que l'indemnisation, nonobstant les difficultés que celle-ci soulèverait également<sup>202</sup>.

16) L'expression « hors de toute proportion » signifie clairement que l'État auteur du fait illicite n'est déchargé de son obligation d'assurer la restitution que s'il existe une grave disproportion entre la charge que ce mode de réparation lui imposerait et l'avantage que l'État lésé en tirerait. La Commission n'ignore pas que, en pratique, il peut se révéler difficile, d'une part, de comparer la charge imposée à l'État auteur par la restitution en nature et l'avantage qu'aurait l'État lésé à obtenir la restitution au lieu d'une indemnisation et, d'autre part, de peser l'avantage que l'État lésé tirerait de la restitution en nature et celui que lui procurerait l'indemnisation. Cela dit, en pratique, les États intéressés parviendront normalement à s'entendre sur la question, qui sera donc réglée par consensus. S'il était nécessaire de recourir en dernier ressort au règlement par une tierce partie, il faudrait parvenir à un équilibre équitable entre les intérêts antagonistes en jeu en s'appuyant sur les faits.

17) L'*alinéa d* prévoit que la restitution en nature ne s'impose pas impérativement à l'État auteur 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

<sup>201</sup> Selon Personnaz, par exemple, « on ne doit pas exiger de l'auteur de l'acte dommageable un trop grand effort, disproportionné avec la gravité de son manquement » (*op. cit.* (*supra* note 162), p. 89 et 90). Dans le même esprit, l'article 7 du projet de traité sur la responsabilité de l'État pour faits illicites internationaux, établi en 1927 par Karl Strupp, dispose :

« L'État lésé ne jouit pas d'une liberté de choix illimitée en ce qui concerne la réparation. Celle-ci ne peut être ni d'une gravité disproportionnée par rapport au dommage initial ni d'un caractère humiliant. »

(Reproduit dans *Annuaire 1969*, vol II, p. 157, doc. A/CN.4/217 et Add. I, annexe IX.)

<sup>202</sup> Voir *supra* note 141

comparable pour l'État lésé. Le texte implique que, si les termes de la comparaison sont égaux, l'intérêt de l'État lésé l'emporterait, et la restitution en nature devrait être assurée. La Commission n'ignore pas que l'alinéa *d* se rapporte à des situations très exceptionnelles et présente sans doute plus d'intérêt rétrospectivement qu'à l'heure actuelle, essentiellement en raison de l'importance croissante des accords bilatéraux relatifs aux investissements. Le domaine de l'investissement étranger, auquel il a principalement trait, a beaucoup évolué — sous l'influence notamment d'un certain nombre de résolutions très importantes de l'Assemblée générale<sup>203</sup>. La Commission conclut que toute disposition concernant l'indemnisation est en fait liée au contenu de la règle primaire et de ses conditions plutôt qu'au contenu de la règle secondaire de la réparation. Toutefois, dans la mesure où la question est pertinente dans le cadre des règles dites « secondaires », la Commission estime que la nature et le quantum de la réparation sont avant tout fonction du caractère légal ou illégal de la nationalisation. Sont légales les nationalisations qui remplissent les deux conditions fondamentales que sont l'intérêt public et la non-discrimination. Sont illégales les nationalisations qui ne remplissent pas ces deux conditions. Contrairement à la nationalisation illégale, qui appelle une réparation intégrale (c'est-à-dire restitution en nature et indemnisation), la nationalisation légale appellerait une indemnisation adéquate. La non-exécution de ces obligations constituerait bien entendu, en elle-même, un fait internationalement illicite.

---

<sup>203</sup> Il est à peine nécessaire de rappeler des résolutions de l'Assemblée générale telles que les résolutions 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 et 3171 (XXVIII) du 17 décembre 1973, relatives à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international [résolution 3201 (S-VI) du 1<sup>er</sup> mai 1974] et la Charte des droits et devoirs économiques des États [résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974]. Sur le principe de l'autodétermination et le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles en rapport avec la question des nationalisations en droit international, voir R. Bystricky, « En marge de quelques problèmes de droit international en rapport avec la nationalisation socialiste », *VI<sup>e</sup> Congrès de l'Association internationale de juristes démocrates, Bruxelles, 22-25 mai 1956*, Bruxelles [s.d.], p. 15.

Article 44 [8]

Indemnisation

1. L'Etat lésé est en droit d'obtenir de l'Etat 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'Etat lésé et peut comprendre des intérêts et, le cas échéant, le manque à gagner.

Commentaire \*/

1) L'indemnisation est le mode de réparation le plus souvent recherché à la suite d'un fait internationalement illicite. Comme la CPJI l'avait affirmé dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond), il est « un principe de droit international que la réparation d'un tort peut consister en une indemnité [...] C'est même la forme de réparation la plus usitée »<sup>204</sup>. L'indemnisation n'est pas le seul mode de réparation consistant dans le paiement d'une somme d'argent : les dommages-intérêts symboliques ou les dommages-intérêts correspondant à la gravité du manquement, tous deux traités à l'article 10 relatif à la satisfaction, sont eux aussi de nature pécuniaire, mais ils remplissent une fonction distincte de celle de l'indemnisation, même si l'on considère qu'il y a une part de rétribution dans toute forme de réparation.

---

\* Annuaire ... 1993, vol II (deuxième partie), p. 70 à 79 (commentaire de l'ancien article 8).

<sup>204</sup> Arrêt n° 13 du 13 septembre 1928, *C.P.J.I. série A*, n° 17, p. 27 et 28.

2) La distinction entre le paiement d'une somme d'argent à titre d'indemnisation et le paiement d'une somme d'argent à titre de sanction est généralement reconnue et fréquemment soulignée par les auteurs<sup>205</sup>. On trouve aussi des indications expresses dans le même sens dans la jurisprudence. Dans l'affaire du « *Lusitania* », par exemple, l'arbitre s'était exprimé clairement en déclarant :

La conception fondamentale des dommages-intérêts est la satisfaction, la réparation d'une *perle*\* subie, une *compensation*\* octroyée par voie judiciaire pour un préjudice. La réparation doit être proportionnelle au préjudice, de façon à ce que la partie lésée retrouve la totalité de ce qu'elle a perdu. Le fait d'imposer une amende du nom de dommages-intérêts en ajoutant comme qualificatifs les mots « à titre d'exemple, de vengeance ou de punition », est une confusion de termes regrettable, qui conduit inévitablement à une confusion de pensée [...] <sup>206</sup>

Autre exemple, dans l'affaire de 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*, le tribunal arbitral avait différencié sans ambiguïté les conséquences du point de vue de la réparation des conséquences pénales de la conduite de l'Allemagne<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> Voir, par exemple, C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, New York University Press, 1928 :

« Le mode habituel de réparation, lorsque le rétablissement de l'état initial est impossible ou insuffisant, est le versement d'indemnités [...] On a coutume de dire que les dommages-intérêts fixés doivent servir uniquement à indemniser le préjudice subi\* et qu'ils ont donc un caractère compensatoire plutôt que punitif\* [...] » (p. 189).

Dans le même esprit, voir Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (*supra* note 176).

<sup>206</sup> Sentence du 1<sup>er</sup> novembre 1923 [Nations Unies, *Recueil*, vol. VII (numéro de vente : 1956.V.5), p. 32 et suiv., notamment p. 39]; tr. française dans Witenberg, t. I, p. 22 et suiv.

<sup>207</sup> Sentence du 30 juin 1930 (Portugal c. Allemagne) [Nations Unies, *Recueil*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 1035 et suiv.]. Le tribunal avait déclaré :

« En sus de la réparation des dommages proprement dits, causés par les actes commis par l'Allemagne pendant la période de neutralité, le Portugal réclame une indemnité de deux milliards de marks or en raison « de toutes les offenses à sa souveraineté et pour les attentats contre le droit international ». Il motive cette réclamation en exposant que l'indemnité qui sera accordée de ce chef « donnera la mesure de la gravité des actes pratiqués vis-à-vis du droit international et des droits des peuples », et « qu'elle aidera [...] à faire savoir que ces actes ne pourront impunément continuer à être pratiqués. Outre la sanction de la désapprobation par les consciences et par l'opinion publique internationale, ils auront la sanction matérielle correspondante [...] »

3) Pour formuler les règles régissant l'indemnisation, la Commission a été amenée à examiner la tendance naturelle des commissions et tribunaux arbitraux à s'inspirer des règles du droit privé, et en particulier du droit romain<sup>208</sup>. Elle a en même temps reconnu avec la majorité de la doctrine<sup>209</sup>, qu'il était impossible, vu le nombre et la diversité des cas concrets, de trouver ou même de concevoir des règles très détaillées applicables mécaniquement et uniformément à tous les cas ou groupes de cas. Elle en a donc conclu que les règles relatives à l'indemnisation seraient nécessairement assez générales et souples, quand bien même elles pourraient être formulées de manière à inclure les droits de l'État lésé et les obligations correspondantes de l'État auteur du fait illicite.

4) Aux termes du *paragraphe 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 ». Cette notion de « droit », l'exigence d'un lien de causalité et la relation entre indemnisation et restitution en nature seront successivement analysées ci-après.

5) Comme tous les autres articles relatifs à la réparation, l'article 8 consacre un droit de l'État lésé et subordonne l'exécution de l'obligation d'indemniser à une demande en ce sens de la part de cet État.

6) L'exigence d'un lien de causalité entre le fait illicite et le dommage appelle de plus amples observations. Si cette exigence elle-même est universellement tenue pour acquise, la distinction entre les conséquences dont on

peut considérer qu'elles découlent d'un acte illicite, et sont de ce fait indemnisables, et celles qui ne doivent pas être considérées comme telles et qui ne donnent donc pas lieu à indemnisation a énormément retenu l'attention, en doctrine comme en pratique. Il fut un temps où la question était examinée sous l'angle de la distinction entre le préjudice « direct » et le préjudice « indirect », mais cette approche devait susciter des doutes en raison de l'ambiguïté et du peu d'utilité de cette distinction<sup>210</sup>. Dans la doctrine internationale<sup>211</sup>, l'expression « dommage indirect » a servi à justifier des décisions de ne pas accorder de dommages-intérêts, sans pour autant préciser quelle sorte de lien entre l'événement et le dommage justifierait pour ce dernier le qualificatif « indirect »<sup>212</sup>. Il est également intéressant de mentionner dans ce contexte deux déclarations de la Commission mixte de réclamations germano-américaine. La première déclaration, qui figure dans la décision rendue par la Commission dans l'affaire *South Porto Rico Sugar Company*<sup>213</sup>, qualifie le terme « indirect » appliqué au dommage d'« impropre, inexact et ambigu », et la distinction entre dommage « direct » et dommage « indirect » de « souvent illusoire et fantaisiste ». La seconde déclaration, tirée de la décision administrative n° II de la Commission, en date du 1<sup>er</sup> novembre 1923, est la suivante :

[...] Peu importe que le dommage ait été subi directement ou non, pourvu que la perte dont on se plaint soit clairement reliée, et sans solution de continuité, à l'acte de l'Allemagne [...]»<sup>214</sup>.

7) Plus que le caractère direct du dommage, le critère est donc la présence d'un lien de causalité clair et ininterrompu entre l'acte illicite et le préjudice pour lequel des dommages-intérêts sont réclamés. Pour que le préjudice soit indemnisable, il est nécessaire qu'il soit lié à un acte illicite par une relation de cause à effet<sup>215</sup>, et tel est le cas lorsque le déroulement normal et naturel des événements indique que le préjudice est une conséquence logique de l'acte illicite ou que l'auteur dudit acte aurait pu prévoir le dommage que son acte causerait. Bien que les conditions de normalité et de prévisibilité coexistent presque toujours (en ce sens qu'on aurait pu également prévoir que le dommage serait causé s'il était dans la norme)<sup>216</sup>, l'importance respective que leur accorde la pratique varie. La prévisibilité prévaut dans la pratique judiciaire. Un exemple clair en est la sentence rendue dans l'affaire des *Colonies portugaises* (incident de Nau-

« Il résulte très clairement de cela qu'il ne s'agit pas, en réalité, d'une indemnité, de la réparation d'un préjudice matériel ni même moral, mais bien d'une sanction, d'une peine infligée à l'État coupable et inspirée, comme les peines en général, par les idées de rétribution, d'avertissement et d'intimidation. Or il est évident qu'en confiant à un arbitre le soin de fixer le montant des réclamations introduites pour ces actes commis pendant la période de neutralité les Hautes Parties contractantes n'ont pas entendu l'investir d'un pouvoir répressif. Non seulement le paragraphe 4 qui institue sa compétence est contenu dans la partie X du *Traité*, intitulée « *Clauses économiques* » tandis que c'est la partie VII qui traite des « *sanctions* » mais en outre il serait contraire aux intentions nettement exprimées des puissances alliées d'admettre qu'elles ont envisagé la possibilité de frapper l'Allemagne de peines pécuniaires en raison des actes qu'elle a commis, l'article 232, al. 1, portant expressément qu'elles reconnaissent que même la simple réparation des pertes proprement dites causées par elle dépasserait sa capacité financière. La sanction réclamée par le Portugal est donc en dehors à la fois des sphères des compétences des arbitres et du cadre du *Traité*. » (Ibid., p. 1076 et 1077)

<sup>208</sup> L'influence des règles du droit privé est reconnue par de nombreux auteurs, dont Nagy, *loc. cit.* (supra note 175), p. 178 et 179; Cepelka, *op. cit.* (supra note 159); L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris, Sirey, 1938, p. 161 et 162; et Anzilotti, *op. cit.* (supra note 162), p. 524. Toutefois, ces deux derniers auteurs ne sont pas d'accord sur le statut des principes de droit interne tels qu'ils sont appliqués dans la jurisprudence internationale correspondante. Pour Anzilotti, les tribunaux internationaux, en faisant appel aux règles de droit privé, n'appliquent pas le droit interne en tant que tel; ils appliquent des principes juridiques internationaux calqués sur les principes ou les règles du droit interne. Reitzer, pour sa part, considère que les règles du droit privé ne font pas partie du droit international général.

<sup>209</sup> Graefrath, *loc. cit.* (supra note 159), p. 101. Voir aussi Verzijl, *op. cit.* (supra note 199), p. 746 et 747; Eagleton, *op. cit.* (supra note 205), p. 191; Reitzer, *op. cit.* (supra note 208); et Gray, *op. cit.* (supra note 160), p. 33 et 34.

<sup>210</sup> Voir Personnaz, *op. cit.* (supra note 162), p. 135; Eagleton, *op. cit.* (supra note 205), p. 199-202; Morelli, *op. cit.* (supra note 162), p. 365; Bollecker-Stern, *op. cit.* (supra note 159), p. 204-211; et Gray, *op. cit.* (supra note 160), p. 22.

<sup>211</sup> L'affaire de l'« *Alabama* » est citée par A. Hauriou (« Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux », RGDIP, Paris, t. 31, 1924, p. 209) comme l'application la plus remarquable de la règle excluant les dommages « indirects ».

<sup>212</sup> Voir, dans ce sens, Anzilotti, *op. cit.* (supra note 162), p. 431; Hauriou, *loc. cit.* (supra note 211) et Reitzer, *op. cit.* (supra note 208), p. 180.

<sup>213</sup> Il s'agit ici d'une des affaires relatives aux *Réclamations présentées pour remboursement de primes d'assurance contre les risques de guerre*, décision rendue par la Commission mixte de réclamations le 1<sup>er</sup> novembre 1923 (Witenberg, t. I, p. 66).

<sup>214</sup> Ibid., p. 18.

<sup>215</sup> Dans ce sens, Personnaz, *op. cit.* (supra note 162), p. 136; et Eagleton, *op. cit.* (supra note 205), p. 202 et 203.

<sup>216</sup> Voir, par exemple, Salvioli, *loc. cit.* (supra note 159), p. 251, et Reitzer, *op. cit.* (supra note 208), p. 183.

lilaa)<sup>217</sup>. Les dommages causés au Portugal par la révolte de la population autochtone dans ses colonies avaient été imputés à l'Allemagne parce qu'on avait allégué que la révolte avait été déclenchée par l'invasion allemande. Le tribunal avait donc considéré que l'État responsable était tenu de réparer les dommages qu'il aurait pu prévoir, même si le lien entre le fait illicite et les dommages effectifs n'était pas réellement « direct ». Au contraire, il n'avait pas alloué de dommages-intérêts pour les dommages qui n'auraient pas pu être prévus :

[...] en effet, il ne serait pas équitable de laisser à la charge de la victime les dommages que l'auteur de l'acte illicite initial a prévus et peut-être même voulus, sous le seul prétexte que, dans la chaîne qui les relie à son acte, il y a des anneaux intermédiaires. Mais par contre tout le monde est d'accord que, si même on abandonne le principe rigoureux que seuls les dommages directs donnent droit à réparation, on n'en doit pas moins nécessairement exclure, sous peine d'aboutir à une extension inadmissible de la responsabilité, les dommages qui ne se rattachent à l'acte initial que par un enchaînement imprévu de circonstances exceptionnelles et qui n'ont pu se produire que grâce au concours de causes étrangères à l'auteur et échappant à toute prévision de sa part. [...] <sup>218</sup>

8) Aux yeux de la Commission, il n'est pas juste d'exclure la prévisibilité des conditions nécessaires pour déterminer la causalité aux fins de l'indemnisation. Tout au plus peut-on dire que la possibilité, pour un homme raisonnable dans la situation de l'auteur du fait illicite, de prévoir le dommage offre une indication importante pour juger du caractère « normal » ou « naturel » qui paraît être un préalable indiscutable de la détermination du lien de causalité. La décision administrative n° II de la Commission mixte de réclamations germano-américaine mentionnée plus haut fournit une fois de plus un exemple utile de la manière dont le critère de la normalité est appliqué pour déterminer le lien de causalité :

[...] Peu importe le nombre des anneaux qui lient l'une à l'autre dans la chaîne des relations de cause à effet, pourvu qu'il n'y ait aucune brisure dans cette chaîne et que le dommage puisse être relié clairement, indiscutablement et définitivement à l'acte de l'Allemagne [...] <sup>219</sup>

9) Le critère de la présomption de causalité appliqué quand les conditions de normalité et de prévisibilité sont remplies exige de plus amples explications. Tant dans la doctrine que dans la pratique judiciaire, on relève une tendance à assimiler le critère en question au principe de la *proxima causa* utilisé en droit privé. Brownlie, à propos de l'affaire *Dix*<sup>220</sup>, dit que :

<sup>217</sup> Décision du 31 juillet 1928 (Portugal c. Allemagne), Nations Unies, *Recueil*, vol II (numéro de vente 1949 V 1), p. 1011 et suiv., notamment p. 1031.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 1031.

<sup>219</sup> La Commission mixte avait ajouté

« [...] Lorsque le dommage est éloigné, dans la suite des causes, de l'acte dont on se plaint, ce tribunal n'est pas qualifié pour chercher à démêler un réseau enchevêtré de causes et d'effets ou pour suivre, à travers un infernal labyrinthe de pensées confuses, diverses chaînes connexes et collatérales, dans le but de rattacher l'Allemagne à un dommage particulier. Toutes les pertes indirectes sont couvertes, à la condition toutefois qu'au point de vue juridique l'acte de l'Allemagne fût la cause directe et efficiente d'où elles ont découlé. Le critérium simple à appliquer dans tous les cas est le suivant : un national américain a-t-il prouvé avoir subi une perte susceptible d'être mesurée avec une exactitude raisonnable au moyen d'étalons pécuniaires, et l'acte de l'Allemagne peut-il en être tenu pour la cause directe ? » (Witenberg, t. I, p. 18.)

<sup>220</sup> Sentence rendue en 1903 par la Commission mixte de réclamations américano-vénézuélienne (A. Descamps et L. Renault, *Recueil international des traités du XX<sup>e</sup> siècle*, 1903, p. 386 et suiv.).

[...] Il y a des éléments qui indiquent que les tribunaux internationaux font une distinction analogue et tiennent ainsi les gouvernements pour responsables « seulement des conséquences immédiates et naturelles de leurs actes » et refusent « la réparation pour les conséquences lointaines, en l'absence de preuve d'une intention délibérée de causer un préjudice » [...] <sup>221</sup>

À la suite de la désintégration, en 1978, du satellite soviétique porteur d'une source d'énergie nucléaire Cosmos-954 sur son territoire, le Canada a déclaré dans sa réclamation :

Pour calculer le montant de la réparation réclamée, le Canada a appliqué les critères pertinents établis par les principes généraux du droit international selon lesquels des indemnités équitables doivent être versées, en demandant seulement à être indemnisé des coûts raisonnables dont la cause immédiate est l'intrusion du satellite et le dépôt de débris et qui peuvent être calculés avec un degré de certitude raisonnable <sup>222</sup>.

10) Il semble donc qu'un emploi non judicieux de l'adjectif « immédiate » (qualifiant la « cause ») pour indiquer le type de relation qui doit exister entre un acte illicite et un préjudice indemnissable ne soit pas dépourvu d'ambiguïté. Cet adjectif semblerait exclure totalement la possibilité d'être indemnisé des dommages qui, bien qu'ils soient liés à un fait illicite, n'en sont pas proches dans le temps ou dans la chaîne de causalité.

11) La Commission aurait donc tendance à considérer que le critère du lien de causalité devrait jouer comme suit :

a) Il devrait y avoir dédommagement intégral pour les préjudices dont la cause immédiate et exclusive est le fait illicite <sup>223</sup>;

b) Il devrait y avoir dédommagement intégral pour les préjudices dont le fait illicite est la cause exclusive, même si ces préjudices sont liés à l'acte non de façon immédiate, mais par une série d'événements dont chacun est lié à l'autre de manière exclusive par une relation de cause à effet. Le lien de causalité doit donc être présumé non seulement lorsqu'on est en présence d'une relation de « causalité immédiate », mais aussi chaque fois que le dommage est lié à l'acte illicite par une chaîne d'événements qui, pour longue qu'elle soit, est ininterrompue.

12) Il faut envisager les cas où les préjudices ne sont pas causés exclusivement par un acte illicite, mais résultent également de causes concomitantes, parmi lesquelles l'acte illicite joue un rôle décisif mais non exclusif. Parmi eux figure la possibilité, déjà envisagée dans le cadre de l'article 6 *bis*, que le dommage soit partiellement dû à la négligence ou à une action ou omission délibérée de l'État lésé. Il y a aussi les hypothèses du concours de faits internationalement illicites de plusieurs États <sup>224</sup> et de l'intervention d'une cause indépendante étrangère à l'État auteur entraînant une aggravation du dommage qui sans elle aurait résulté de l'acte illicite.

<sup>221</sup> J. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, première partie, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 224.

<sup>222</sup> *I.L.M.*, vol. 18, 1979, p. 907, par. 23 de la réclamation.

<sup>223</sup> J. Combacau, « La responsabilité internationale », dans H. Thierry *et al.*, *Droit international public*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1984, parle en pareil cas d'une « causalité au premier degré celle qui unit sans aucun intermédiaire le fait générateur au dommage » (p. 711).

<sup>224</sup> L'affaire de *Nauru*, actuellement en instance devant la CIJ, pourrait fournir des indications utiles à cet égard.

13) 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<sup>225</sup>. En pareils cas, comme dans celui visé au paragraphe 2 de l'article 6 *bis*, 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<sup>226</sup>. Vu la diversité des situations possibles, la Commission n'a pas essayé de trouver des critères rigoureux s'appliquant à tous les cas ni d'indiquer les pourcentages à appliquer pour calculer les dommages accordés à l'encontre de l'État auteur dont le fait a été une des causes, décisive mais non exclusive, d'un préjudice subi par un autre État. Il serait absurde de songer à énoncer dans une formule universellement applicable les différentes hypothèses de la relation de causalité et de tenter de tracer une ligne de démarcation entre les dommages pour lesquels une réparation est due et les dommages pour lesquels une réparation n'est pas due. L'application des principes et critères examinés plus haut ne peut se faire qu'à la lumière des circonstances et des faits de la cause, et le pouvoir discrétionnaire des arbitres ou les talents diplomatiques des négociateurs devront jouer un rôle décisif dans la détermination de la mesure dans laquelle le préjudice est indemnisable. Cela est particulièrement vrai quand la chaîne de causalité entre l'acte illicite et le préjudice est particulièrement longue et que d'autres facteurs de causalité y interviennent<sup>227</sup>.

<sup>225</sup> L'affaire *Yuille, Shorridge and Co.* en est un exemple (sentence du 21 octobre 1861 (Grande-Bretagne c. Portugal) [Lapradelle-Politis, t. II, p. 78 et suiv.]). Dans cette affaire, une société anglaise d'exportation de vins immatriculée au Portugal avait été condamnée à tort par les tribunaux portugais après une procédure irrégulière. Le principal préjudice pour lequel la société cherchait à obtenir réparation était les frais exposés par elle au cours de la procédure. Le « préjudice accessoire » consistait dans la chute des ventes, du fait que les activités de la société avaient été partiellement paralysées. Résumant l'affaire, Hauriou [*loc. cit.* (*supra* note 211), p. 216] dit que :

« [...] la question était justement de savoir si la baisse du chiffre d'affaires avait pour cause unique le procès, ou si d'autres causes n'étaient pas entrées en concurrence. Dans l'espèce, il était manifeste que des circonstances étrangères avaient contribué à la diminution des bénéfices enregistrée par la Société. Les arbitres purent relever, par exemple, une crise dans la production vinicole, pendant les années 1839 à 1842, ainsi que des pertes provenant des mauvaises conditions dans lesquelles avaient été effectuées certaines consignations de vins.

« Dans cette hypothèse, par conséquent, les dommages qualifiés d'« indirects », en l'espèce la diminution des bénéfices de la Société, se présentent comme étant le résultat de causes différentes. Les unes se rattachent au déni de justice dont la société a été victime, mais les autres lui sont totalement étrangères. »

<sup>226</sup> Voir à ce propos Salvioi, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 203, Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 143; et Gray, *op. cit.* (*supra* note 160), p. 23.

<sup>227</sup> Comme l'observe Reitzer,

« [...] La causalité, c'est l'enchaînement d'un nombre infini de causes et d'effets : le préjudice subi est dû à la concurrence d'une multiplicité de faits et de phénomènes. Le juge international doit dire lesquels entre ces faits et phénomènes ont produit le dommage, d'après le cours ordinaire des choses, et lesquels lui sont, au contraire, étrangers. Il doit notamment décider si, selon le même critère de normalité, le dommage est ou n'est pas attribuable à l'acte incriminé. Cela nécessite un choix, une sélection, une appréciation, parmi les faits qui, pris en eux-mêmes, ont tous une valeur égale.

14) La proposition finale du paragraphe 1 « si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature » éclaire la relation entre la restitution en nature et l'indemnisation comme modes de réparation. Malgré la « primauté » que lui confèrent l'équité et le principe général du droit de la responsabilité, la restitution en nature, très souvent, ne peut pas assurer une réparation complète : elle risque d'être partiellement ou entièrement exclue, soit par l'effet des alinéas *a* à *d* de l'article 7, soit parce que l'État lésé préfère obtenir réparation sous la forme d'une indemnité; elle risque aussi de ne pas suffire à assurer une réparation intégrale. L'indemnisation a pour rôle de combler les lacunes plus ou moins importantes que la restitution en nature, souvent insuffisante, laisse subsister dans la réparation.

15) Puisque les articles 7 et 8 consacrent tous deux un droit de l'État lésé, la Commission juge inutile, dans le cas d'une situation bilatérale, de prévoir expressément pour cet État la liberté de choisir entre restitution en nature et indemnisation. En même temps, la Commission est consciente d'une série de problèmes qui 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.

16) Le paragraphe 2 de l'article 8 a trait au champ d'application de l'indemnisation. Celle-ci consistant dans le versement d'une somme d'argent qui remplace ou intègre la restitution en nature, c'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. De ce fait, on considère généralement qu'elle tend à réparer le préjudice « matériel » subi par l'État lésé. Bien qu'exacte en un sens, cette description demande à être fortement nuancée. Il est vrai que l'indemnisation ne couvre pas d'ordinaire le dommage moral (non matériel) causé à l'État lésé, fonction normalement remplie par un autre mode de réparation, à savoir la satisfaction, visée à l'article 10. Il n'est pas vrai, en revanche, que l'indemnisation ne couvre pas le dommage moral causé à la personne des ressortissants ou agents de l'État lésé en tant

Dans ce travail de sélection, l'arbitre est acculé à suivre ses propres lumières. C'est lui qui rompt la chaîne de causalité, afin d'y englober telle catégorie d'actes et d'événements et d'en exclure telle autre, guidé par sa seule sagesse et sa propre perspicacité. Toutes les fois, on le remarque, que l'arbitre ne trouve point d'indications utiles dans les précédents, sa liberté de jugement rebondit. » [*Op. cit.* (*supra* note 208), p. 184 et 185.]

À ce sujet, voir les remarques également pertinentes de Personnaz, pour qui :

« L'existence des rapports [de causalité] est une question de fait et doit être établie par le juge; il ne saurait être question de l'enfermer dans des formules, car c'est uniquement affaire d'espèces. » [*Op. cit.* (*supra* note 162), p. 129.]

Le même auteur poursuit en ces termes :

« C'est là une question qui ne peut pas être résolue par des principes, mais seulement à la lumière des faits de la cause et d'après des considérations d'espèce, pour l'examen desquels le juge disposera, sauf restrictions du compromis, d'un entier pouvoir d'appréciation. » (*Ibid.*, p. 135.)

qu'êtres humains. L'ambiguïté vient de ce que le dommage moral causé à l'État lésé et le dommage moral subi par ses nationaux ou ses agents en tant qu'êtres humains font l'objet d'un traitement différent en droit international.

17) Les faits internationalement illicites les plus fréquents sont ceux qui causent un dommage à des personnes physiques ou morales ayant un lien avec l'État, qu'il s'agisse de simples ressortissants ou d'agents de cet État. Ce dommage, qui atteint internationalement l'État de manière directe, même si le préjudice est subi par ses ressortissants ou ses agents en tant qu'êtres humains, n'est pas toujours exclusivement matériel. Au contraire, il arrive souvent qu'il soit aussi, voire exclusivement, moral — et c'est un dommage moral dont l'indemnisation peut être légitimement demandée, au même titre que celle du dommage matériel.

18) L'un des principaux exemples jurisprudentiels est l'affaire du « *Lusitania* », jugée en 1923 par la Commission mixte de réclamations germano-américaine<sup>228</sup>, qui portait sur les conséquences du naufrage de ce paquebot britannique coulé par un sous-marin allemand. S'agissant du calcul de l'indemnité à accorder en chaque cas pour les pertes américaines subies à cette occasion, le surarbitre avait déclaré que le droit civil et la « common law » reconnaissent tous deux que toute « atteinte à un droit privé » impliquait un dommage et en prévoyait la réparation. Le surarbitre était d'avis que tout préjudice devait être évalué d'après des critères pécuniaires, citant Grotius selon qui « l'argent est la commune mesure des choses qui ont une valeur »<sup>229</sup>. Au sujet du décès des personnes, il soutint en particulier que la préoccupation du tribunal devait être de calculer le montant de l'indemnisation des préjudices suivants : perte des sommes

a) que le décédé, s'il n'avait pas été tué, aurait probablement versées au réclamant; y ajouter b) la valeur pécuniaire qu'auraient représentée pour ce réclamant les services personnels du décédé dans le soin, l'éducation ou la direction du réclamant; y ajouter aussi c) une indemnisation raisonnable pour la souffrance morale ou la commotion, s'il y a lieu, causée par la rupture violente d'affections de famille<sup>230</sup>, souffrances que cette mort a pu effectivement causer au réclamant. Le montant de ces estimations, réduit à sa valeur monétaire actuelle, représentera généralement la perte subie par le réclamant<sup>231</sup>.

Laissant de côté les considérations du surarbitre concernant les dommages visés aux points a et b, on retiendra ici ce qu'il disait à propos des préjudices décrits au point c. Selon lui, le droit international donne le droit d'obtenir réparation pour une souffrance morale, une blessure d'ordre affectif, ou une humiliation, une honte, le déshonneur, la perte d'une position sociale, une atteinte au crédit ou à la réputation. De tels préjudices, déclara le surarbitre, sont des dommages très réels et

[...] le seul fait qu'ils sont difficiles à mesurer ou à estimer en valeurs monétaires ne les rend pas moins réels et n'est pas une raison qui puisse empêcher une victime d'être indemnisée sous la forme de dommages et intérêts [...]<sup>231</sup>.

Cette indemnisation, ajouta le surarbitre, n'est pas une « amende ».

<sup>228</sup> Voir *supra* note 206.

<sup>229</sup> Witenberg, t. I, p. 24 et 25.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 33.

19) L'affaire du « *Lusitania* » ne doit pas être considérée comme une exception. Bien que le cas ne soit pas très fréquent, les tribunaux internationaux n'ont jamais manqué d'accorder une réparation pécuniaire lorsqu'ils l'estimaient nécessaire pour compenser le dommage moral subi par les particuliers<sup>232</sup>. Il ressort par conséquent de la pratique que les pertes morales (ou non patrimoniales) causées à des particuliers par un fait internationalement illicite doivent être réparées par voie d'indemnisation comme partie intégrante du dommage principal subi par l'État lésé. La Commission s'est néanmoins abstenue de prévoir expressément à l'article 8 l'indemnisation du dommage moral causé aux ressortissants de l'État lésé puisque ce dommage fait partie du préjudice matériel subi par cet État.

20) À la lumière de ce qui précède, l'expression « dommage susceptible d'évaluation économique » recouvre à la fois :

a) Le dommage causé au territoire de l'État en général, à son organisation au sens large du terme, à ses biens, dans le pays et à l'étranger, à ses installations militaires, locaux diplomatiques, navires, aéronefs, engins spatiaux, etc. (soit le dommage « direct » causé à l'État)<sup>233</sup>; et

b) Le dommage causé à l'État à travers la personne physique ou morale de ses ressortissants ou de ses agents (soit le dommage « indirect » causé à l'État)<sup>234</sup>.

<sup>232</sup> On peut citer comme exemples l'affaire *Chevreau* (sentence du 9 juin 1931 (France c. Royaume-Uni), Nations Unies, *Recueil*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 1113 et suiv.), l'affaire *Gage* (sentence rendue en 1903 par la Commission mixte des réclamations américano-vénézuélienne, *ibid.*, vol. IX (numéro de vente : 1959.V.5), p. 226 et suiv.) et l'affaire *Di Caro* (sentence rendue en 1903 par la Commission mixte des réclamations italo-vénézuélienne, *ibid.*, vol. X (numéro de vente : 60.V.4), p. 597 et 598). Dans cette dernière affaire, qui concernait le meurtre d'un commerçant italien au Venezuela, la Commission mixte des réclamations italo-vénézuélienne tint compte non seulement de la perte financière éprouvée par la veuve, mais aussi de la commotion qu'elle avait subie et de la perte de l'affection, du détachement et de la compagnie de son mari (*ibid.*, p. 598).

L'affaire des *Héritiers de Jean Maninat* offre un autre exemple évident d'indemnisation du dommage moral subi par un particulier (sentence rendue le 31 juillet 1905 par la Commission mixte des réclamations franco-vénézuélienne (*ibid.*, p. 55 et suiv.)). Rejetant la demande d'indemnisation du préjudice matériel (économique), dont il jugeait l'existence insuffisamment établie, le surarbitre accorda à la veuve de Jean Maninat, victime d'une agression, une somme d'argent à titre de réparation pécuniaire pour le décès de ce dernier. Il faut également citer l'affaire *Grimm*, jugée par le Tribunal des réclamations irano-américain, ou, du moins, la partie de la sentence de ce tribunal qui semble se rapporter aux dommages moraux et considérer en principe que ceux-ci peuvent faire l'objet d'une indemnisation (sentence du 18 février 1983, ILR, vol. 71, Cambridge, 1986, p. 650 et suiv., notamment p. 653).

<sup>233</sup> On trouve des exemples de dommage « direct » causé à l'État notamment dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fond), arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4, et dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* [*C.I.J. Recueil 1980* (voir *supra* note 142), p. 3]. Parmi les auteurs, voir en particulier Brownlie, *op. cit.* (*supra* note 221), p. 236 à 240.

<sup>234</sup> Le fait que le dommage subi par l'État à travers ses ressortissants — et on ajoutera à travers ses agents agissant en tant que personnes privées — est un dommage « direct » causé à l'État lui-même, bien qu'il soit fréquemment qualifié de dommage « indirect », est expliqué magistralement par Reuter :

« [...] L'État moderne socialise tous les patrimoines privés par l'impôt, comme il socialise une partie des dépenses privées par la prise en charge des dépenses de santé ou d'une partie des risques attachés à l'existence humaine. D'une manière plus générale, il y a

21) Cette dernière catégorie de dommages englobe à la fois la perte d'ordre « patrimonial » subie par des personnes privées, physiques ou morales, et le dommage « moral » subi par ces personnes. Elle comprend aussi, *a fortiori*, le préjudice « personnel » causé auxdites personnes par l'acte illicite. Il s'agit, en particulier, de préjudices tels que la détention injustifiée ou toute autre restriction à la liberté, la torture ou autre préjudice physique causé à la personne : la mort, et ainsi de suite.

22) Les préjudices relevant de la seconde catégorie, dans la mesure où ils sont susceptibles d'être évalués en termes économiques, sont traités par la jurisprudence internationale et la pratique des États selon les règles et les principes applicables à l'indemnisation du dommage matériel causé à l'État. On constate, en fait, une tendance très nette à étendre à cette catégorie de préjudices « personnels » le traitement accordé aux dommages strictement « patrimoniaux ». La mort d'un particulier ressortissant de l'État concerné en est un exemple typique. La jurisprudence semble indiquer que, dans un tel cas, l'indemnité accordée est destinée à compenser la perte économique subie, du fait du décès, par la ou les personnes qui étaient en quelque sorte en droit de considérer l'existence du défunt comme une « source » de biens ou de services susceptibles d'une évaluation économique. Il convient de rappeler, à ce propos, les deux premières observations faites par le surarbitre dans l'affaire du « *Lusitania* », à savoir que le montant de l'indemnisation des préjudices subis en cas de décès devait être calculé sur la base des sommes : « a) que le décédé, s'il n'avait pas été tué, aurait probablement versées au réclamant » et de « b) la valeur pécuniaire qu'auraient représentée pour ce réclamant les services personnels du décédé dans le soin, l'éducation ou la direction du réclamant »<sup>215</sup>. C'est, de toute évidence, cette conception de la réparation que la CIJ avait adoptée dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie)<sup>216</sup>. La Cour avait fait droit à la demande d'indemnités présentée par le Royaume-Uni pour les décès survenus parmi le personnel naval et pour les blessures infligées à ce personnel et lui avait accordé une somme représentant « les dépenses résultant des pensions et indemnités allouées par lui aux victimes ou à leurs ayants droit, ainsi que des frais d'administration, de traitements médicaux, etc. »<sup>217</sup>. L'affaire du *Détroit de Corfou* montre que l'indemnisation est accordée, non seulement en cas de mort, mais aussi en cas de préjudice

physique ou psychologique. Parmi les nombreuses affaires analogues, l'affaire *William McNeil*<sup>218</sup> est généralement considérée comme un exemple classique de cette conception des dommages « personnels ». Dans cette affaire, le préjudice personnel consistait en une longue et grave dépression nerveuse dont un ressortissant britannique avait souffert à la suite du traitement cruel et psychologiquement traumatisant que lui avaient infligé les autorités mexicaines pendant qu'il était en prison. La Commission de réclamations anglo-mexicaine déclara :

[...] Il est facile de comprendre que ce traitement ait causé les graves troubles nerveux, dont tous les témoins ont fait état. Il est également évident que l'intéressé a dû mettre beaucoup de temps à surmonter suffisamment sa dépression nerveuse pour pouvoir reprendre son travail et qu'il a dû faire pour cela de très grosses dépenses<sup>219</sup>.

23) Ayant noté qu'après son rétablissement McNeil avait exercé une profession assez lucrative, la Commission estima que « l'indemnité à accorder au réclamant [devait] tenir compte de sa situation et correspondre à l'étendue et à la gravité du préjudice personnel qu'il [avait] subi »<sup>240</sup>. Ce type de raisonnement a été parfois utilisé par les tribunaux dans des affaires où le préjudice personnel était causé par une détention illicite. Dans les cas de détention prolongée, en particulier, les tribunaux ont pu calculer le montant de l'indemnité sur la base de l'évaluation économique du dommage effectivement causé à la victime. C'est ce qui s'est passé, par exemple, dans l'affaire du « *Topaze* », réglée en 1903 par la Commission mixte des réclamations anglo-vénézuélienne. Compte tenu de la personnalité et de la profession des victimes privées, la Commission mixte décida d'accorder à chaque partie lésée une somme de 100 dollars par jour pour toute la période pendant laquelle elle avait été détenue<sup>241</sup>. La même méthode fut suivie dans l'affaire *Faulkner* par la Commission générale des réclamations américano-mexicaine, à cette différence près que, cette fois-là, le taux journalier de l'indemnité fut estimé à 150 dollars pour tenir compte de l'inflation<sup>242</sup>.

24) Aux termes du paragraphe 2 de l'article 8, l'indemnisation « peut comprendre des intérêts ». L'expression montre bien qu'il n'y a ni droit automatique à des intérêts ni présomption en la matière en faveur de l'État lésé<sup>243</sup>. Cependant, la Commission reconnaît que l'allocation d'intérêts semble être la méthode la plus fréquente en cas de préjudice pour immobilisation temporaire du capital. Comme l'a dit un auteur :

désormais une véritable reprise par l'État de tous les éléments de la vie économique. Tous les biens et toutes les recettes, toutes les dettes et toutes les dépenses même d'un caractère privé sont repris en écriture dans une comptabilité nationale dont les enseignements sont un des instruments de la politique économique de tous les gouvernements et subissent ainsi son emprise

« Aujourd'hui par conséquent on ne saurait plus dire que c'est par un mécanisme purement formel que les dommages subis par des particuliers sont attribués à l'État; économiquement, il en est bien ainsi : c'est la Nation représentée par l'État qui subit, au moins pour une part, la charge de toute perte subie en premier lieu par un particulier. » (« Le dommage comme condition de la responsabilité internationale », *Estudios de Derecho Internacional, Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, vol. II, p. 841 et 842 )

<sup>215</sup> Les particuliers comprennent, outre les ressortissants de l'État, les agents de l'État dans la mesure où ils sont affectés dans leurs intérêts privés par le fait internationalement illicite.

<sup>216</sup> Arrêt du 15 décembre 1949 (fixation du montant des réparations), *C.I.J. Recueil 1949*, p. 244.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 249.

<sup>218</sup> Sentence rendue le 19 mai 1931 par la Commission des réclamations anglo-mexicaine [Nations Unies, *Recueil*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 164 et suiv.].

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>240</sup> *Ibid.*

<sup>241</sup> Nations Unies, *Recueil*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 387 et suiv., notamment p. 389.

<sup>242</sup> Sentence du 2 novembre 1926 [*ibid.*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 67 et suiv., notamment p. 71].

<sup>243</sup> La doctrine est divisée sur ce point. Certains auteurs contestent que le versement d'intérêts puisse faire l'objet d'une obligation internationale [voir, par exemple, D. Anzilotti, « Suggli effetti dell'inadempienza di obbligazioni internazionali aventi per oggetto una somma di danaro », *Rivista di diritto internazionale* (Rome), t. 7, 1913, p. 61; Strupp, *loc. cit.* (supra note 201), p. 212; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1954, t. II, p. 73; et Morelli, *op. cit.* (supra note 162), p. 358]. D'autres sont d'avis contraire [par exemple A. de Lapradelle, commentaire sur l'affaire *Dun-donald* [sentence du 6 octobre 1873 (Grande-Bretagne c. Brésil),

[...] les intérêts, expression de la valeur de l'usage de l'argent, ne sont pas autre chose qu'un moyen offert au juge de déterminer forfaitairement le préjudice qu'entraîne pour un créancier l'indisponibilité d'un capital pendant un laps de temps donné [...]»<sup>244</sup>.

25) La pratique internationale semble favorable à l'allocation d'intérêts s'ajoutant au principal de l'indemnité. Le seul cas dans lequel un tribunal ait refusé d'allouer des intérêts pour des raisons de principe (et non en raison des faits de l'espèce) semble être l'affaire du « *Montijo* »<sup>245</sup>. Comme exemples de la jurisprudence prédominante, on peut citer l'affaire *Illinois Central Railroad Co. c. Mexique*<sup>246</sup>, l'affaire *Lucas*<sup>247</sup>, et la décision administrative n° III de la Commission mixte des réclamations germano-américaine, en date du 11 décembre 1923<sup>248</sup>.

26) Conformément à l'opinion généralement admise qui veut que l'allocation d'intérêts dépende des faits de chaque espèce, la Commission considère que la fixation du *dies a quo* et du *dies ad quem* aux fins du calcul des intérêts, le choix du taux d'intérêt et l'allocation d'intérêts cumulés sont des questions à résoudre en fonction des particularités de chaque cas. Cette position lui paraît justifiée par la diversité des solutions proposées par la doctrine ou adoptées dans la pratique judiciaire. C'est donc au juge ou à la tierce partie chargée du règlement du différend qu'il reviendra de décider dans chaque cas s'il doit y avoir ou non versement d'intérêts, compte tenu du principe de la « réparation intégrale » qui est énoncé à l'article 6 bis.

27) Ce qui vient d'être dit s'applique également à l'indemnisation pour manque à gagner, même si le paragraphe 2 de l'article 8 tient compte, en ajoutant dans ce cas l'expression « le cas échéant », du fait 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. Toutefois, des intérêts seraient dus sur les bénéfices que le propriétaire initial aurait gagnés, mais dont il a été privé. Le but essentiel est en l'occurrence d'éviter le « cumul » dans tous les modes de réparation.

(Suite de la note 243)

Lapradelle-Politis, t. III, p. 441 et suiv., notamment p. 456 et suiv.; Salvioli, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 278 et 279; Ch. Rousseau, *Droit international public*, t. V, *Les rapports conflictuels*, Paris, Sirey, 1983, p. 13; P. Schoen, « Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, Supplément 2 au tome X, 1917, p. 128 et 129; Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 186; Graefrath, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 98; et Nagy, *loc. cit.* (*supra* note 175), p. 182 et 183].

<sup>244</sup> J. L. Subilia, *L'allocation d'intérêts dans la jurisprudence internationale* (thèse, Université de Lausanne), Lausanne, Imprimerie Vaudoise, 1972, p. 142.

<sup>245</sup> Sentence du 26 juillet 1875 (États-Unis d'Amérique c. Colombie) [Lapradelle-Politis, t. III, p. 651 et suiv.].

<sup>246</sup> Sentence du 6 décembre 1926 [Nations Unies, *Recueil*, vol. IV (numéro de vente : 1951 V.1), p. 134 et suiv.].

<sup>247</sup> Sentence du 11 juillet 1957 (ILR, vol. 30, Londres, 1966, p. 220 et suiv.).

<sup>248</sup> Nations Unies, *Recueil*, vol. VII (numéro de vente : 1956 V.5), p. 66 à 68.

28) Les principaux problèmes que pose le *lucrum cessans* sont le rôle du lien de causalité et la juste évaluation du manque à gagner à indemniser, surtout dans le cas des actes illicites affectant des droits de propriété ou des entreprises industrielles ou commerciales en activité.

29) Sur le premier point, la doctrine prévalante, écartant notamment la thèse adoptée par la cour d'arbitrage dans l'affaire de l'« *Alabama* »<sup>249</sup> selon laquelle « les profits éventuels ne sauraient faire l'objet d'aucune compensation, puisqu'il s'agit de choses futures et incertaines »<sup>250</sup>, considère que le juge n'a pas besoin, pour accorder une indemnisation, d'avoir la certitude que le préjudice dépend d'un acte illicite donné : il suffit surtout pour ce qui est du *lucrum cessans* — qu'il puisse présumer que, dans le cours ordinaire et normal des choses, la perte identifiée ne se serait pas produite si le fait illicite n'avait pas eu lieu<sup>251</sup>.

30) La plupart des décisions de justice semblent également favorables à l'idée que le *lucrum cessans* est en principe susceptible d'indemnisation. La sentence rendue dans l'affaire du « *Cape Horn Pigeon* »<sup>252</sup> en est un exemple classique. La Russie ayant admis sa responsabilité dans cette affaire, qui portait sur la saisie d'un baleinier américain, l'arbitre, à qui il ne restait qu'à fixer le montant de l'indemnisation, a décidé que cette indemnisation devait être suffisante pour couvrir non seulement le dommage réel déjà occasionné, mais aussi les profits dont la partie lésée avait été privée à cause de cette saisie. On trouve cependant des conclusions diamétralement opposées dans l'affaire du « *Canada* »<sup>253</sup> et dans l'affaire *Lacaze*<sup>254</sup>. Le *lucrum cessans* a également joué un rôle dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond), où la CPIJ a décidé que la partie lésée devait recevoir une indemnité correspondant à la valeur que les biens perdus avaient, non pas au moment de l'expropriation, mais au moment de l'indemnisation<sup>255</sup>.

<sup>249</sup> Sentence du 14 septembre 1872 (États-Unis d'Amérique c. Grande-Bretagne) [Lapradelle Politis, t. II, p. 713 et suiv.].

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 978.

<sup>251</sup> Voir dans ce sens Salvioli, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 256 et 257; Bollecker-Stern, *op. cit.* (*ibid.*), p. 199; Reitzer, *op. cit.* (*supra* note 208), p. 188 et 189; Eagleton, *op. cit.* (*supra* note 205), p. 197 à 203; et Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (*supra* note 176), p. 569 et 570.

<sup>252</sup> Sentence du 29 novembre 1902 (États-Unis d'Amérique c. Russie) [Nations Unies, *Recueil*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 63 et suiv.]. On trouve des conclusions analogues dans l'affaire du *Chemun de fer de la baie de Delagoa* (*supra* note 160); l'affaire du « *William Lee* » [sentence rendue le 27 novembre 1867 par la Commission mixte de Lima (États-Unis d'Amérique c. Pérou), Lapradelle Politis, t. II, p. 282 et suiv.] et l'affaire *Yuille, Shortridge and Co.* (*supra* note 225).

<sup>253</sup> Sentence du 11 juillet 1870 (États-Unis d'Amérique c. Brésil) [Lapradelle-Politis, t. II, p. 622 et suiv.].

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 634.

<sup>255</sup> Voir *supra* note 140. La Cour a assorti sa décision des considérations suivantes :

« [...] Il y a donc lieu de faire abstraction, jusqu'à un certain point, des profits éventuels, car ils se trouveront être compris dans la valeur hypothétique ou réelle de l'entreprise au moment actuel. Si cependant, de la réponse que les experts donneront [...] il devait résulter qu'après compensation des déficits des années pendant lesquelles l'usine a fonctionné à perte et après application aux dépenses d'entretien et d'amélioration normale pendant les années suivantes il reste une marge de profits, le montant de cette marge devrait être additionné à l'indemnité à allouer\* » (P. 53)

31) Bien entendu, le manque à gagner peut également donner lieu à indemnisation lorsque des particuliers sont privés de la possibilité d'utiliser leur capacité de travail, qu'ils travaillent pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui. Cette situation peut se produire en particulier lorsqu'un étranger est illégalement expulsé de son pays de résidence. Dans deux arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé qu'en principe la réparation due à la victime d'une telle mesure comprenait aussi l'indemnisation pour manque à gagner, encore qu'elle ait jugé dans les deux affaires que le lien de cause à effet n'avait pas été établi<sup>256</sup>.

32) Quant à la question de la juste évaluation des pertes à indemniser, on constate que deux méthodes sont très fréquemment employées pour déterminer le *lucrum cessans* : le système d'évaluation *in abstracto*, et le système *in concreto*. Le système *in abstracto*, qui est le plus courant, consiste à affecter des intérêts au montant de l'indemnité fixée pour le dommage principal<sup>257</sup>. Il arrive aussi que l'on ait recours à d'autres critères que les intérêts dans le cas des activités commerciales : montant des profits réalisés par la même personne physique ou morale au cours de la période précédant le fait illicite, ou bien montant des profits réalisés pendant la même période par des entreprises similaires. Quant au système *in concreto*, il est appliqué quand l'évaluation « se fonde sur les faits de la cause, sur les profits que l'entreprise ou le bien affecté aurait permis de réaliser pendant la période en question »<sup>258</sup>.

33) Le calcul du *lucrum cessans* comporte naturellement des choix extrêmement difficiles dans les cas où la réparation est due pour l'expropriation illicite d'un bien étranger représentant la totalité ou une partie d'une entreprise industrielle ou commerciale en activité. Lorsqu'on analyse la pratique en la matière, il faut tenir compte aussi, dans une certaine mesure, de la partie de la jurisprudence internationale qui a trait aux expropriations licites d'entreprises en activité. La nécessité de se prononcer sur l'illicéité alléguée par le propriétaire dépossédé a amené, en fait, les instances de jugement à formuler des considérations intéressantes sur les principes régissant l'indemnisation — et notamment l'indemnisation du manque à gagner — en cas d'expropriation illicite.

34) Le précédent le plus fréquemment évoqué est l'arrêt de la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond), dans laquelle la nécessité de déterminer les conséquences de l'expropriation illicite par la Pologne de

biens appartenant à des sociétés allemandes procédait précisément d'une distinction nette et sans ambiguïté entre l'expropriation licite et l'expropriation illicite<sup>259</sup>. C'est après avoir formulé cette distinction (et en partant de l'hypothèse que l'affaire dont elle était saisie était une affaire d'expropriation illicite) que la CPJI avait énoncé le fameux principe de la réparation intégrale, selon lequel la partie lésée a droit au rétablissement de la situation qui, selon toute probabilité, aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis. En bref, la Cour avait appliqué le principe de la réparation intégrale, au sens littéral et large de *restitutio in integrum*, par opposition au sens technique et étroit de *naturalis restitutio* dans lequel cette expression est parfois utilisée. Selon la Cour, la réparation intégrale peut se faire de différentes manières. Chaque fois que la chose est possible, il faut appliquer la *naturalis restitutio* (restitution en nature) ou *restitutio in integrum stricto sensu*. Lorsque ce remède n'assure pas la réparation intégrale (à savoir la *restitutio in integrum* au sens littéral et large du terme), il faut recourir à l'indemnisation dans la mesure nécessaire pour compenser toute perte qui n'a pas été couverte, jusqu'à concurrence du montant voulu pour obtenir la réparation intégrale.

35) C'est sur le même principe que la Cour permanente d'arbitrage a fondé sa décision dans l'affaire relative à la *Concession des phares de l'Empire ottoman*<sup>260</sup>. Compte tenu de l'activité qui faisait l'objet du contrat et de l'impossibilité d'évaluer la concession (à la date de l'expropriation) « sur la base des amortissements résiduels des constructions », le tribunal a jugé que la partie lésée avait droit à une indemnité équivalant au profit que la concession aurait permis à la société de réaliser pendant le reste de la durée du contrat. Il semble, toutefois, que cette interprétation du principe de la réparation intégrale ait dépendu des circonstances particulières de l'affaire. Elle aurait notamment dépendu du fait que l'article du contrat envisageant la possibilité d'une « reprise » de la concession indiquait que, dans ce cas, l'État concédant devait payer au concessionnaire « toutes les indemnités qui auront été préalablement fixées par les parties elles-mêmes, ou, en cas de désaccord, par des arbitres »<sup>261</sup>. Dans le cadre d'un contrat de ce genre, tout différend concernant l'indemnisation devait nécessairement être réglé sur la base d'une décision prise par le tribunal arbitral dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire plutôt que sur la base d'un principe juridique objectif. Tout ce qu'on peut déduire de cette affaire, par conséquent, c'est que le tribunal a accordé une indemnité calculée sur la base de la capitalisation des futurs profits, cette somme représentant la « valeur de la concession en 1928 » (à savoir la valeur que le Gouvernement grec était tenu de payer, aux termes du contrat, au cas où il exercerait son droit de reprise).

36) C'est aussi sur le principe de la réparation intégrale que se fonde la décision rendue en 1963 dans l'affaire *Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Company* (NIOC), dans laquelle la partie lésée

<sup>256</sup> Arrêt du 21 juin 1988, *Berrehab*, Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, *Série A : Arrêts et décisions*, vol. 138, p. 17; et arrêt du 18 février 1991, *Moustaquim*, *ibid.*, vol. 193, p. 21.

<sup>257</sup> Un exemple typique en est l'affaire *Fabiani* (sentence du 30 décembre 1896 (*France c. Venezuela*)) [Martens, *Nouveau Recueil*, 2<sup>e</sup> série, t. XXVII, p. 663 et suiv.], où l'arbitre a accordé pour le *lucrum cessans* une somme forfaitaire qui était approximativement le double du montant qu'auraient représenté des intérêts cumulés.

<sup>258</sup> Gray, *op. cit.* (*supra* note 160), p. 26. On peut citer comme exemple l'affaire *Cheek* [sentence arbitrale du 21 mars 1898 (États-Unis d'Amérique c. Siam)] [Moore, *Digest*, vol. V, p. 5068], où l'arbitre avait expressément accordé des indemnités afin de rétablir autant que possible le patrimoine de la partie lésée dans l'état où il se serait trouvé si le fait illicite n'avait pas été commis, ce qui l'avait obligé à se livrer à des calculs et à des évaluations complexes pour arriver à « un chiffre probable pour le gain manqué ».

<sup>259</sup> Voir *supra* note 140.

<sup>260</sup> Sentence du 24/27 juillet 1956 (*France c. Grèce*) [Nations Unies, *Recueil*, vol. XII (numéro de vente : 1963.V.3), p. 155 et suiv.]

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 246.

a obtenu une indemnisation à la fois pour la perte correspondant aux dépenses liées à l'exécution du contrat et pour la perte nette de bénéfices<sup>262</sup>. En ce qui concerne l'évaluation de ces profits perdus, l'arbitre a noté toutefois que c'était là « une question de fait qui doit être évaluée par l'arbitre », et, après avoir considéré toutes les circonstances, y compris « tous les risques inhérents à une opération dans une région désolée » et « les facteurs comme la guerre, les troubles, les crises économiques, la chute des prix, qui pouvaient affecter les opérations au cours des quelques dizaines d'années pendant lesquelles l'accord devait rester en vigueur »<sup>263</sup>, l'arbitre a accordé une indemnité pour perte de bénéfices d'un montant correspondant aux deux cinquièmes du montant réclamé par la société. Cette affaire montre que, si l'arbitre a incontestablement tenu compte du *lucrum cessans* dans l'indemnisation, il n'a indiqué aucune préférence de principe pour l'une ou l'autre des méthodes possibles d'évaluation.

37) Dans l'affaire *LIAMCO c. Gouvernement libyen*<sup>264</sup>, bien que s'agissant d'une expropriation licite à propos de laquelle il avait rejeté la demande de *naturalis restitutio*, l'arbitre a formulé certaines considérations sur les « cas d'appropriation illicite de biens ». À ce sujet, l'arbitre a admis sans difficulté avec le réclamant que, en cas de violation internationalement illicite d'un contrat de concession, le réclamant avait droit « au lieu et place de l'exécution, à des dommages-intérêts incluant le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* »<sup>265</sup>. Mais, là encore, aucune précision n'a été donnée au sujet de la méthode à suivre pour évaluer le *lucrum cessans* dans des cas de ce genre. Il semble que l'affaire *AMINOIL c. Koweït* soit un peu plus instructive. L'expropriation a été considérée, là aussi, comme étant licite. Toutefois, lorsqu'il a abordé la question de l'indemnisation à raison de la perte de bénéfices, le tribunal a déclaré que la méthode de l'actualisation des bénéfices nets, qui ne convenait pas pour le calcul de l'indemnisation des bénéfices perdus dans une affaire de reprise licite, pouvait être appliquée dans une affaire d'expropriation illicite<sup>266</sup> — parce que, dans le cas d'une reprise illicite affectant de manière décisive les biens en cause, l'application d'une telle méthode assurerait une indemnisation globale susceptible de rétablir la situation qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis. Cette position a été confirmée dans l'affaire *AMCO Asia Corporation c. Indonésie*<sup>267</sup> qui est une affaire de reprise illicite. Après avoir rappelé le principe selon lequel la réparation intégrale couvre à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* — ce dernier ne devant pas excéder le « préjudice direct et prévisible » —, le tribunal arbitral a évalué la perte de bénéfices sur la base de l'actualisation des bénéfices nets,

énonçant ainsi de manière encore plus explicite ce qui n'avait été mentionné qu'incidemment dans l'affaire *AMINOIL*, à savoir que l'actualisation des bénéfices nets devait être considérée comme l'une des méthodes les plus appropriées pour évaluer une entreprise en activité reprise illicitement<sup>268</sup>.

38) Cette dernière conclusion ne trouve toutefois pas de confirmation dans l'affaire *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, partiellement réglée par la sentence rendue le 14 juillet 1987 par le Tribunal du contentieux irano-américain<sup>269</sup>, dont une section est précisément consacrée aux effets de la licéité ou de l'illicéité de l'expropriation sur la norme choisie pour l'indemnisation<sup>270</sup>. En évaluant les arguments des parties, le Tribunal a confirmé la distinction à faire entre expropriation licite et expropriation illicite, « étant donné que les règles applicables à l'indemnité à payer par l'État auteur de l'expropriation diffèrent en fonction du caractère juridique de la reprise »<sup>271</sup>. L'étude de cette affaire semble indiquer que le Tribunal a vu une certaine contradiction entre, d'une part, l'évaluation du *lucrum cessans* dans le cas d'une reprise illicite (évaluation qui doit être limitée, dans tous les cas, aux profits perdus jusqu'au moment du règlement) et, d'autre part, le calcul des profits perdus sur la base d'une actualisation des bénéfices nets à la date initialement fixée pour la fin de la concession. Le Tribunal n'est toutefois pas allé plus loin dans l'analyse de cette contradiction, et s'est borné à rejeter l'actualisation des bénéfices nets en tant que méthode applicable à l'affaire en question<sup>272</sup>. Dans l'affaire *Starret Housing*<sup>273</sup> d'autre part, le Tribunal n'a pas fait de distinction en fonction de la licéité de la reprise et a accordé une indemnisation pour les profits perdus. Dans l'affaire *Phillips Petroleum Co. Iran c. Iran*, le Tribunal a déclaré :

Le Tribunal estime que la distinction entre reprise licite et reprise illicite, qui en droit international coutumier découle principalement de l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* (fond), C.P.J.I. série A, n° 17, arrêt du 13 septembre 1928, n'est pertinente que lorsqu'il faut déterminer si la restitution des biens peut être accordée ou si une indemnisation peut être accordée au titre de l'augmentation de la valeur des biens entre la date de la reprise et la date de la décision judiciaire ou arbitrale accordant indemnisation. L'arrêt précité ne permet pas d'affirmer que, parce que l'expropriation est licite, le montant de l'indemnisation doit être inférieur à la valeur des biens à la date de l'expropriation<sup>274</sup>.

39) Compte 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. Le flottement relatif de la jurisprudence recouvre trois questions qui suscitent des controverses, à savoir :

a) dans quels cas peut-il y avoir indemnisation pour

<sup>262</sup> Sentence du 15 mars 1963 (ILR, vol. 35, Londres, 1967, p. 136 et suiv.).

<sup>263</sup> Ibid., p. 187 et 189.

<sup>264</sup> Sentence du 12 avril 1977 (ILR, vol. 62, Cambridge, 1982, p. 141 et suiv.; tr. française [extraits] dans *Revue de l'arbitrage*, Paris, 1980, p. 132 et suiv.).

<sup>265</sup> ILR, vol. 62, Cambridge, 1982, p. 202 et 203; *Revue de l'arbitrage*, p. 172 et 173.

<sup>266</sup> Sentence du 24 mars 1982 (*supra* note 174), p. 976 et suiv., notamment p. 1034 et 1035.

<sup>267</sup> Sentence du 21 novembre 1984 (ILM, vol. 24, 1985, p. 1022 et suiv.).

<sup>268</sup> Ibid., p. 1037, par. 271 de la sentence.

<sup>269</sup> ILM, vol. 27, 1988, p. 1314 et suiv.

<sup>270</sup> Ibid., p. 81 et suiv., par. 189 à 206.

<sup>271</sup> Ibid., p. 82, par. 192.

<sup>272</sup> Ibid., p. 105, par. 240.

<sup>273</sup> *Starret Housing Corp. c. Iran* (affaire n° 24), 14 août 1987, *Iran United States Claims Tribunal Reports*, vol. 16, Grotius, Cambridge, 1988, sentence 314-24-1.

<sup>274</sup> *Phillips Petroleum Co. Iran c. Iran* (affaire n° 39), 29 juin 1989, *ibid.*, vol. 21, 1990, sentence 425-39-2, p. 122.

manque à gagner ? b) sur quelle période l'indemnisation doit-elle porter ? et c) comment convient-il de calculer l'indemnisation ? S'agissant de la première question, il semble assez clair que le problème se pose dans le cas des « entreprises en activité » ayant un potentiel bénéficiaire. Ce qui est moins clair, c'est essentiellement la question de savoir si le manque à gagner peut donner lieu à indemnisation dans le cas d'une reprise licite, par opposition à la reprise illicite (d'où la différence d'optique entre les affaires *Amoco International Finance Corp. c. Iran*<sup>275</sup> et *Phillips*<sup>276</sup>). Pour ce qui est de la deuxième question, le problème essentiel, là encore non réglé, est celui de savoir si la période à prendre en considération pour l'indemnisation s'arrête à la date de la sentence ou se poursuit jusqu'à la date initiale d'expiration du contrat ou de la concession auxquels il a été mis fin. La troisième question renvoie au grand problème de la méthode de calcul, et en particulier à la question de savoir si la méthode de l'actualisation des bénéfices nets est appropriée. Sur toutes ces questions, l'état du droit n'est pas encore, de l'avis de la Commission, 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, l'élément décisif à retenir pour cette décision étant la nécessité de garantir la réparation intégrale du préjudice, conformément à l'article 6 bis.

#### Article 45 [10]

##### Satisfaction

1. L'Etat lésé est en droit d'obtenir de l'Etat 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'Etat 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'Etat ou d'agissements criminels d'agents de l'Etat ou de personnes privées, une action disciplinaire à l'encontre des responsables ou leur châtement.

3) Le droit de l'Etat lésé d'obtenir satisfaction ne l'autorise pas à formuler des exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite.

#### Commentaire \*/

1) Si l'indemnisation est la forme de réparation la plus souvent recherchée à la suite d'un fait internationalement illicite, l'étude de la doctrine et de la pratique du droit de la responsabilité des États montre que deux autres séries de conséquences, fonctionnellement distinctes de la restitution en nature et de l'indemnisation et toutes deux typiques des relations internationales, doivent être prises en considération. Ces conséquences sont les formes de réparation généralement désignées par les termes « satisfaction » et « garanties de non-répétition ». Elles sont traitées aux articles 10 et 10 *bis* respectivement.

---

\* Annuaire ... 1993, vol. II (deuxième partie), p. 79 à 84 (commentaire de l'ancien article 10).

2) Le terme « satisfaction » est employé à l'article 10 et par de nombreux auteurs dans un sens « international » technique par opposition au sens non technique plus large dans lequel il est simplement un synonyme de réparation. Il s'est donc éloigné de son sens étymologique, même si c'est précisément « dans le sens étymologique premier du verbe « satisfaire », qui est celui de remplir, acquitter ce qui est dû »<sup>277</sup> que le terme apparaît parfois dans la pratique et dans la doctrine<sup>278</sup>.

3) Bien qu'assez largement admise, la distinction entre satisfaction et indemnisation ne va pas sans difficultés. L'une d'elles, mineure, tient évidemment à la confusion causée par l'emploi occasionnel du mot « satisfaction » dans le sens général, non technique, mentionné plus haut. Une autre difficulté provient de l'ambiguïté des deux adjectifs par lesquels on qualifie généralement la nature du dommage ou du préjudice qui donne lieu respectivement à l'indemnisation et à la satisfaction — à savoir « matériel » et « moral ». Cependant, ces deux objectifs ne rendent pas exactement compte de la nature du dommage réparé respectivement par l'indemnisation et la satisfaction.

4) Comme on l'explique dans le commentaire relatif à l'article 8, l'indemnisation a pour objet de réparer non seulement le dommage matériel, mais aussi le dommage moral subi par les particuliers ou agents de l'Etat lésé<sup>279</sup>.

---

<sup>277</sup> Bissonnette, *op. cit.* (*supra* note 164), p. 248.

<sup>278</sup> Dominicé, par exemple, écrit : « En définitive, ce n'est pas la satisfaction qui est un mode de réparation, mais la réparation qui constitue l'une des formes de satisfaction » (« La satisfaction en droit des gens », *Mélanges Georges Ferrin*, Lausanne, Payot, 1984, p. 121).

<sup>279</sup> Même si, en ce qui concerne le dommage moral causé aux personnes physiques, il n'est pas rare de trouver dans la jurisprudence internationale des cas où des arbitres ont expressément qualifié de « satisfaction » et non de « réparation pécuniaire » l'octroi d'une somme en réparation d'un dommage de ce type. Ainsi, dans la célèbre affaire *Janes* [sentence du 16 novembre 1925, Nations Unies, *Recueil*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 82 et suiv.], la Commission générale des réclamations américano-mexicaine a estimé que « compte dûment tenu de tous les éléments pertinents, [...] un montant de [...] sans intérêt n'[était] pas excessif comme satisfaction\* du dommage personnel causé aux réclamants par le fait que le meurtrier de Janes n'a été ni appréhendé ni puni » [par. 26 de la sentence (*ibid.*, p. 90)]. Dans l'affaire *Francisco Mallén*, la même Commission, tout en accordant une « indemnisation » pour le « préjudice physique subi par Mallén » avait décidé qu'il fallait y adjoindre une somme « à titre de satisfaction pour l'atteinte à la dignité, le défaut de protection et le déni de justice » [sentence du 27 avril 1927 (*ibid.*, p. 173 et suiv., notamment p. 179 et 180)]. La même Commission a repris la même argumentation dans l'affaire des *Frères Stephens* [sentence du 15 juillet 1927 (*ibid.*, p. 265 et suiv.)]. La tendance à appliquer le concept de « satisfaction » à des situations de ce genre existe aussi manifestement dans la doctrine : voir par exemple Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 197 et 198, et Gray, *op. cit.* (*supra* note 160), p. 33 et 34.

La satisfaction en revanche est habituellement considérée comme réparant seulement le dommage non matériel causé à l'État<sup>280</sup>. Il s'agit du type de dommage qu'un certain nombre d'auteurs définissent comme étant le préjudice moral subi par l'État lésé dans son honneur, sa dignité et son prestige, et qui est parfois considéré comme la conséquence de n'importe quel fait illicite, dont l'existence ne dépend pas de celle du dommage matériel et qui est autonome par rapport à celui-ci. Selon certains auteurs, l'un des principaux éléments de ce type de dommage serait en fait la violation du droit de l'État, en quoi consiste tout fait illicite, qu'il entraîne ou non un dommage concret. Ainsi, selon Anzilotti :

[...] L'élément essentiel des rapports entre les États n'est pas l'élément économique, bien que celui-ci en constitue en dernière analyse le substratum; c'est plutôt un élément idéal : l'honneur, la dignité, la valeur éthique des sujets. Il en résulte que le seul fait qu'un État voit un de ses droits méconnu par un autre État implique un dommage que celui-ci ne peut pas être tenu de supporter, quand même n'en devraient pas dériver des conséquences matérielles : dans aucune partie de la vie humaine on ne ressent comme dans celle-ci la vérité des mots bien connus *Wer sich Wurm macht, er muss getreten werden*. [...]<sup>281</sup>.

Moins souvent, mais de manière peut être significative, ce type de préjudice est également qualifié de « dommage politique », l'expression étant utilisée, de préférence en conjonction avec celle de « dommage moral », dans le sens évoqué plus haut, c'est-à-dire atteinte à la dignité, à l'honneur, au prestige et/ou à la sphère juridique de l'État victime d'un acte internationalement illicite. L'expression consacrée est « dommage moral et politique », dans laquelle il paraît difficile d'isoler l'aspect « politique » de l'aspect « moral ». L'adjectif « politique » a probablement pour but de souligner le caractère « public » qu'acquiert le dommage moral lorsqu'il touche plus directement l'État dans son caractère souverain (et son égalité souveraine) et dans sa personnalité internationale. Dans ce sens, il peut servir à mieux distinguer entre le dommage « moral » subi par l'État (excluant les relations interétatiques) et le dommage « moral » au sens où on emploie le plus fréquemment le terme (en droit interne et en droit international) pour désigner le dommage immatériel ou moral causé aux particuliers ou aux agents de l'État et qui touche en quelque sorte l'État de façon moins immédiate au niveau de ses relations extérieures.

5) Lorsqu'elle a formulé le *paragraphe 1* de l'article 10, la Commission n'a pas jugé nécessaire d'entrer dans ces problèmes de terminologie ou dans les distinctions faites par les auteurs entre les différents éléments constitutifs du dommage moral causé à l'État, en particulier parce que l'atteinte à la dignité, à l'honneur ou au prestige de l'État et le dommage « juridique » tendent à se confondre en un seul et même « effet préjudiciable »<sup>282</sup>. Le membre de phrase « le dommage, notamment moral, », qui englobe tout cela, a pour but

d'exprimer l'idée que la sorte de préjudice pour laquelle la satisfaction est le mode de réparation spécifique consiste en tout dommage non matériel subi par un État par suite d'un fait internationalement illicite.

6) Comme la disposition correspondante des projets d'articles sur la restitution en nature et l'indemnisation, le paragraphe 1 énonce un droit de l'État lésé. En même temps, le texte reconnaît le caractère assez exceptionnel de ce mode de réparation en précisant que la satisfaction peut être obtenue « si, et dans la mesure où, cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale ». Ce membre de phrase reconnaît, d'une part, qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles il n'existe pas de base sur laquelle accorder satisfaction et, d'autre part, que le critère pour évaluer une demande de satisfaction est le principe de la réparation intégrale. L'étude qui est faite ci-après de la jurisprudence internationale et de la pratique diplomatique pertinentes a pour but de fournir des indications concernant les circonstances dans lesquelles la satisfaction peut être obtenue.

7) Que la satisfaction est un mode de réparation exceptionnel, c'est ce qui ressort clairement des sentences rendues dans les affaires *Miliani*<sup>283</sup>, *Stevenson*<sup>284</sup>, dans celles du « Carthage » et du « Manouba »<sup>285</sup> et dans celle

---

violation même du droit de l'État lésé, et celle-ci finit par constituer l'essentiel du dommage. En effet, un État ne peut pas tolérer une violation de son droit sans se trouver diminué dans la considération dont il jouit, et qui est l'un de ses atouts majeurs et politiquement les plus appréciés [Anzilotti, *op. cit.* (*supra* note 162)].

<sup>283</sup> Nations Unies, *Recueil*, vol. X (numéro de vente : E/F.60.V.4), p. 591.

<sup>284</sup> *Ibid.*, vol. IX (numéro de vente : E/F.59.V.5), p. 506.

<sup>285</sup> Sentences du 6 mai 1913 (France c. Italie). Dans l'affaire du « Manouba », le tribunal arbitral avait statué comme suit :

« [...] »

« Considérant que la capture ne pourrait non plus être légitimée par la régularité, relative ou absolue, de ces dernières phases envisagées séparément.

« Sur la demande tendant à faire condamner le Gouvernement royal italien à verser à titre de dommages-intérêts :

« 1° La somme de un franc pour atteinte portée au pavillon français;

« 2° La somme de cent mille francs pour réparation du préjudice moral et politique résultant de l'inobservation de droit commun international et des conventions réciproquement obligatoires pour l'Italie comme pour la France.

« Et sur la demande tendant à faire condamner le Gouvernement de la République française à verser la somme de cent mille francs à titre de sanction et de réparation du préjudice matériel et moral résultant de la violation du droit international, notamment en ce qui concerne le droit que le belligérant a de vérifier la qualité d'individus soupçonnés être des militaires ennemis, trouvés à bord de navires de commerce neutres

« Considérant que, pour le cas où une Puissance aurait manqué à remplir ses obligations, soit générales, soit spéciales, vis-à-vis d'une autre Puissance, la constatation de ce fait, surtout dans une sentence arbitrale, constitue déjà une sanction sérieuse;

« que cette sanction est renforcée, le cas échéant, par le paiement de dommages-intérêts pour les pertes matérielles;

« [...] »

« que, en thèse générale, l'introduction d'une autre sanction pénale paraît être superflue et dépasser le but de la juridiction internationale;

« Considérant que, par application de ce qui vient d'être dit, les circonstances de la cause présente ne sauraient motiver une telle sanction supplémentaire, que, sans autre examen, il n'y a donc pas lieu de donner suite aux demandes susmentionnées.

« [...] » (*ibid.*, vol. XI (numéro de vente : E/F.61.V.4), p. 475).

Dans l'affaire du « Carthage », la sentence rendue par la même juridiction était presque identique (*ibid.*, p. 460 et 461).

<sup>280</sup> C'est dans ce sens que l'expression « dommage moral » est utilisée, notamment par J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 3<sup>e</sup> éd., Nördlingen, 1878; tr. française de C. Lardy, *Le droit international codifié*, 5<sup>e</sup> éd. rev. et augm., Paris, 1895, p. 264; Anzilotti, *op. cit.* (*supra* note 162), de Visser, *loc. cit.* (*supra* note 175), p. 119; Rousseau, *op. cit.* (*supra* note 243); et Morelli, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 358.

<sup>281</sup> Anzilotti, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 493 et 494.

<sup>282</sup> Le dommage juridique, autre ment dit la simple violation du droit de l'État lésé, est ressenti en fait par cet État comme une offense à sa dignité, à son honneur ou à son prestige. Pour paraphraser à nouveau Anzilotti, dans bien des cas le dommage se confond avec la

du. « Lusitania »<sup>286</sup>. Que l'obligation d'indemniser l'État lésé du dommage matériel subi est distincte de l'obligation de fournir satisfaction pour d'autres types de dommages, c'est ce qui ressort également d'un certain nombre d'affaires qui ont fait jurisprudence. Un exemple célèbre est celui du « *I'm Alone* », navire canadien appartenant à des Américains et coulé par les garde-côtes des États-Unis. Les Commissaires décidèrent de ne pas accorder d'indemnité pour la perte du navire; néanmoins ils déclarèrent :

Le fait, cependant, que les garde-côtes des États-Unis aient coulé le navire était, comme on l'a déjà indiqué, un acte illicite. Les Commissaires estiment que les États-Unis doivent reconnaître formellement l'illégalité de cet acte, et présenter des excuses au Gouvernement canadien de Sa Majesté; de plus, à titre de réparation matérielle pour l'acte illicite, les États-Unis doivent payer la somme de 25 000 dollars au Gouvernement canadien de Sa Majesté<sup>287</sup>.

D'autres exemples sont fournis par l'affaire *Arends*<sup>288</sup> et l'affaire *Brower*<sup>289</sup>.

8) Dans la pratique diplomatique, il a été demandé satisfaction pour divers types d'agissements dommageables : outrage à des emblèmes de l'État tels que le drapeau national<sup>290</sup>, violation de la souveraineté ou de l'intégrité territoriale<sup>291</sup>, attaques contre des navires ou

<sup>286</sup> Voir *supra* note 206.

<sup>287</sup> Sentences du 30 juin 1933 et du 5 janvier 1935 (Canada c. États-Unis d'Amérique) [Nations Unies, *Recueil*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1609 et suiv., notamment p. 1618]

<sup>288</sup> Dans laquelle le surarbitre avait déclaré :

« [...] Les préjudices résultant de la détention du navire sont nécessairement minimes mais, de l'avis du surarbitre, le gouvernement défendeur est disposé à reconnaître sa responsabilité pour l'acte regrettable commis par ses fonctionnaires [...] » [Nations Unies, *Recueil*, vol. X (numéro de vente : E/F.60.V.4), p. 730].

<sup>289</sup> Il s'agissait de six petites îles de l'archipel des Fidji qui avaient été achetées par un ressortissant américain, Brower. Pour n'avoir pas reconnu les droits de Brower en acquérant la souveraineté sur les îles Fidji, le Royaume-Uni fut condamné à payer un shilling. Le Tribunal arbitral anglo-américain, se référant à un rapport du Ministre des colonies britannique, selon lequel :

« Il s'agit de six petites îles du groupe Ringgold. Ce sont de simples îlots, plantés de quelques cocotiers et situés dans une partie éloignée de la colonie, à 180 miles environ de Suva. Si on les metait aux enchères, je doute qu'un seul acquéreur se présente »

avait conclu en ces termes :

« Dans ces circonstances, nous considérons que, nonobstant notre conclusion sur le principe de la responsabilité, les États-Unis doivent se contenter de dommages-intérêts symboliques. » [Sentence du 14 novembre 1923 (ibid., vol. VI [numéro de vente : 1955.V.3], p. 109 et suiv.)]

<sup>290</sup> On trouve des exemples dans l'affaire *Mager* (1874) [Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 64], l'affaire du « *Petit Vaisseau* » (1863) [La *prassi italiana*, 1<sup>re</sup> série, vol. II, n° 1010] et l'affaire qui découlait de l'outrage au drapeau français à Berlin en 1920 [Eagleton, *op. cit.* (*supra* note 205), p. 186 et 187].

<sup>291</sup> Un exemple bien connu est celui du « *Rainbow Warrior* » (*supra* note 120), voir à ce sujet R. Pinto, « L'affaire du *Rainbow Warrior* : À propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 (Nouvelle Zélande c. France) », *Journal de droit international*, 1990, p. 841 et suiv.; J. Charpentier, « L'affaire du *Rainbow Warrior* », *Annuaire français de droit international* (Paris), 1985, vol. 31, p. 210 et suiv.; D. W. Bowett, « Treaties and State responsibility », dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement* Mélanges Michel Virally, Paris, Pedone, 1991, p. 137 à 145; et G. Pal misano, « Sulla decisione arbitrale relativa alla seconda fase del caso *Rainbow Warrior* », *Rivista di diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1990, vol. 73, p. 874 à 910.

Un autre exemple particulièrement intéressant, puisqu'il concerne une organisation internationale, la Société des Nations, se rapporte à une opération militaire menée en territoire bulgare par la Grèce

des aéronefs<sup>292</sup>, mauvais traitements ou agressions contre des chefs d'État ou de gouvernement ou contre des représentants diplomatiques ou consulaires ou d'autres personnes protégées sur le plan diplomatique<sup>293</sup>, et violation de locaux, d'ambassades ou de consulats (ainsi que du domicile de membres de missions diplomatiques étrangères)<sup>294</sup>. Satisfaction a également été demandée dans des cas où les victimes d'un fait internationalement illicite étaient des particuliers ressortissants d'un État étranger<sup>295</sup>.

en 1925 (SDN, *Journal officiel*, 7<sup>e</sup> année, n° 2, février 1926, p. 172 et suiv.). On peut également mentionner l'enlèvement en Argentine et le transfert en Israël d'Adolf Eichman, même s'il n'a pas été répondu favorablement à la demande du Gouvernement argentin (Whiteman, *Digest*, vol. 5, p. 210).

<sup>292</sup> Par exemple, l'incident de la canonnière *Panay* (1937) entre le Japon et les États-Unis (L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8<sup>e</sup> éd. rev. par H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I: *Peace*, p. 354, note 2); l'attaque d'un appareil soviétique ayant à son bord le président Brejnev par des avions de chasse français au-dessus des eaux internationales de la Méditerranée (« *Chronique* », RGDIP, t. 65, 1961, p. 603 et suiv.); et le torpillage d'un navire des Bahamas par un avion cubain en 1980 (ibid., t. 84, 1980, p. 1078 et 1079).

<sup>293</sup> On trouvera les exemples empruntés à la pratique diplomatique italienne dans *La prassi italiana*, 1<sup>re</sup> série, vol. II, n° 1014 et 1017, et ibid., 2<sup>e</sup> série, vol. III, n° 2559, 2563 et 2576. On peut aussi mentionner dans ce contexte l'assassinat en 1919 d'un soldat français qui était de garde à l'ambassade de France à Berlin (P. Fauchille, *Traité de droit international public*, Paris, 1922, t. I, 1<sup>re</sup> partie, p. 528) et un incident de 1924 au cours duquel le Vice-Consul des États-Unis à Téhéran fut tué par la foule pour avoir essayé de prendre des photographies d'une cérémonie religieuse (Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 732 et 733). Également significative est l'affaire concernant le meurtre, en 1923, près de Janina, du général Tellini, représentant italien auprès de la Commission internationale chargée par la Conférence des ambassadeurs de délimiter la frontière gréco-albanaise. La Grèce, tenue pour responsable du meurtre, se vit demander des réparations particulièrement lourdes par la Conférence des ambassadeurs [voir Eagleton, *op. cit.* (*supra* note 205), p. 187 et 188].

On peut citer comme exemple plus récent les incidents qui ont eu lieu au cours du voyage du Président de la République française, Georges Pompidou, aux États-Unis, en 1970 (« *Chronique* », RGDIP, t. 75, 1971, p. 177 et suiv., notamment p. 181) et la fouille des bagages du Président de la République libanaise, Soléïman Frangié, à l'aéroport de New York en 1974 (ibid., vol. 79, 1975, p. 810 et 811). On trouvera des épisodes analogues dans F. Przetacznik, « La responsabilité internationale de l'État à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre État », RGDIP, Paris, t. 78, 1974, p. 951 et suiv.).

Une affaire qui mérite une mention spéciale étant donné qu'elle concerne une organisation internationale est celle de l'assassinat en 1948, en Palestine, du comte Bernadotte dans l'exercice de ses fonctions au service des Nations Unies (Whiteman, *Digest*, vol. 8, p. 742 et 743).

<sup>294</sup> Par exemple, l'attaque par des manifestants, en 1851, du consulat d'Espagne à la Nouvelle-Orléans (Moore, *Digest*, vol. VI, p. 811 et suiv., notamment p. 812); la violation par deux fonctionnaires turcs de la résidence du consul d'Italie à Tripoli en 1883 (*La prassi italiana*, 1<sup>re</sup> série, vol. II, n° 1018) et la tentative manquée de violation du consulat d'Italie à Alexandrie par deux policiers égyptiens en 1888 (ibid., 2<sup>e</sup> série, vol. III, n° 2558).

Plus récemment, des excuses et des regrets ont été formulés à la suite de manifestations devant l'ambassade de France à Belgrade en 1961 (« *Chronique* », RGDIP, t. 65, 1961, p. 610), et à la suite de l'incendie en 1964 de la bibliothèque du Service d'information américain du Caire (ibid., t. 69, 1965, p. 130 et 131) et, en 1965, de celle de Karachi (ibid., t. 70, 1966, p. 165 et 166).

<sup>295</sup> Une affaire bien connue est celle des protestations de l'Italie au sujet du lynchage en 1891 de 11 Italiens emprisonnés à la suite du meurtre du chef de la police de la Nouvelle-Orléans. Les États Unis déplorèrent l'incident et accordèrent à l'Italie une somme de 125 000 lires, à charge pour le Gouvernement italien de la distribuer aux familles des victimes (*La prassi italiana*, 2<sup>e</sup> série, vol. III, n° 2571).

Un autre exemple concerne le meurtre, en 1904, d'un missionnaire américain, le révérend Labaree; le Gouvernement persan paya une somme de 30 000 dollars et punit les Kurdes responsables de cet assassinat (Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 125 et suiv.).

9) 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, dont le paragraphe 2 de l'article 10 donne une liste non exhaustive. Les « excuses » mentionnées à l'*alinéa* a comprennent l'expression de regrets, la présentation d'excuses, le salut au drapeau, etc. Elles sont mentionnées par de nombreux auteurs et occupent une place importante dans la jurisprudence internationale. On peut citer comme exemple les affaires du « *I'm Alone* »<sup>296</sup>, l'affaire *Keller*<sup>297</sup> et l'affaire du « *Rainbow Warrior* »<sup>298</sup>. Dans la pratique diplomatique, les outrages aux emblèmes de l'État ou du gouvernement<sup>299</sup>, les agressions contre les représentants diplomatiques ou consulaires ou d'autres agents protégés sur le plan diplomatique<sup>300</sup>, ou contre des particuliers ressortissants d'un État étranger<sup>301</sup> ont souvent conduit à la présentation d'excuses ou à l'expression de regrets, de même que les attaques dirigées contre les locaux diplomatiques et consulaires<sup>302</sup> ou des navires<sup>303</sup>. Les formes de satisfaction telles que le salut au drapeau ou au pavillon ou les missions expiatoires semblent avoir disparu

<sup>296</sup> Voir *supra* note 287.

<sup>297</sup> Sentence du 20 septembre 1897 (États-Unis d'Amérique c. Siam). La commission arbitrale décida que « Le Gouvernement de Sa Majesté siamoise [devait] exprimer officiellement ses regrets au Gouvernement des États-Unis [...] » (Moore, *Digest*, vol. II, p. 1862 et suiv., notamment p. 1864).

<sup>298</sup> Voir *supra* notes 120 et 291. Dans sa décision, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a décidé que la France devait présenter des excuses formelles à la Nouvelle-Zélande.

<sup>299</sup> En mars 1949, un marin américain en permission à La Havane avait escaladé la statue de José Martí, héros de l'indépendance cubaine. À la suite de la protestation du Gouvernement cubain, l'ambassadeur des États-Unis déposa une gerbe de fleurs au pied de la statue et présenta des excuses publiques (Bissonnette, *op. cit.* (*supra* note 164), p. 67 et 68).

Les affaires concernant l'outrage au drapeau ou au pavillon national ont été relativement fréquentes pendant la période qui a précédé la seconde guerre mondiale. L'une des formes de satisfaction caractéristiques consiste en une cérémonie au cours de laquelle l'État offensé salue le drapeau de l'État offensé.

<sup>300</sup> On trouvera des exemples *supra* note 293.

<sup>301</sup> On trouvera des exemples *supra* note 295.

<sup>302</sup> À la suite de la mise à sac de l'ambassade de France à Saïgon par des étudiants vietnamiens en 1964, le Gouvernement vietnamien a publié dans la presse locale un communiqué dans lequel il présentait ses excuses et proposait que les dommages causés aux personnes et aux biens fussent évalués pour permettre le paiement d'une indemnité (« *Chronique* », RGDIP, t. 68, 1964, p. 944). À la suite des attentats à l'explosif, en 1967, contre l'ambassade de Yougoslavie à Washington et contre les consulats yougoslaves à New York, Chicago et San Francisco, le Secrétaire d'État américain a présenté les excuses de son pays à l'ambassadeur de Yougoslavie sous la forme d'une déclaration officielle à la presse (*ibid.*, t. 71, 1967, p. 775). Le Gouvernement chinois a exigé du Gouvernement indonésien des excuses publiques pour le saccage en 1966 des consulats chinois à Djakarta, Macassar et Medan, au cours d'émeutes anticomunistes (*ibid.*, t. 70, 1966, p. 1013 et suiv.). Le même gouvernement a demandé et obtenu des excuses publiques à la suite des incidents survenus à la gare d'Oulan Bator, où des diplomates et des ressortissants chinois avaient été maltraités par la police mongole (*ibid.*, t. 71, 1967, p. 1067 et 1068).

<sup>303</sup> On peut citer comme exemple l'incident de la canonnière *Panay* (*supra* note 292) et l'incident au cours duquel le « *Stark* » avait été endommagé en 1987 par un missile iraquien. Lors de ce dernier incident, le Président de la République iraquienne adressa immédiatement au Président des États-Unis une lettre où il lui expliquait qu'il s'agissait d'un accident et lui exprimait ses « sincères condoléances » pour la mort des matelots américains, en ajoutant que « la compassion et les regrets [n'étaient] pas suffisants ».

de la pratique récente. Inversement, la demande ou l'offre d'excuses sont, semble-t-il, devenues plus importantes et plus fréquentes.

10) Il convient de souligner qu'il y a d'autres moyens que le recours à la presse ou à d'autres médias pour obtenir l'effet de résonance des excuses publiques. On l'assure encore mieux par le choix du niveau hiérarchique de l'organisation de l'État offensé d'où émanent les excuses<sup>304</sup>. Dans ce contexte, il faut mentionner une forme de satisfaction qui a sa place tant dans la doctrine<sup>305</sup> que dans la jurisprudence internationale<sup>306</sup> : la reconnaissance par un tribunal international de l'illicéité du comportement de l'État offensé.

11) Une autre forme de satisfaction, mentionnée à l'*alinéa* b du paragraphe 2, est le paiement de dommages-intérêts symboliques. On en trouve plusieurs exemples dans la jurisprudence internationale<sup>307</sup>.

12) Beaucoup plus complexe est la forme de satisfaction dont traite l'*alinéa* c, à savoir, « des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte ». Ces

<sup>304</sup> Par exemple, à la suite de la tentative d'assassinat commise en 1964 contre l'ambassadeur des États-Unis à Tokyo, le Premier Ministre et le Ministre des affaires étrangères japonais lui avaient présenté des excuses et le Ministre de l'intérieur avait démissionné. En outre, l'empereur Hirohito lui-même avait envoyé un représentant personnel pour s'associer à la démarche des membres du gouvernement (« *Chronique* », RGDIP, t. 68, 1964, p. 736).

<sup>305</sup> Morelli, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 358; et Gray, *op. cit.* (*supra* note 160), p. 42.

<sup>306</sup> Dans l'affaire du « *Manouba* » par exemple, le tribunal arbitral avait notamment déclaré que

« [...] pour le cas où une Puissance aurait manqué à remplir ses obligations, soit générales, soit spéciales, vis-à-vis d'une autre Puissance, la constatation de ce fait, surtout dans une sentence arbitrale, constitue déjà une sanction sérieuse » (voir *supra* note 285).

Dans l'affaire du « *Carthage* », une sentence presque identique a été rendue par le même tribunal.

Plus significatif encore, dans le même sens, est l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fond). En réponse à la question

« Le Royaume-Uni a-t-il violé, selon le droit international, la souveraineté de la République populaire d'Albanie par les actions de la marine de guerre britannique dans les eaux albanaises le 22 octobre et les 12 et 13 novembre 1946, et y a-t-il lieu à donner satisfaction ? » (C.I.J. *Recueil* 1949 (voir *supra* note 233), p. 12),

la Cour a déclaré

« [...] que, par les actions de sa marine de guerre dans les eaux albanaises au cours de l'opération des 12-13 novembre 1946, le Royaume-Uni a violé la souveraineté de la République populaire d'Albanie, cette constatation par la Cour constituant elle-même une satisfaction appropriée » (*ibid.*, p. 36).

<sup>307</sup> Dans l'affaire *Arends* (voir *supra* note 288), le surarbitre de la Commission mixte des réclamations néerlandaise-vénézuélienne avait indiqué que la satisfaction consistait en l'expression de regrets sous la forme d'un versement de 100 dollars. Autres exemples : l'affaire *Brower* (voir *supra* note 289) et l'affaire de la *Concession des phares de l'Empire ottoman*, dans laquelle la Cour permanente d'arbitrage, statuant sur l'une des réclamations de la France à l'encontre de la Grèce, avait déclaré :

« Le Tribunal considère la base de cette réclamation comme suffisamment prouvée, si bien qu'il s'agit seulement de fixer le montant du dommage subi de ce chef par la Société. Devant l'inconsistance de la réclamation française qui, après avoir fixé à 10 000 francs Poincaré le montant du préjudice, a ensuite déclaré ne plus pouvoir le chiffrer, le Tribunal tout en reconnaissant en principe le bien-fondé de la demande, ne peut qu'accorder une indemnité symbolique de un franc. » [Nations Unies, *Recueil* (*supra* note 260), p. 216.]

dommages-intérêts ont un caractère exceptionnel comme l'indique le membre de phrase « en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé ». Ce sont des dommages-intérêts qui 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 malintentionné de la partie auteur du fait illicite.<sup>308</sup> Cette définition met bien en lumière la fonction spécifique de la satisfaction par rapport à la restitution en nature et à l'indemnisation. Cet aspect est examiné dans la dernière partie du présent commentaire.

13) La jurisprudence internationale récente fournit un exemple intéressant de « dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte » avec l'affaire du « *Rainbow Warrior* »<sup>309</sup> où un navire avait été coulé dans le port d'Auckland en 1985 par des agents des services français de sécurité qui avaient utilisé de faux passeports suisses pour entrer en Nouvelle-Zélande. La Nouvelle-Zélande réclama à la France des excuses formelles et le paiement de 10 millions de dollars des États-Unis, somme qui dépassait de loin la valeur du dommage matériel subi. La France reconnut sa responsabilité, mais refusa de payer la somme considérable réclamée par la Nouvelle-Zélande à titre d'indemnisation. L'affaire fut finalement soumise au Secrétaire général de l'ONU, qui décida notamment que la France paierait à la Nouvelle-Zélande une somme de 7 millions de dollars.

14) La dernière des formes de satisfaction énumérées au paragraphe 2 est la prise de sanctions contre les agents de l'État responsables, qui fait l'objet de l'*alinéa d*. Les auteurs insistent sur cette forme de satisfaction<sup>310</sup> qui a fréquemment été demandée et accordée dans la pratique diplomatique sous la forme du désaveu par l'État offensé de l'acte de son agent<sup>311</sup>, de la constitution d'une commission d'enquête et du châtement des personnes responsables<sup>312</sup>. Une variante en est offerte par l'affaire du « *Rainbow Warrior* » dans laquelle le Secrétaire général a décidé que les deux agents français responsables devaient être remis à la France puis assignés à résidence sur l'île de Hao pendant trois ans au moins.

15) La Commission est consciente qu'une large application de cette forme de satisfaction pourrait aboutir à une ingérence indue dans les affaires intérieures des

<sup>308</sup> En « common law », ce type de dommages-intérêts est appelé *exemplary damages*.

<sup>309</sup> Voir *supra* notes 120 et 291.

<sup>310</sup> Voir, par exemple, Bluntschli, *op. cit.* (*supra* note 280), p. 265 et Bissonnette, *op. cit.* (*supra* note 164), p. 24.

<sup>311</sup> En ce qui concerne le désaveu pendant la période allant de 1850 à 1939, voir Bissonnette, *op. cit.* (*supra* note 164), p. 104 et suiv.

Il y a eu une affaire de ce genre entre la Bolivie et les États-Unis. À la suite de la publication en mars 1959 dans l'hebdomadaire américain *Time* d'un article rapportant les propos du porte-parole de l'ambassade des États-Unis à La Paz jugés offensants à l'égard de la Bolivie, le Département d'État a rectifié immédiatement la teneur de ces propos (Whitman, *Digest*, vol. 5, p. 169 et 170).

<sup>312</sup> Le châtement des individus responsables a été demandé dans l'affaire de l'assassinat en 1948, en Palestine, du comte Bernadotte dans l'exercice de ses fonctions au service des Nations Unies (voir *supra* note 293) et dans l'affaire du meurtre, en 1975, de deux officiers américains à Téhéran (« Chronique », RGDIP, t. 80, 1976, p. 257).

États. Elle 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.

16) La 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. Un exemple pertinent est celui de l'affaire du « *Rainbow Warrior* »<sup>311</sup>, dans laquelle le Secrétaire général a ordonné la présentation d'excuses formelles, le versement de dommages-intérêts et la restriction de la liberté de mouvement des agents responsables.

17) La spécificité de la satisfaction en tant que conséquence d'un fait internationalement illicite se manifeste non seulement dans les types de préjudices pour lesquels elle intervient et dans les formes particulières qu'elle revêt, mais également, de manière encore plus importante, dans la fonction qu'elle remplit.

18) Une partie de la doctrine<sup>314</sup>, des décisions de jurisprudence et des éléments de la pratique tendent à attribuer à la satisfaction, en tant que mode de réparation, un caractère afflictif, qui la distingue des modes de réparation compensatoires comme la *restitutio* et l'indemnisation. Bien entendu, la distinction n'est pas absolue. Même un procédé comme la réparation par équivalent (sans parler de la restitution en nature) joue, dans les relations entre États comme dans les rapports entre les individus, un rôle qui ne saurait être considéré comme purement compensatoire. S'il ne s'agit assurément pas d'un rôle punitif, elle remplit bien cependant une fonction très générale de dissuasion et de prévention pour ce qui est de la commission de faits illicites.

19) La distinction entre la satisfaction, d'une part, et la *restitutio* et l'indemnisation, d'autre part, n'exclut pas que deux de ces modes de réparation ou tous les trois interviennent ensemble pour assurer la réparation complète du dommage matériel en même temps que du dommage moral/politique/juridique. En fait, tant dans la jurisprudence que dans la pratique diplomatique, la satisfaction s'accompagne souvent d'une indemnisation.

<sup>313</sup> Voir *supra* note 120. Selon Palmisano, l'assignation à résidence des deux agents français doit être comprise (contrairement à ce qui est dit dans les écrits, peu nombreux, des auteurs sur le sujet) non comme satisfaction au sens propre, mais plutôt comme le résultat d'un règlement *ex aequo et bono* d'un différend « politique » entre les parties, différend distinct du différend juridique au sujet de la responsabilité de la France pour l'attentat contre le « *Rainbow Warrior* » (*op. cit.* (*supra* note 291), p. 900 et 901).

<sup>314</sup> Figurent au nombre de ces auteurs : Bluntschli, *op. cit.* (*supra* note 280), p. 426; Eagleton, *op. cit.* (*supra* note 205), p. 190 et 191; H. Lauterpacht, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours... 1937-IV*, Paris, Sirey, 1938, vol. 62, p. 350; Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 317 et 318; F. V. García Amador, sixième rapport sur la responsabilité internationale (*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 20, doc. A/CN.4/134 et Add.1), par. 76; et Morelli, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 358.

La satisfaction est toutefois considérée comme purement réparatrice [en ce sens qu'elle ne doit pas avoir de conséquence allant au-delà de ce que le droit interne prévoit généralement comme conséquence d'un délit civil (*civil tort*)] par G. Ripert. « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », *Recueil des cours... 1933 II*, Paris, Sirey, vol. 44, p. 622; Bissonnette, *op. cit.* (*supra* note 164), p. 25; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 236 et 237; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (*supra* note 176), p. 571, et Dominicé, *loc. cit.* (*supra* note 181), p. 118.

20) Son caractère autonome n'empêche pas non plus la satisfaction d'apparaître souvent comme absorbée dans les procédés plus rigoureusement compensatoires, voire confondue avec eux. Cela a peut-être été le cas, par exemple, dans l'affaire du « *Rainbow Warrior* », où tant la somme réclamée par la Nouvelle-Zélande que celle qui lui a été accordée par le Secrétaire général de l'ONU dépassaient de loin la valeur du dommage matériel. On en trouve d'autres exemples dans l'affaire du lynchage de 11 Italiens à la Nouvelle-Orléans<sup>315</sup> et dans l'affaire Labaree<sup>316</sup>. On peut douter, à première vue, que dans ces cas il y ait eu satisfaction *stricto sensu*. L'élément de satisfaction y est néanmoins également perceptible, soit qu'une ou plusieurs formes de satisfaction aient été demandées ou obtenues par l'État offensé, soit que le montant de l'indemnité ait dépassé dans des proportions plus ou moins importantes l'étendue du dommage matériel. Il y a aussi des cas où la présence d'une certaine forme de satisfaction est suggérée par la reconnaissance des faits ou de la responsabilité par l'État offensé.

21) La Commission, tout en convenant du fond et de la forme des dispositions de l'article 10, n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question de savoir s'il conviendrait d'attribuer un caractère afflictif à la satisfaction en tant que forme de réparation, question sur laquelle la doctrine était divisée.

22) On a avancé que le caractère afflictif de la satisfaction était incompatible avec l'égalité souveraine des États. Il n'était compatible ni avec la composition ni avec la structure d'une « société des États », au motif que :

a) Il n'était pas « convenable » d'imposer un châtiement ou une peine à des personnes autres que physiques, et surtout pas à des États souverains;

b) L'imposition d'un châtiement ou d'une peine dans le cadre d'un système de droit présuppose l'existence d'institutions incarnant, comme dans les sociétés nationales, l'ensemble de la collectivité, institutions dont la « société des États » ne dispose pas et qui ne sont pas près — si elles en ont la moindre chance — d'y voir le jour.

23) D'un autre côté, on a soutenu que l'absence même, dans la « société des États », d'institutions capables de remplir des fonctions d'« autorité » telles que la poursuite, le jugement et la répression des infractions criminelles commises par des États faisait qu'il était d'autant plus nécessaire de recourir à des procédés propres à combler une partie, encore que très faible, de ce vide. Selon cette opinion, le caractère afflictif de la satisfaction ne s'opposait pas à l'égalité souveraine des États en présence. On a estimé aussi que la satisfaction relevait de l'expiation<sup>317</sup>. Circonscrire les conséquences d'un délit international (quelle que soit sa gravité) à la restitu-

tion en nature et à l'indemnisation reviendrait à négliger la nécessité d'assurer un moyen spécifique de réparer — à titre à la fois préventif et afflictif — le dommage moral, politique et juridique subi par l'État ou les États lésés, en sus ou au lieu de tout dommage matériel.

24) La Commission estime d'autant plus important de reconnaître les fonctions positives de la satisfaction dans les relations entre les États que c'est précisément en recourant à une ou plusieurs des diverses formes de satisfaction que l'on peut moduler les conséquences du comportement illicite de l'État offensé en fonction de la gravité du fait illicite. Cette conclusion a une importance considérable tant pour la codification que pour le développement progressif dans ce domaine.

25) D'autre part, la Commission estime qu'il importe de tirer les leçons de la pratique diplomatique de la satisfaction qui montre que les abus de la part des États lésés ou soi-disant lésés ne sont pas rares. Les États puissants ont souvent réussi à imposer à des États offensés plus faibles des excuses ou des formes de satisfaction humiliantes, incompatibles avec la dignité de l'État auteur du fait illicite et avec le principe de l'égalité. Un certain nombre d'auteurs<sup>318</sup> ont insisté sur la nécessité d'empêcher les abus. Ce souci est à la base du *paragraphe 3* de l'article 10 qui, en précisant que des exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite sont inacceptables, fournit une indication indispensable des limites dans lesquelles un État offensé devrait accéder à une demande de satisfaction sous l'une ou plusieurs de ses formes possibles.

<sup>315</sup> Voir *supra* note 295.

<sup>316</sup> *Ibid.*

<sup>317</sup> Selon Morelli,

« La satisfaction présente une certaine analogie avec la peine. La peine remplit aussi une fonction d'expiation. En outre, la satisfaction, comme la peine, a un caractère afflictif dans la mesure où elle vise à imposer une épreuve au responsable. La différence entre les deux réside dans le fait que la peine est infligée par un autre sujet, alors que dans le cas de la satisfaction l'épreuve imposée consiste en une certaine forme de conduite du sujet responsable lui-même, conduite qui constitue, comme les autres formes de réparation, le contenu d'une obligation du sujet en question. » [*Op. cit. (supra* note 162), p. 358.]

<sup>318</sup> Y compris Bluntschli, *op. cit. (supra* note 280), p. 268 et 269; A. J. P. Tammes, « Means of redress in the general international law of peace », *Essays on the Development of the International Legal Order*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 7 et 8; Personnaz, *op. cit. (supra* note 162), p. 289; et Graefrath, *loc. cit. (supra* note 159), p. 101.

Article 46 [10 bis]

Assurances et garanties de non-répétition

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

Commentaire \*/

1) L'étude de la pratique et de la doctrine montre que, parmi les conséquences d'un fait internationalement illicite, on peut inclure les garanties visant à empêcher que celui-ci ne se reproduise. Cette conséquence particulière est toutefois généralement traitée dans le cadre de la « satisfaction » ou d'autres formes de réparation<sup>319</sup>. Il est vrai

---

\* Annuaire ... 1993 vol. II (deuxième partie), p. 84 à 86 (commentaire de l'ancien article 10 bis).

<sup>319</sup> Selon Brownlie par exemple, les « objets » de la satisfaction sont de trois types, souvent cumulatifs. Ce sont « [...] des excuses ou d'autres formes de reconnaissance de l'acte illicite par différents moyens : salut au drapeau ou versement d'une indemnité; punition des personnes incriminées, et adoption de mesures visant à empêcher que les faits en question ne se reproduisent » [op. cit. (supra note 221), p. 208]. Bissonnette observe de même qu'une « demande de sécurité pour le futur [...] doit être considérée comme une des formes de la satisfaction » [op. cit. (supra note 164), p. 121]. Voir aussi Gracfrath, loc. cit. (supra note 159), p. 87; et García Amador, *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad — Análisis crítico de la concepción tradicional*, Madrid, Escuela de funcionarios internacionales, 1963, p. 447 à 453.

que tous les modes de réparation — qu'ils soient punitifs ou compensatoires — sont en eux-mêmes plus ou moins directement utiles pour éviter qu'un fait illicite ne se répète et que la satisfaction en particulier peut avoir une telle fonction préventive, notamment sous deux de ses formes, à savoir des dommages et intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte, qui font l'objet de l'alinéa c du paragraphe 1 de l'article 10, et une action disciplinaire à l'encontre des responsables de l'acte illicite ou leur châtement, qui sont traités à l'alinéa d du paragraphe 1 du même article<sup>120</sup>. Cependant, 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, de l'avis de la Commission, 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 5 de la deuxième partie du projet<sup>121</sup>. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si le droit de l'État lésé à des garanties de non-répétition est lié à la nature de l'obligation violée et à la gravité du fait illicite. Ce type de garanties pourrait présenter un intérêt particulier dans le cas de violations d'obligations dérivées de normes impératives du droit international<sup>122</sup>. La Commission entend aborder cette question lors de l'étude des conséquences de crimes.

2) Le fait de demander des garanties contre la répétition de l'acte illicite laisse supposer que l'État lésé cherche à obtenir de celui qui l'a offensé quelque chose de plus et de différent qu'une simple réparation, car le rétablissement de la situation préexistante est considéré comme insuffisant. Par exemple, à la suite des manifestations contre l'ambassade des États-Unis à Moscou en février 1965 (moins de trois mois après celles de novembre 1964), le Président des États-Unis a affirmé que

Les États-Unis doivent insister pour que leurs propriétés et leur personnel diplomatique reçoivent la protection exigée par le droit international et par l'usage, protection qui est nécessaire à la conduite des relations diplomatiques entre les États

Des expressions de regret et l'offre d'une indemnité ne sauraient tenir lieu de protection adéquate<sup>123</sup>

<sup>120</sup> Selon Personnaz

« [...] une indemnité pécuniaire peut avoir pour effet d'inciter les États à prendre à l'avenir les mesures nécessaires pour éviter dorénavant le retour d'un tel état de choses. [...] L'intention implicite de telles indemnités qui peuvent être ou non compensatoires peut englober l'idée que par de telles pénalités le gouvernement délinquant peut être amené à améliorer l'administration de sa justice, et donner au réclamant l'assurance que de tels manquements et injustice envers ses citoyens seront évités à l'avenir. » [*Op. cit.* (*supra* note 162), p. 325]

Voir aussi García Amador, sixième rapport sur la responsabilité internationale (*supra* note 314), par. 145

<sup>121</sup> Voir *supra* note 105.

<sup>122</sup> Graefrath fait observer que :

« Dans tous les cas où il est à craindre que la violation ne se poursuive ou ne se répète et, en particulier, s'il s'agit de la violation d'obligations qui découlent des règles du *ius cogens*, la demande de satisfaction portera sur l'adoption de mesures qui empêcheront la poursuite ou la répétition de la conduite illicite et préviendront à l'avenir ce bouleversement de la coopération internationale pacifique » [*Loc. cit.* (*supra* note 159), p. 87]

<sup>123</sup> « Chronique », RGDIP, t. 69, 1965, p. 161

En d'autres termes, l'État lésé demande 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.

3) En ce qui concerne le type de garanties qui peuvent être demandées, la pratique internationale n'est pas uniforme. L'État lésé demande généralement soit des garanties contre le renouvellement de l'acte illicite, sans autres précisions<sup>124</sup>, soit, si l'acte illicite affecte ses nationaux, une meilleure protection des personnes et des biens<sup>125</sup>. Dans les deux cas, il semble que l'État auteur du fait illicite soit tenu d'une obligation de résultat. Face à la demande de garanties de l'État lésé, il conserve le choix des mesures les plus aptes à assurer la réalisation de l'objectif visé, à savoir prévenir la répétition du fait illicite.

4) Il est néanmoins possible que l'État lésé demande à l'État auteur du fait illicite d'adopter des mesures précises ou d'agir de certaines manières déterminées, considérées comme aptes à éviter que le fait illicite ne se reproduise. Dans ce cas, l'État auteur du fait illicite semble être tenu d'une obligation de comportement. Il semble qu'on puisse ici envisager trois possibilités : l'État lésé peut a) exiger de l'État auteur du fait illicite des assurances formelles qu'il respectera à l'avenir certains droits de l'État lésé ou qu'il reconnaîtra l'existence d'une situation donnée en faveur de l'État lésé<sup>126</sup>; b) demander à

<sup>124</sup> On peut citer comme exemples l'incident du *Dogger Bank* entre la Grande-Bretagne et la Russie, en 1904, à propos duquel la Grande-Bretagne avait demandé, entre autres, une « garantie contre la répétition de tels incidents intolérables » [Martens, *Nouveau Recueil* (*supra* note 119), p. 642] et les quatre affaires concernant la visite et la perquisition de navires marchands américains par des croiseurs armés espagnols en haute mer, au large de la côte orientale de Cuba, à la suite de quoi les États-Unis avaient déclaré qu'ils attendaient de l'Espagne « l'assurance formelle que de tels faits ne se reproduiraient pas » (Moore, *Digest*, vol. II, p. 903 et suiv., notamment p. 907).

Peuvent également être mentionnés les échanges de notes entre la Chine et l'Indonésie après l'attaque, en mars 1966, contre le consulat général de Chine à Djakarta. Le Vice-Ministre chinois des affaires étrangères avait demandé, entre autres mesures, « une garantie contre tout renouvellement de pareils incidents à l'avenir » (« Chronique », RGDIP, t. 70, 1966, p. 1013). Un autre exemple est constitué par les notes officielles de protestation adressées par le Gouvernement suisse à la Jordanie, à la Syrie et au Liban à la suite de l'attaque perpétrée à Zurich le 18 février 1969 par quatre membres du Front populaire de libération de la Palestine contre un avion civil israélien, pour condamner cette attaque et demander aux trois gouvernements de prendre « des mesures pour prévenir toute nouvelle violation du territoire suisse » (R. A. Falk, « The Beirut raid and the international law of retaliation », AJIL, vol. 63, 1969, p. 419).

<sup>125</sup> De telles assurances ont été par exemple données dans l'affaire Doane (1886) dans laquelle E. T. Doane, missionnaire américain aux Philippines, s'étant élevé contre la saisie par les autorités espagnoles d'une partie des terres appartenant à la mission, avait été arrêté et expulsé à Manille; à la suite des protestations du Gouvernement des États-Unis, « le Gouvernement espagnol s'était efforcé dans une certaine mesure de réparer le tort causé à M. Doane en le réintégrant dans sa mission et donnant des assurances renouvelées concernant la protection des missionnaires et de leurs biens » (Moore, *Digest*, vol. VI, p. 345 et 346).

<sup>126</sup> On peut citer comme exemples à cet égard : le différend de 1893 entre la France et le Siam dans lequel la France avait demandé au Siam la reconnaissance de ses revendications territoriales sur la rive gauche du Mékong (Martens, *Nouveau Recueil*, 2<sup>e</sup> série, vol. 20, p. 160 et suiv.); l'affaire en 1901 des bureaux de poste ottomans, dans laquelle l'Empire ottoman donna l'assurance formelle que désormais les postes

l'État qui a commis le fait illicite de donner des instructions précises à ses agents<sup>327</sup>; ou c) demander à l'État auteur du fait illicite d'adopter une certaine ligne de conduite, considérée comme propre à prévenir la création des conditions qui avaient permis au comportement illicite d'avoir lieu<sup>328</sup>, une telle ligne de conduite consistant par exemple dans l'adoption ou l'abrogation par l'État fautif de certaines dispositions législatives spécifiques<sup>329</sup>.

(Suite de la note 326)

anglaises, autrichiennes et françaises fonctionneraient librement sur son territoire (« Chronique », RGDIP, t. 8, 1901, p. 777 et suiv., notamment p. 788 et 792); l'affaire du « *Constitución* », en 1907, dans laquelle l'Uruguay avait demandé que le Gouvernement argentin déclarât n'avoir pas eu l'intention de méconnaître la juridiction appartenant à la République orientale sur le Rio de la Plata comme pays voisin et limitrophe (ibid., t. 15, 1908, p. 318); et l'affaire relative à un paquebot-poste français arrêté illégalement en 1894 par les autorités turques, dans laquelle, à la suite des protestations françaises, ces autorités avaient promis de faire mieux respecter dorénavant les stipulations des traités garantissant l'inviolabilité de la personne et du domicile des Français en Orient (ibid., t. 2, 1895, p. 623 et 624). Ces exemples n'illustrent pas nécessairement tout ce qui serait « approprié » au regard des normes actuelles (voir *infra* par. 5 du commentaire sur l'article 10 bis).

<sup>327</sup> On peut citer comme exemples à cet égard : l'affaire de l'« *Alliança* », navire postal américain, attaqué par une canonnière espagnole au large des côtes cubaines en 1895, dans laquelle les États-Unis avaient insisté « pour que des ordres immédiats et positifs soient donnés aux commandants des forces navales espagnoles pour qu'ils n'interfèrent pas avec le commerce américain légitime passant par le détroit, et pour que soient interdits tous les actes mettant en péril les personnes et les biens circulant légalement sous le pavillon des États-Unis » (Moore, *Digest*, vol. II, p. 908 et 909); l'affaire du « *Herzog* » et du « *Bundesrath* », deux vaisseaux allemands saisis durant la guerre des Boers, en décembre 1899 et janvier 1900, par la marine de guerre britannique, dans laquelle l'Allemagne avait appelé l'attention du Gouvernement britannique sur la nécessité de « donner pour instruction à tout commandant naval britannique de ne pas molester les navires marchands allemands qui ne se trouvent pas dans les parages du théâtre des opérations » (Martens, *Nouveau Recueil*, 2<sup>e</sup> série, vol. 29, p. 456 et suiv., notamment p. 486); et l'affaire *Jova* concernant le pillage par des troupes espagnoles en 1896 de la propriété d'un planteur américain, dans laquelle les États-Unis avaient réclamé « des ordres stricts pour prévenir la répétition de pareils actes de vol et de spoliation » (Moore, *Digest*, vol. VI, p. 910).

<sup>328</sup> Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* (*Trail Smelter*), par exemple, en se prononçant sur la question n° 3, contenue à l'article III de la Convention du 15 avril 1935 entre les États-Unis d'Amérique et le Canada (SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXII, p. 75) et ainsi conclu :

« 3° D'après la réponse qui aura été faite à la question précédente, quelles mesures ou quel régime devraient, le cas échéant, être adoptés ou maintenus par la fonderie de Trail ? »

le tribunal arbitral avait mentionné spécifiquement une série de mesures — d'abord provisoires, puis définitives — de nature à « prévenir efficacement des émissions importantes de fumées aux États-Unis, à l'avenir » (Nations Unies, *Recueil* (voir *supra* note 57), p. 1934 et suiv.).

<sup>329</sup> On peut citer par exemple comme exigences expresses de modification ou d'adoption d'une législation : l'affaire *Cutting*, de 1886, dans laquelle les États-Unis, à la suite de la condamnation au Mexique, conformément à la législation mexicaine alors en vigueur, d'un ressortissant américain pour avoir publié dans un journal texan un article jugé diffamatoire envers un citoyen mexicain, exigèrent et obtinrent que le Mexique modifiât la législation en cause (J. Dumas, « La responsabilité des États à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers », *Recueil des cours*, 1931-II,

Dans la pratique récente, on n'a pas enregistré de demandes explicites visant à modifier la législation existante ou à adopter une législation nouvelle. Des demandes de ce genre sont toutefois formulées par des organes internationaux. Par exemple, il est fréquent que des organes internationaux ad hoc demandent aux États responsables de violations des droits de l'homme d'adapter leur législation afin de prévenir la répétition de ces violations. Parmi ces demandes, on peut citer celles du Comité des droits de l'homme dans ses décisions concernant des plaintes émanant de particuliers. Dans l'affaire *Torres Ramírez* par exemple, le Comité, après s'être assuré que le droit uruguayen n'était pas en conformité avec le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, est parvenu à la conclusion suivante :

En conséquence, le Comité conclut que l'État partie est dans l'obligation de fournir des recours efficaces à la victime, y compris une réparation, pour les violations qu'elle a subies, et de prendre des mesures pour que de telles violations ne se reproduisent pas à l'avenir<sup>330</sup>.

5) Il ressort de l'analyse qui précède que les assurances et garanties de non-répétition constituent une mesure *sui generis* qu'il convient de distinguer de la satisfaction et d'autres formes de réparation. Le texte adopté par la Commission prévoit que 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, en reconnaissant ainsi que l'État fautif est tenu de fournir ces garanties sous réserve qu'il existe une demande de l'État lésé et lorsque les circonstances le justifient. Les circonstances à prendre en considération incluent notamment l'existence d'un risque réel de renouvellement du fait et la gravité du préjudice subi par l'État demandeur par suite du fait illicite. L'expression « le cas échéant » indique clairement qu'il incombera au juge (ou à tout autre tiers chargé d'appliquer la règle) de déterminer si les conditions d'octroi de ce que la Commission considère comme un mode de réparation exceptionnel sont remplies, et de refuser les demandes abusives qui porteraient atteinte à la dignité de l'État auteur du fait illicite.

Paris, Sirey, 1932, t. 36, p. 189 et 190); l'affaire du lynchage de ressortissants italiens à Erwin (Mississippi), en 1901, à propos de laquelle l'Italie demanda aux États-Unis de modifier la loi relative à la compétence des tribunaux fédéraux qui, en pratique, empêchait de punir les auteurs de crimes commis contre des étrangers (Moore, *Digest*, vol. VI, p. 848 et 849); et l'affaire de l'« *Alabama* », dans laquelle les réclamations des États-Unis conduisirent la Grande-Bretagne à modifier la loi de 1819 par la loi du 9 août 1870, qui interdisait la construction, sur son territoire, de navires destinés à des belligérants, autorisant l'arrestation de tout navire suspect et condamnant le navire infracteur de la neutralité britannique à restituer les prises qu'il aurait amenées dans un port britannique (N. Politis, *La justice internationale*, Paris, Hachette, 1924, p. 41).

<sup>330</sup> Décision du 23 juillet 1980, par 19 [Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 40 (A/35/40), p. 133]; on peut citer comme autres exemples l'affaire *Lanza*, décision du 3 avril 1980, par 17 (ibid., p. 126), et l'affaire *Dermit Barbato*, décision du 21 octobre 1982, par 11 (ibid., trente huitième session, Supplément n° 40 (A/38/40), p. 142).

CHAPITRE III  
CONTRE-MESURES

Commentaire \*/

1) Le chapitre III présente une série d'articles consacrés à l'aspect sans doute le plus difficile et le plus controversé de l'ensemble du régime de la responsabilité des Etats, celui des contre-mesures 250/. Dans un système international décentralisé qui, pour la plupart des différends, est dépourvu de procédures obligatoires de règlement, les Etats recourent à des mesures unilatérales d'auto-assistance (dénommées "contre-mesures" dans les présents articles). Les contre-mesures prennent la forme de comportements, n'impliquant pas l'emploi ou la menace de la force, qui - s'ils n'étaient justifiés face à la violation des droits de l'Etat lésé - seraient illicites à l'égard de l'Etat contre lequel ils sont dirigés 251/. Cette illicéité, quand il s'agit d'actes constituant des contre-mesures, est écartée aux termes de l'article 30. Les contre-mesures peuvent être nécessaires pour amener l'Etat fautif à s'acquitter de ses obligations juridiques. Cependant, il ne faut pas y voir un moyen de droit pleinement satisfaisant, d'une part parce que, sur le plan des principes, chaque Etat se considère comme étant, en l'absence de règlement négocié ou de règlement par tierce partie, juge de ses propres droits et, d'autre part, à cause de l'aptitude inégale des Etats à prendre des contre-mesures ou à y répondre. Bref, le système est rudimentaire.

---

\* Rapport ... quarante-huitième session, p. 176 à 177.

250/ Voir l'analyse des débats qui ont eu lieu en 1992 sur les contre-mesures à la Commission et à la Sixième Commission dans le cinquième rapport sur la responsabilité des Etats (A/CN.4/453, par. 30 à 36).

251/ Les contre-mesures sont à distinguer des actes qui, même s'ils peuvent être considérés comme "inamicaux", ne seraient pas à proprement parler illicites, comme la rupture des relations diplomatiques. Les présents articles ne traitent pas de tels actes de rétorsion.

La reconnaissance dans les présents articles de la possibilité de prendre des contre-mesures - pour justifiée que puisse être pareille reconnaissance à la lumière d'une pratique bien établie - devrait donc être soumise à des conditions et restrictions limitant l'adoption de contre-mesures aux cas où celles-ci s'imposent pour répondre à un fait internationalement illicite.

2) Quelles que soient les conditions et les restrictions auxquelles elles peuvent être soumises, les contre-mesures impliquent une évaluation unilatérale du droit de l'Etat lésé et de sa violation, d'une part, et, de l'autre, de la licéité de la réaction, cette dernière pouvant à son tour provoquer une nouvelle réaction unilatérale de la part de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite. En fait, les aspects négatifs potentiels des contre-mesures sont tels que certains membres de la Commission se sont demandé s'il était souhaitable d'instituer dans le cadre de la responsabilité des Etats un quelconque régime juridique des contre-mesures, appelant l'attention, en particulier, sur les résultats injustes auxquels elles peuvent aboutir lorsqu'elles s'appliquent entre des Etats de force ou de moyens inégaux. Deux considérations plaident cependant en faveur de l'inclusion des contre-mesures. Premièrement, il existe suffisamment d'éléments démontrant que la pratique des contre-mesures est admise par le droit international coutumier en tant que moyen de réagir à un comportement illicite. La Commission avait d'ailleurs déjà abordé la question des contre-mesures dans le contexte de la Première partie. Deuxièmement, on ne doit pas sous-estimer l'importance qu'il y a à circonscrire la faculté qui est reconnue à un Etat lésé de recourir à des contre-mesures, en définissant les conditions auxquelles des contre-mesures constituent une réaction licite à un comportement illicite. D'où la nécessité et l'utilité d'inclure dans les présents articles des dispositions sur les contre-mesures.

Article 47

Contre-mesures d'un Etat lésé

1. Aux fins des présents articles, on entend par contre-mesures le fait pour l'Etat lésé de ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers l'Etat 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'Etat 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 Etat auteur d'un fait internationalement illicite entraîne la violation d'une obligation à l'égard d'un Etat tiers, cette violation ne peut être justifiée à l'encontre de l'Etat tiers au titre de ce chapitre.

Commentaire \*/

1) L'idée de base de la notion de contre-mesures est que l'Etat lésé est en droit de ne pas respecter une ou plusieurs de ses obligations envers l'Etat auteur du fait illicite 252/. La condition préalable essentielle de toute contre-mesure licite est l'existence d'un fait internationalement illicite portant atteinte à un droit de l'Etat qui prend la contre-mesures 253/. Cela ne suppose pas nécessairement qu'une tierce partie ait constaté par une décision faisant autorité l'existence d'un tel fait, mais il n'en demeure pas moins qu'une simple conviction de bonne foi de la part de l'Etat lésé qui se révélerait par la suite infondée ne suffit pas pour justifier l'adoption de contre-mesures. Ainsi, un Etat prétendument lésé qui recourt à des contre-mesures sur la base de son appréciation unilatérale de la situation agit à ses risques et périls; en cas d'erreur de jugement, il pourra voir sa propre responsabilité engagée pour fait illicite. Même si une telle conviction ou erreur de bonne foi de la part de cet Etat peut présenter une certaine pertinence pour l'évaluation du degré de sa responsabilité, elle n'exclura pas l'illicéité des mesures prises.

---

\* Rapport ... quarante-huitième session, p. 178 à 182 (commentaire de l'article 47).

252/ M. Riphagen, en sa qualité de Rapporteur spécial, avait plaidé pour qu'une distinction soit faite entre les "contre-mesures réciproques" et les autres mesures; voir Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), p. 11, article 8 et commentaire y relatif. Les contre-mesures réciproques sont des contre-mesures qui se rapportent à la même obligation ou au même type de comportement que celui qui est en cause dans le fait illicite initial. Cette catégorie n'a pas été retenue dans le projet d'articles. Le critère essentiel devrait être la nécessité et la proportionnalité de la contre-mesure particulière prise, dans les circonstances dont il s'agit, pour obtenir la cessation du fait illicite et réparation. Exiger, en plus, que les contre-mesures soient réciproques aurait un effet d'inégalité si, comme cela sera souvent le cas, l'Etat lésé n'est pas en situation de prendre des mesures du même ordre que celles dont il a fait l'objet.

253/ Si la plupart des auteurs estiment que la légitimité du recours à des contre-mesures présuppose un fait internationalement illicite, de caractère instantané ou continu, certains semblent penser que de telles mesures pourraient se justifier même lorsque l'Etat qui les applique a simplement la conviction, de bonne foi, d'être ou d'avoir été lésé par un fait internationalement illicite. Pour un examen détaillé de la doctrine, voir le troisième rapport sur la responsabilité des Etats (A/CN.4/440, par. 37 et suiv.).

2) Toute décision d'un Etat lésé de recourir à des contre-mesures est circonscrite par les fonctions ou les buts qui peuvent être légitimement assignés à de telles mesures 254/. L'examen de la pratique des Etats montre qu'en recourant à des contre-mesures, l'Etat lésé peut rechercher la cessation du comportement illicite, ainsi qu'une réparation au sens large. En revanche, l'Etat lésé ne peut assigner aux contre-mesures des fonctions dépassant cette poursuite de la cessation et d'une réparation. Toute mesure à laquelle recourt un Etat lésé qui irait au-delà de ces fonctions légitimes ou viserait d'autres buts constituerait un fait illicite. En particulier, un Etat lésé ne peut pas prendre de mesures pour infliger un châtiment à l'auteur présumé de l'infraction.

3) Les mots "ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers l'Etat auteur dudit fait" employés au paragraphe 1 de l'article 47 expriment ce qui constitue l'essence du droit de l'Etat lésé de prendre des contre-mesures. Ils ont été jugés préférables à l'expression "suspendre l'exécution de", qui pourrait restreindre la portée de l'application des contre-mesures aux obligations de caractère permanent et exclure les obligations exigeant l'obtention d'un résultat précis.

4) Outre qu'il définit l'élément essentiel de la notion de contre-mesures, l'article 47 délimite à trois égards le droit de l'Etat lésé de prendre des contre-mesures. Premièrement, il faut que l'Etat auteur du fait illicite n'ait pas respecté ses obligations au titre des articles 41 à 46. La phrase est structurée de telle façon que cette condition essentielle de la licéité du recours aux contre-mesures figure au début même de l'article. Deuxièmement, le texte (par. 2) soumet le droit reconnu à l'Etat lésé de prendre des contre-mesures aux conditions et restrictions énoncées dans les articles 48, 49 et 50. Ces dispositions établissent un certain nombre de garde-fous destinés à prévenir les abus.

Troisièmement, et c'est peut être l'aspect le plus important, le texte exige que le recours à des contre-mesures soit nécessaire pour inciter l'Etat ayant commis le fait illicite à s'acquitter de ses obligations au titre des articles 41 à 46. Ces mots sont destinés à limiter les fonctions ou buts qu'il est permis d'assigner à des

---

254/ Le quatrième rapport sur la responsabilité des Etats (A/CN.4/444 et Add.1) traite de la pratique des Etats en la matière. Pour un examen détaillé de la doctrine concernant les fonctions des contre-mesures et le but auquel elles doivent tendre, voir le troisième rapport sur la responsabilité des Etats (A/CN.4/440, par. 39 et suiv.).

contre-mesures et laissent clairement entendre qu'il peut y avoir des cas où il n'est pas nécessaire de recourir, ou de continuer à recourir, à des contre-mesures. Plus précisément, l'expression "pour autant que cela soit nécessaire" a un double rôle. Elle fait clairement ressortir que des contre-mesures ne peuvent être adoptées qu'en dernier cours, quand les moyens autres que l'inexécution par l'Etat lésé de ses propres obligations en vue d'inciter l'Etat auteur du fait illicite à s'acquitter de ses obligations ont échoué, ou échoueraient manifestement. Elle montre d'autre part que la décision de l'Etat lésé de recourir à des contre-mesures doit être une décision raisonnable prise de bonne foi et que, ce faisant, l'Etat agit à ses risques et périls.

5) La "nécessité" pour l'Etat lésé de recourir à des contre-mesures doit être évaluée, au début par l'Etat lésé lui-même mais aussi par l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite et par toute tierce partie en cause (et voir l'article 58, par. 2, sur l'arbitrage), "à la lumière de la réponse de [ce dernier] Etat à ses demandes". Ces mots ont pour objet de souligner l'opportunité d'un dialogue entre l'Etat lésé et l'Etat auteur du fait illicite et de créer autant que possible l'occasion d'un tel dialogue. Ils servent un double but en encourageant le premier Etat à tenir dûment compte, pour apprécier la nécessité de contre-mesures, de la réponse du second. Il est raisonnable d'attendre de l'Etat lésé qu'il prenne en compte, pour décider de sa réaction, de la réponse qu'aura donnée l'Etat auteur du fait illicite à ses demandes de cessation et de réparation. La situation créée par le fait illicite appelle des réactions différentes selon que l'Etat présumé fautif oppose aux demandes de l'Etat lésé une fin de non-recevoir, nie de façon tranchante toute responsabilité ou, au contraire, offre de fournir en temps utile une réparation satisfaisante ou de soumettre l'affaire au règlement obligatoire d'une tierce partie, ou même explique, à la satisfaction de l'Etat lésé, qu'il n'a été commis aucun fait internationalement illicite qui puisse lui être attribué.

6) Le fait d'exiger de l'Etat lésé qu'il tienne compte du caractère plus ou moins "satisfaisant" 255/ de la réponse de l'Etat auteur du fait illicite à ses demandes a pour but d'assurer l'équilibre voulu entre la position du premier Etat et celle du second. Il s'agit d'éviter de laisser à l'Etat lésé

---

255/ La notion de "réponse satisfaisante" est étudiée par le Rapporteur spécial dans ses quatrième et sixième rapports (doc. A/CN.4/444, par. 17 à 23, et A/CN.4/461, par. 69, respectivement).

une trop grande latitude - au détriment éventuel de l'Etat ayant commis le fait illicite - pour recourir à des contre-mesures. Les contre-mesures ne sont légitimes que si elles sont "nécessaires" eu égard aux circonstances. Sinon, s'agissant de faire cesser le comportement illicite, l'Etat lésé pourrait recourir à des contre-mesures sans laisser à l'Etat présumé fautif aucune possibilité d'expliquer, par exemple, qu'il n'y a pas eu de fait illicite ou que le fait illicite ne lui est pas attribuable. En engageant le dialogue et en évaluant la réponse de l'Etat présumé fautif avant de prendre des contre-mesures, l'Etat lésé pourra éviter de commettre lui-même un fait internationalement illicite en prenant de telles mesures sur la base d'informations incomplètes ou inexactes. Quant à la réparation, l'Etat auteur du fait illicite risquerait autrement de continuer à être la cible de contre-mesures même après qu'il aurait admis sa responsabilité ou alors même qu'il s'emploierait à donner réparation et satisfaction. La nécessité des contre-mesures décroît à mesure qu'elles atteignent leurs buts légitimes, étant inversement proportionnelle à la réalisation de ces buts. Ainsi, il appartient à l'Etat lésé d'évaluer à quel point les contre-mesures demeurent nécessaires eu égard à la réponse faite à ses demandes par l'Etat auteur du comportement illicite.

7) Le paragraphe 3 de l'article 47 reconnaît que les contre-mesures prises par l'Etat lésé contre l'Etat auteur du fait illicite ne doivent pas porter atteinte aux droits d'Etats qui sont étrangers à la relation de responsabilité existant entre le premier Etat et le second. La Commission a jugé préférable de traiter de cette question dans le présent article plutôt qu'à l'article 50, relatif aux contre-mesures interdites, pour ne pas paraître dénier toute légitimité à des contre-mesures qui porteraient atteinte de façon incidente à des Etats tiers : il a été considéré que cette dernière approche serait trop radicale, dans un monde interdépendant où les Etats sont de plus en plus souvent liés par des obligations multilatérales. Compte tenu de ces considérations, la Commission a choisi de s'en remettre, pour assurer la protection des Etats tiers, à l'une des caractéristiques essentielles des contre-mesures, qui est que l'illicéité du comportement auquel il est recouru à titre de contre-mesure est écartée uniquement entre l'Etat lésé et l'Etat auteur du fait illicite initial. Comme l'a souligné la Commission au paragraphe 18) de son commentaire relatif à l'article 30 de la première partie du projet d'articles, "l'exercice légitime d'une mesure de sanction à l'égard d'un Etat déterminé ne peut en aucun cas constituer comme tel une circonstance

excluant l'illicéité d'une atteinte portée à un droit subjectif international d'un Etat tiers à l'égard duquel aucune sanction ne se justifiait" 256/.

8) En conséquence, le paragraphe 3 de l'article 47 dispose que, si une contre-mesure entraîne la violation d'une obligation envers un Etat tiers, l'illicéité de cette violation ne se trouve pas exclue au motif que la violation est admissible à l'égard de l'Etat ayant, à l'origine, commis un fait illicite. Le paragraphe 2 servira à avertir l'Etat lésé que toute mesure violant les droits d'un Etat tiers constituera un fait illicite à l'égard de cet Etat tiers, avertissement particulièrement utile dans les cas où l'Etat lésé pourrait être amené à contrevenir à des règles établissant des obligations erga omnes. Il encouragera aussi l'Etat lésé à prendre des mesures de précaution, telles que celles qui consistent à consulter les Etats tiers intéressés, à mettre en balance les conséquences de plusieurs options et à s'assurer qu'il n'y a pas d'autre solution possible.

---

256/ Annuaire ... 1979, vol. II (deuxième partie), p. 134,  
doc. A/CN.4/SER.A/1979/Add.1 (deuxième partie), chap. III, sect. B.2.

Article 48

Conditions du recours à des  
contre-mesures

1. Avant d'entreprendre des contre-mesures, un Etat lésé s'acquitte de l'obligation de négocier prévue à l'article 54. Cette obligation est sans préjudice de l'adoption par cet Etat de mesures conservatoires qui sont nécessaires pour préserver ses droits et sont par ailleurs conformes aux conditions stipulées dans ce chapitre.
2. Un Etat 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'Etat lésé et l'Etat auteur du fait internationalement illicite.
3. Sous réserve que le fait internationalement illicite ait cessé, l'Etat 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'Etat 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'Etat auteur du fait internationalement illicite de se conformer à une demande ou à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend.

Commentaire \*/

1) Le droit de prendre des contre-mesures, tel qu'il est défini à l'article 47, est soumis à certaines conditions, restrictions et exclusions, qui sont énoncées dans les trois articles qui suivent. Plus précisément, certaines conditions relatives au règlement du différend doivent être satisfaites lorsque des contre-mesures licites sont prises : elles font l'objet de l'article 48. En outre, les contre-mesures doivent toujours être proportionnées; cette prescription fondamentale est énoncée à l'article 49. Enfin, certains types de comportement sont totalement exclus du domaine des contre-mesures par l'article 50.

2) De ces trois articles, celui qui a été le plus controversé et débattu est l'article 48, qui a trait à l'obligation de règlement pacifique du différend 257/. Si la Commission dans son ensemble est convenue que la négociation et toutes les autres procédures de règlement pacifique des différends qui s'offraient devaient être utilisées, un désaccord est apparu sur la question de savoir s'il fallait en faire un préalable à l'adoption de contre-mesures. La difficulté, en l'occurrence, est double. Premièrement, les négociations et autres formes de règlement des différends prennent parfois beaucoup de temps, et un Etat désireux de se soustraire aux conséquences de son fait illicite pourrait les faire traîner en longueur presque indéfiniment. Deuxièmement, certaines formes de contre-mesures (y compris quelques-unes qui sont parmi les plus facilement réversibles, comme le gel d'avoirs), ne sont efficaces que si elles sont prises rapidement. Pour ces raisons, on a estimé qu'exiger, comme condition préalable à l'adoption de contre-mesures, que toutes les procédures disponibles en application de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies aient été épuisées désavantagerait l'Etat lésé. Plutôt que de poser cette condition préalable de l'épuisement de toutes les procédures disponibles, l'article 48 cherche surtout à faire en sorte que l'Etat qui est l'objet de contre-mesures ait à sa disposition une procédure appropriée et efficace pour le règlement du différend. En outre, il permet à cet Etat de demander une suspension des contre-mesures s'il coopère de bonne foi à une procédure obligatoire de règlement des différends par tierce partie, alors même qu'il continuerait de contester que le fait qui lui est reproché ait été

---

\* Rapport ... quarante-huitième session, p. 183 à 188 (commentaire de l'ancien article 12).

257/ Pour un examen complet de la pratique des Etats et de la doctrine en ce qui concerne l'obligation de recourir à d'autres modes de règlement, voir le quatrième rapport de M. Arangio-Ruiz sur la responsabilité des Etats, doc. A/CN.4/444, p. 22 à 36.

illicite. Mais il exige d'autre part que l'Etat lésé, avant de prendre des contre-mesures, s'efforce de résoudre le problème par la négociation. Cette prescription est toutefois sans préjudice de la prise des mesures conservatoires ou provisoires d'urgence qui seraient nécessaires pour protéger ses intérêts. Certains membres de la Commission ont été d'avis que l'obligation mise à la charge de l'Etat lésé, au paragraphe 1 du présent article, de négocier avant de prendre des contre-mesures ne s'applique pas dans le cas de crimes internationaux, particulièrement en cas de génocide.

3) Cet élément essentiel et central des articles relatifs aux contre-mesures, à savoir l'obligation de s'efforcer de régler le différend, est mis en oeuvre progressivement, à partir d'une distinction entre les mesures prises initialement en réponse au fait illicite à titre de "mesures conservatoires", et les autres contre-mesures. Dès qu'il a connaissance d'un fait prétendument illicite, l'Etat lésé peut juger nécessaire de prendre des mesures pour préserver ses droits. D'un autre côté, la Commission a finalement conclu qu'il ne fallait pas que tout l'arsenal des contre-mesures soit utilisé sans que l'on ait d'abord tenté de régler le différend par la négociation. Le paragraphe 1 réalise un équilibre entre ces considérations de la manière suivante. D'une part, l'Etat lésé a l'obligation, en application de l'article 54, de s'efforcer de régler le différend par des négociations avec l'autre Etat concerné, à sa demande. D'autre part, et nonobstant cette obligation, il est immédiatement en droit de prendre les mesures conservatoires, satisfaisant par ailleurs aux prescriptions du présent chapitre, qui sont nécessaires pour préserver sa position juridique en attendant le résultat des négociations prévues à l'article 54.

4) L'expression "mesures conservatoires" s'inspire de procédures de juridictions internationales qui sont ou peuvent être habilitées à émettre des injonctions avant dire droit ou à indiquer des mesures devant être prises pour préserver les droits respectifs des parties au différend. Dans le présent contexte, cependant, la différence est qu'au moment pertinent - lorsque survient le fait illicite - il se peut qu'il n'y ait pas de juridiction compétente pour connaître du différend. En outre, certaines mesures doivent être prises immédiatement, faute de quoi elles risquent d'être impossibles à prendre - par exemple le gel d'avoirs (lesquels peuvent être sortis du territoire très rapidement). Un trait distinctif de telles mesures conservatoires au sens du présent paragraphe est que ces mesures se révéleront vraisemblablement réversibles si le différend vient à être réglé : on peut

ainsi comparer la saisie provisoire de biens et leur confiscation, ou la suspension d'une autorisation et sa révocation.

5) L'obligation de négocier pendant cette première phase n'est pas assortie, pour son exécution, d'un délai défini. Ce qui constitue une durée raisonnable des négociations dépend de l'ensemble des circonstances, y compris l'attitude de l'Etat auteur, l'urgence des questions en jeu, la probabilité que le dommage augmente si le litige n'est pas réglé rapidement, etc. Etant donné la diversité des situations, il n'est pas possible, dans la pratique, de fixer un délai défini.

6) S'il apparaît clairement que les négociations n'ont guère de chances d'aboutir, l'Etat lésé a la faculté de prendre des contre-mesures allant au-delà de mesures conservatoires au sens indiqué ci-dessus, mais satisfaisant néanmoins aux diverses prescriptions du chapitre III. Le paragraphe 2 de l'article 48 indique clairement, en particulier, que les mécanismes existants de règlement des différends par tierce partie restent en vigueur nonobstant l'existence d'un différend ayant donné lieu à des contre-mesures, et que l'Etat lésé lui-même doit continuer de s'acquitter de ses obligations en matière de règlement des différends. Ainsi, un Etat n'a pas le droit, par le biais de contre-mesures, de suspendre l'exécution de ses obligations de règlement des différends ou de ne pas s'en acquitter. Ces obligations ont un caractère juridique et un objet pratique bien distincts, et doivent demeurer en vigueur alors même que les relations entre les Etats concernés s'aggravaient 258/.

7) Outre qu'il préserve "toute autre procédure obligatoire de règlement des différends en vigueur" entre les Etats concernés (découlant par exemple de leur acceptation mutuelle, en ce qui concerne le différend, de la clause facultative de juridiction obligatoire du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice ou d'une clause d'arbitrage figurant dans un traité bilatéral), le paragraphe 2 de l'article 48 vise aussi les obligations relatives au règlement des différends découlant de la Troisième partie des présents articles. La référence à la Troisième partie revêt une importance particulière s'agissant de différends qui naissent dans le contexte de contre-mesures, puisque, en application du paragraphe 2 de l'article 58, lorsqu'un différend "s'élève entre des Etats parties aux

---

258/ Voir Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980, p. 28.

présents articles dont l'un a pris des contre-mesures à l'encontre de l'autre", l'Etat accusé du fait illicite - c'est-à-dire l'Etat qui fait l'objet des contre-mesures - peut à tout moment soumettre unilatéralement le différend à un tribunal arbitral qui sera constitué conformément à l'annexe II. Ainsi, lorsqu'un Etat prend des contre-mesures en vertu de l'article 48, il donne en fait à l'Etat qu'il accuse d'un fait illicite la possibilité de régler le différend dans le cadre d'une procédure obligatoire d'arbitrage par tierce partie. Et il en est ainsi même si aucune autre obligation de règlement obligatoire par tierce partie n'est en vigueur entre les deux Etats.

8) A cet égard, le paragraphe 3 de l'article 48 parle d'"un tribunal qui est habilité à émettre des injonctions obligatoires pour les parties". Il s'agit en l'occurrence d'injonctions obligeant les parties quant au fond. Mais le tribunal doit aussi avoir le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires.

9) Dans la pratique, les deux questions de la licéité de la conduite initiale et de la licéité des contre-mesures ont toutes chances d'être liées. Par ailleurs, le fait que l'Etat partie ayant pris les contre-mesures s'abstienne de qualifier sa conduite de "contre-mesure" ne suffirait pas à exclure la compétence du tribunal. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 58, un tribunal arbitral est compétent pour connaître de tout différend qui s'élève "entre des Etats parties aux présents articles dont l'un a pris des contre-mesures à l'encontre de l'autre". Le point de savoir si telle ou telle mesure est en fait une contre-mesure est une question objective : comme expliqué au paragraphe 3) du commentaire de l'article 47, il ne suffit pas que l'Etat qui se prétend lésé pense subjectivement qu'il prend (ou, tout aussi bien, qu'il ne prend pas) une contre-mesure. C'est pourquoi ce point constituerait, pour le tribunal arbitral, en vertu du paragraphe 2 de l'article 58, une question préliminaire de compétence, question qu'en vertu du principe général il appartiendrait au tribunal lui-même de trancher 259/.

10) Le recours au règlement obligatoire par tierce partie dans les différends mettant en cause des contre-mesures a plusieurs effets. D'abord et c'est là le point le plus important, il fournit une procédure pour le règlement du différend, même dans les cas où aucune procédure de règlement n'est autrement prévue. Mais aussi, en application du paragraphe 3 de l'article 48, le droit

---

259/ Les questions soulevées au paragraphe 9 sont traitées plus en détail dans le commentaire de l'article 58, relatif à l'arbitrage, où ce paragraphe serait finalement transféré.

de l'Etat lésé de continuer de prendre des contre-mesures est suspendu pendant le temps où la procédure de règlement du différend est en cours. Les seules conditions préalables mises à la suspension sont, premièrement, que le fait internationalement illicite ait cessé (c'est-à-dire que l'Etat lésé ne subisse pas un préjudice continu découlant d'un fait illicite continu) et, deuxièmement, que l'Etat auteur du fait illicite applique la procédure de règlement du différend de bonne foi. Le recours à une procédure de règlement des différends a cet effet suspensif si le différend est soumis "à un tribunal qui est habilité à émettre des injonctions obligatoires pour les parties"; tel est le cas, par exemple, de la Cour internationale de Justice, ainsi que du tribunal arbitral prévu à l'article 58 des présents articles.

11) En résumé, 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'Etat 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'Etat contre lequel elles sont prises peut recourir à l'arbitrage obligatoire en vertu du paragraphe 2 de l'article 58, ou à une autre procédure de règlement obligatoire du différend par tierce partie. Si l'Etat 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.

12) Une autre disposition a toutefois été ajoutée pour affiner le système procédural établi par l'article 48. Bien que l'Etat lésé soit tenu de suspendre les contre-mesures pendant que le différend est soumis de bonne foi à une procédure de règlement obligatoire par tierce partie, la question peut se poser de l'adoption de mesures conservatoires et l'Etat lésé ne doit pas être laissé sans recours si l'Etat auteur ne se conforme pas aux injonctions ou indications relatives à de telles mesures qui seraient émises par la juridiction saisie. C'est pourquoi le paragraphe 4 de l'article 48 dispose que le fait pour l'Etat auteur de ne pas se conformer à une demande ou à une injonction de la juridiction concernée "met fin à la suspension du droit de l'Etat lésé de prendre des contre-mesures". Il en serait ainsi même si la demande ou l'injonction en question n'était pas, techniquement, contraignante. Toutefois, le fait pour l'Etat auteur de ne pas se conformer à une indication de mesures conservatoires ou provisoires, s'il peut exposer cet Etat à la reprise des contre-mesures, n'a pas d'autre effet spécifique. En particulier, la juridiction ayant ordonné les mesures reste compétente pour connaître du

différend, et ses procédures demeurent à la disposition des deux parties pour le règlement de celui-ci.

13) De l'avis de la Commission, ce système marque un net progrès par rapport aux dispositions qui existent pour le règlement des différends mettant en cause des contre-mesures. Il donne aux parties, outre toutes les possibilités existant déjà de règlement de leur différend par la voie diplomatique ou par d'autres moyens, la faculté de le régler par l'arbitrage, et d'éviter ainsi l'aggravation du différend et la détérioration de leurs relations que peut entraîner le maintien des contre-mesures. A terme, il atténuera l'élément du système des contre-mesures qui tendait à une escalade des réactions.

14) Comme on l'a noté, l'effet du paragraphe 2 de l'article 48 est de préserver les procédures existantes de règlement obligatoire des différends ainsi que d'offrir à l'Etat qui fait l'objet de contre-mesures l'option de recourir à la procédure supplémentaire visée au paragraphe 2 de l'article 58. L'article 48 ne fixe pas d'ordre de priorité entre les procédures de règlement des différends qui peuvent être applicables, laissant à l'accord des parties (exprimé à l'avance ou spécialement pour le différend en cause) ou à la décision des juridictions concernées le soin de régler tout problème de chevauchement.

Article 49 [13]

Proportionnalité

Les contre-mesures prises par un Etat lésé ne doivent pas être hors de proportion avec le degré de gravité du fait internationalement illicite ou ses effets sur l'Etat lésé.

Commentaire \*/

1) Il est largement reconnu, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que la proportionnalité a sa place dans le régime des contre-mesures. La notion de proportionnalité était déjà présente, plus ou moins explicitement, dans la doctrine des XVIIème, XVIIIème et XIXème siècles 130/. La plupart des auteurs du XXème siècle, mais pas tous 131/, sont d'avis qu'un Etat qui a

---

\* Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-septième session (Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément No 10 (A/50/10)), p. 154 à 159, (commentaire de l'ancien article 13).

130/ Cette notion était clairement sous-entendue, par exemple, dans la position doctrinale de Grotius, Vattel et Phillimore, qui estimaient que c'était à bon droit qu'un souverain lésé s'appropriait les biens saisis par représailles, "dans la mesure où cela était nécessaire pour réparer le manquement initial ayant motivé ces représailles et couvrir les dépenses occasionnées par elles; le surplus devant être restitué au gouvernement des sujets contre lesquels les représailles avaient été exercées" (Sir Robert Phillimore, Commentaries upon International Law, vol. III, Londres, 1885, p. 32). Adde: Hugo Grotius, De jure belli ac pacis, Livre III, chap. 2 s, viii 3, The Classics of International Law, International Peace, Division of International Law, publié sous la direction de J.B. Scott (Washington, 1925), p. 629; et E. De Vattel, Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, Livre II, chap. XVIII, par. 342, Classics of International Law, Carnegie Institution (Washington, 1916) p. 531.

131/ Anzilotti considérait la règle de la proportionnalité comme une simple norme morale (D. Anzilotti, Corso di diritto internazionale, vol. I, (Rome, 1928), p. 167). Strupp ne croyait pas à l'existence de règles fixant les proportions à observer dans l'exercice de représailles (K. Strupp,

recours à des représailles devrait respecter le principe de la proportionnalité 132/.

2) L'opinion dominante en doctrine reconnaît ainsi le principe de la proportionnalité comme une condition générale de la légitimité des contre-mesures ou des représailles 133/. La proportionnalité est 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 Etats. Elle tient compte des situations d'inégalité en termes de puissance économique, politique et ainsi de suite qui peuvent intervenir pour déterminer le type de contre-mesures à appliquer et leur degré d'intensité. Le principe de la proportionnalité constitue une sorte de garantie dans la mesure où des contre-mesures disproportionnées pourraient engager la responsabilité de l'Etat qui y a recours.

3) Le principe de la proportionnalité a acquis un contenu plus précis dans les années qui ont suivi la première guerre mondiale, en même temps que

---

"Das völkerrechtliche Delikt" dans Stier-Somlo, Handbuch des Völkerrechts, vol. III (Stuttgart, 1920), Bibliotheca Visseriana, Tomus Secundus (Leyde, 1924), p. 568 et 569).

132/ A cet égard, Oppenheim soutient que "les représailles, qu'elles soient actives ou passives, doivent être proportionnelles au tort causé et correspondre au degré de contrainte nécessaire pour obtenir réparation" (L. Oppenheim, International Law, vol. II (Londres, 1952), p. 141). Quant à Guggenheim, il parle de "la règle qu'a établie le droit international moderne de la 'proportionnalité' des mesures de représailles", (P. Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts, vol. II (Genève, 1954), p. 585).

133/ Au nombre des éminents auteurs qui la partagent figuraient : M. Bourquin, "Règles générales du droit de la paix", RCADI, vol. 35, 1931 I, p. 223; Hans Kelsen, Principles of International Law, deuxième édition (New York, 1966), p. 21; G. Morelli, Nozioni di Diritto Internazionale, (Padoue, 1967), p. 262; W. Wengler, Völkerrecht, I (Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1964), p. 21; O. Schachter, "International Law in Theory and Practice, General Course in Public International Law, Recueil des cours ...", vol. 178, 1982 V, p. 9 à 396, p. 178; P. Reuter, Droit international public (Paris, 1983), p. 463; I. Brownlie, International Law and the Use of Force by States (Oxford, 1983), p. 219; Ch. Tomuschat, "Repressalie und Retorsion, Zu einigen Aspekten ihrer innerstaatlichen Durchführung", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, vol. 33, 1973, p. 179 à 222, p. 192; K.J. Skubiszewski, dans M. Sørensen, Manual of Public International Law (Londres, 1968), p. 753 et 754; B. Graefrath et P. Steiniger, "Kodifikation der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit", dans Neue Justiz, vol. 27, 1973, p. 225 à 228, article 9 2), p. 228; D. Bowett, "Economic Coercion and Reprisals by States", dans Virginia Journal of International Law, 1972, vol. 13, p. 10.

s'affirmait la condamnation de l'emploi de la force. Il n'y a toutefois pas d'uniformité, ni dans la pratique ni dans la doctrine, en ce qui concerne la définition ainsi que la rigueur ou la souplesse du principe et les critères à retenir pour apprécier la proportionnalité.

4) L'article 13 pose la règle de la proportionnalité en prévoyant qu'une contre-mesure "ne doit pas être hors de proportion" avec les critères applicables. Il adopte la formule "négative" retenue, par exemple, dans les sentences rendues dans les affaires de Naulilaa et de l'Accord sur les services aériens 134/. Le texte ne précise ni le degré de proportionnalité, ni la mesure dans laquelle une contre-mesure pourrait être disproportionnée. S'il est vrai que pour apprécier la proportionnalité d'une contre-mesure, il faut assurément prendre en considération tous les éléments réputés pertinents en l'espèce, l'emploi d'expressions comme "manifestement disproportionnée" pourrait cependant donner à penser qu'une certaine disproportion est acceptable et avoir pour effet d'introduire une part excessive d'incertitude et de subjectivité dans l'interprétation et l'application du principe 135/. Une contre-mesure qui est disproportionnée, à quelque degré que ce soit, devrait être interdite,

---

134/ Selon la sentence rendue dans l'affaire de Naulilaa, "on devrait certainement considérer comme excessives et partant illicites, des représailles hors de toute proportion avec l'acte qui les a motivées" (Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales internationales, vol. II, p. 1028). Dans l'affaire de l'Accord sur les services aériens, les arbitres ont jugé que les mesures prises par les Etats-Unis étaient conformes au principe de la proportionnalité parce qu'elles "n'apparaissaient pas clairement disproportionnées par rapport à celles prises par la France" (ibid., vol. XXVIII, 1980, p. 483). Dans le même sens, il est dit à l'article 905, par. 1 b), du Third Restatement of the Law, qu'un Etat lésé "may resort to countermeasures that might otherwise be unlawful, if such measures ... (b) are not out of proportion to the violation and the injury suffered" [a la faculté de recourir à des contre-mesures qui pourraient par ailleurs être illicites, si lesdites mesures ... b) ne sont pas hors de proportion avec la violation commise et le préjudice subi] (American Law Institute, Restatement of the Law Third - The Foreign Relations Law of the United States (St. Paul, Minn., 1987), vol. 2, p. 381). Aux termes du paragraphe 2 du projet d'article 9 proposé par le professeur Riphagen, "l'exercice [du] droit [de recourir à des représailles] par l'Etat lésé ne doit pas être, dans ses effets, manifestement disproportionné par rapport à la gravité du fait internationalement illicite" (Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), p. 11, document A/CN.4/389).

135/ Il en va de même des expressions "hors de toute proportion", employée dans la sentence Naulilaa, et "clairement disproportionné", que l'on trouve dans la sentence Accord sur les services aériens.

pour éviter de laisser à l'Etat lésé une latitude excessive risquant d'aboutir à des abus.

5) La Commission a opté pour une conception souple du principe de la proportionnalité. La référence à l'équivalence ou à la proportionnalité au sens étroit est inhabituelle dans la pratique des Etats, de la part de celui qui réagit comme de celui contre lequel des mesures sont prises 136/.

L'appréciation de la proportionnalité de la contre-mesure par rapport au fait illicite correspondant se trouve quelque peu compliquée par le fait qu'il faut mettre en balance des mesures licites et un acte illicite. Il semble qu'une conception moins rigoureuse de la proportionnalité se dégage de la sentence rendue dans l'affaire de l'Accord sur les services aériens, où il est dit : "il est généralement admis que les contre-mesures doivent tout d'abord correspondre avec une certaine équivalence à la violation alléguée" et "d'une manière générale, on a fait observer que l'appréciation de la 'proportionnalité' concrète des contre-mesures n'était pas simple et ne pouvait être réalisée que d'une manière approximative" 137/. Sur la base de cette conception souple, les arbitres avaient conclu : "on ne saurait considérer que les mesures qui ont été l'objet de l'action des Etats-Unis aient été clairement disproportionnées [par rapport] à celles prises par la France" 138/.

6) En ce qui concerne les critères à retenir, considérant la nécessité de veiller à ce que l'adoption de contre-mesures n'aboutisse pas à des résultats inévitables, il faut apprécier la proportionnalité en tenant compte non seulement de l'élément purement "quantitatif" du dommage causé, mais encore de facteurs "qualitatifs" tels que l'importance de l'intérêt protégé par la règle enfreinte et la gravité du manquement. Il faut donc tenir compte du degré de gravité 139/ et des effets 140/ du fait illicite pour déterminer le type et

---

136/ Voir le quatrième rapport du Rapporteur spécial, Annuaire ... 1992, vol. II (première partie), document A/CN.4/444 et Add.1 à 3, par. 54.

137/ International Law Reports, vol. 54, p. 338 et suiv.

138/ Ibid., p. 319 et suiv.

139/ Dans la sentence rendue dans l'affaire de Naulilaa, la notion de proportionnalité est rattachée à "l'acte qui ... a motivé" les représailles (Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 1028). Dans la doctrine, vont aussi dans ce sens P. Guggenheim, op. cit., p. 585 et 586; H. Kelsen, Principles of International Law, op. cit., p. 21; S.K. Kapoor, A textbook of International Law (Allahabad, 1985) p. 625; et Sereni, Diritto Internazionale, vol. III, p. 1559.

l'intensité de la contre-mesure à appliquer. Ce double critère cadre avec la position de l'Institut de droit international sur les représailles telle qu'elle se dégage de sa résolution de 1904 141/.

7) Suivant la règle de la proportionnalité posée à l'article 13, une contre-mesure déterminée doit être proportionnelle, d'une part, au degré de gravité du fait illicite et, d'autre part, aux effets de celui-ci sur l'Etat lésé. L'emploi du terme "degré" dans la définition du premier critère indique que le texte couvre des actes illicites ayant des degrés de gravité différents. Il ne suffirait pas, en tout état de cause, de limiter le critère de la proportionnalité à une simple comparaison entre la contre-mesure et le fait illicite, parce que les effets d'un fait illicite sur l'Etat lésé ne sont pas nécessairement en proportion avec le degré de gravité dudit fait.

8) La condition qu'une contre-mesure soit aussi proportionnée aux effets de l'acte illicite sur l'Etat lésé ne doit pas être interprétée restrictivement comme interdisant l'adoption de contre-mesures à l'encontre d'un Etat qui manquerait à ses obligations internationales en matière de droits de l'homme au préjudice de ses nationaux, au motif que ce manquement n'a pas entraîné de

---

140/ Se réfèrent à la proportionnalité en ce qui concerne le dommage subi, entre autres, J.C. Venezia, "La notion de représailles en droit international public", dans (Revue générale de droit international public), vol. 64, 1960, p. 476; A. de Guttry, La rappresaglia non comportanti la coercizione militare nel diritto internazionale (Milan, 1985), p. 263; Elagab, The Legality of Non-Forcible Countermeasures in International Law (Oxford, 1988), p. 94; L. Fisler-Damrosch, "Retaliation or arbitration - or both? The 1978 U.S.-France aviation dispute", dans American Journal of International Law, 1980, p. 796; K. Zemanek, "The Unilateral Enforcement of International Obligations", dans Zeitschrift für ausländisches öffentliches Völkerrechts, vol. 47, 1987, p. 87; et les deux rapporteurs spéciaux, R. Ago (Annuaire ... 1979, vol. II (première partie), A/CN.4/318 et Add.1 à 4, par. 82) et W. Riphagen (Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), projet d'article 9, par. 2, et commentaire y relatif, document A/CN.4/389).

141/ L'Institut de droit international (IDI) paraît exiger que la mesure soit proportionnelle à la gravité de l'infraction et au dommage subi. Suivant cette résolution, l'Etat qui agit doit "proportionner la contrainte employée à la gravité de l'acte dénoncé comme illicite et à l'importance du dommage subi" (art. 6, par. 2, dans An. IDI 1934, vol. 38, p. 709). Voir la sentence plus récente rendue dans l'affaire de l'Accord sur les services aériens, dans laquelle les arbitres déclarent que "l'un des problèmes essentiels est de tenir compte - dans un litige entre Etats - non seulement des dommages subis par les compagnies intéressées, mais encore de l'importance des questions de principe incluses dans la violation alléguée (Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XVIII, p. 483). Voir aussi la proposition faite par le précédent Rapporteur spécial (art. 9, par. 2), op. cit.; ainsi que le Restatement of the Law Third, op. cit., art. 905, par. 1) b).

dommages matériels pour l'Etat lésé. Pareille interprétation pourrait bien avoir un effet négatif sur le développement et le respect du droit humanitaire et elle ne cadrerait pas avec la conception large du préjudice adoptée par la Commission à l'article 5.

9) L'expression sur laquelle se termine le texte de l'article, à savoir "sur l'Etat lésé", n'a pas pour objet d'en réduire le champ, ni de restreindre de manière injustifiée la capacité d'un Etat 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 Etat juridiquement lésé se trouverait plus limité qu'un Etat matériellement lésé dans le choix du type et de l'intensité des mesures qui seraient proportionnées au préjudice juridique subi par lui.

10) La proportionnalité vise le rapport entre le fait prétendu illicite et la contre-mesure. Le but des contre-mesures, à savoir inciter l'Etat auteur du fait illicite à s'acquitter de ses obligations au titre des articles 6 à 10 bis, est pertinent s'agissant de déterminer si et dans quelle mesure une contre-mesure est licite. C'est toutefois là un problème différent de celui de la proportionnalité, et il est traité à l'article 11.

Article 50 [14]

Contre mesures interdites

Un Etat 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'Etat 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.

Commentaire \*/

1) Ainsi que l'indique le membre de phrase liminaire de l'article 14, un Etat lésé ne peut pas recourir à certains types de comportement à titre de contre-mesures. La notion de contre-mesures interdites découle du fait que

---

\* Rapport ... quarante-septième session, p. 159 à 184  
(commentaire de l'ancien article 14).

certaines restrictions générales à la liberté des Etats demeurent valides nonobstant le caractère spécial de la relation entre l'Etat lésé et l'Etat auteur du fait illicite. Les alinéas a) à e) désignent les grands domaines où le non-respect de normes applicables, à titre de contre-mesures, est inadmissible et ils précisent les limites des mesures auxquelles un Etat lésé peut recourir pour chacun de ces domaines. Bien que certaines des contre-mesures interdites visées aux alinéas a) à d) relèvent des normes impératives visées à l'alinéa e), il a été jugé préférable de les traiter séparément, vu l'importance qu'ont acquise en particulier, dans la société internationale contemporaine, l'interdiction du recours à la force et la protection des droits de l'homme.

2) L'alinéa a) interdit le recours, à titre de contre-mesure, à la menace ou à l'emploi de la force, une interdiction énoncée dans la Charte des Nations Unies. Le courant en faveur d'une limitation du recours à la force qui était né avec le Pacte de la Société des Nations et le Pacte Briand-Kellogg, a trouvé son aboutissement dans l'interdiction expresse du recours à la force énoncée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. La pertinence évidente de cette interdiction de l'emploi de la force par un Etat lésé pour défendre ses droits correspond à l'intention des auteurs de la Charte 142/. La prohibition des représailles ou contre-mesures armées découlant du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte est énoncée dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, par laquelle l'Assemblée générale des Nations Unies a proclamé à l'unanimité que "les Etats ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force" 143/. Autre signe que les

---

142/ Les auteurs de la Charte avaient l'intention de condamner l'emploi de la force, même pour défendre ses droits, ainsi qu'il ressort des débats de la Conférence de San Francisco : voir P. Lamberti Zanardi, La legittima difesa nel diritto internazionalane (Milan, 1972), p. 143 et suiv., et R. Taoka, The Right of Self-defence in International Law (Osaka, 1978), p. 105 et suiv.

143/ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale en date du 24 octobre 1970, paragraphe 6 du premier principe. R. Rosenstock, "The Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations: A Survey", American Journal of International Law, vol. 65, 1971, p. 713 et suiv., p. 726. La Cour internationale de Justice a indirectement condamné les représailles armées en affirmant la nature coutumière des dispositions de la Déclaration dans l'affaire Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (C.I.J. Recueil 1986, par. 188, 190, 191, p. 89 à 91). On trouve aussi dans l'Acte final d'Helsinki, du 1er août 1975, une condamnation

représailles armées sont reconnues comme interdites, le fait est que les Etats qui recourent à la force cherchent à démontrer la licéité de leur comportement en invoquant la légitime défense et non en le qualifiant de représailles.

3) L'interdiction des représailles ou des contre-mesures armées, qui découle des dispositions du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte, correspond aussi à la doctrine nettement dominante 144/ ainsi qu'à un certain nombre de

---

expresse des mesures comportant la menace ou l'emploi de la force. Dans l'énoncé du Principe II de la Déclaration, qui fait partie de la première "corbeille" de cet instrument, on peut en effet lire : "De même, ils [les Etats participants] s'abstiennent aussi dans leurs relations mutuelles de tout acte de représailles par la force" (CSCE, Acte final, Helsinki, 1975, p. 207).

144/ La doctrine contemporaine est presque unanime à considérer que l'interdiction des représailles armées a désormais acquis valeur de règle générale ou coutumière du droit international : voir I. Brownlie, International Law and the Use of Force by States (Oxford, 1963), p. 110 et p. 281 et 282; P. Reuter, Droit international public (Paris, 1983), p. 510, et en particulier p. 517 et 518; A. Cassese, Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo (Bologne, 1984), p. 160; H. Thierry, J. Combacau, S. Sur, Ch. Vallée, Droit international public (Paris, 1986), p. 192, 493 et suiv., et en particulier p. 508; B. Conforti, Diritto internazionale (Naples, 1987), p. 356; Ch. Dominicé, "Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite", Droit international 2 (Paris, 1981-1982), p. 62; F. Lattanzi, Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale (Milan, 1983), p. 273 à 279; J.C. Venezia, "La notion de représailles en droit international public", loc. cit., vol. 64, 1960, p. 465 à 494; O. Schachter, "The right of States to use armed force", Michigan Law Review, vol. 82, 1984, p. 1620 à 1646; J. Salmon, "Les circonstances excluant l'illicéité", dans Responsabilité internationale (Paris, 1987-1988), p. 186; W. Riphagen, Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats, loc. cit., par. 81. La minorité qui met en doute la nature coutumière de cette interdiction reconnaît tout aussi fermement la présence au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte d'une condamnation unanime des représailles armées, qui est réaffirmée dans la Déclaration sur les relations amicales : voir, par exemple, J. Kunz, "Sanctions in International Law", American Journal of International Law, vol. 54, 1960, p. 325; G. Morelli, Nozioni di diritto internazionale (Padoue, 1967), p. 352 et 361 et suiv.; G. Arangio-Ruiz, "The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations", dans RCADI, vol. 137, 1972-III, p. 536. Il est par ailleurs significatif que la majorité des monographies consacrées récemment aux représailles se limite expressément aux mesures ne comportant pas le recours à la force. Voir, en particulier, A. de Guttry La rappresaglia non comportanti la coercizione militare nel diritto internazionale (Milan, 1985); E. Zaller, Peacetime Unilateral Remedies: An analysis of Countermeasures (Dobbs Ferry, New York, 1984); et O. Elagab, The Legality of Non-Forcible Countermeasures in International Law (Oxford, 1988). Ces auteurs considèrent de toute évidence que "l'interdiction d'user de représailles comportant le recours à la force armée a été érigée en règle du droit international général" (A. de Guttry, op. cit., p. 11). Voir aussi le Third Restatement of the Law, dont l'article 905 dispose : "[t]he

déclarations ou décisions faisant autorité d'organes judiciaires 145/ ou politiques 146/ internationaux. La tendance opposée, qui vise à justifier la pratique consistant à tourner l'interdiction en qualifiant le recours à des représailles armées de "légitime défense", ne trouve aucune justification juridique plausible et est considérée comme inacceptable par la Commission 147/. De fait, les représailles armées ne présentent pas

---

threat or use of force in response to a violation of international law is subject to prohibitions on the threat or use of force in the United Nations Charter, as well as to Subsection (1)" [la menace ou l'emploi de la force en réaction à une violation du droit international tombe sous le coup des interdictions de la menace ou de l'emploi de la force énoncées dans la Charte des Nations Unies, comme des dispositions du paragraphe (1)]. Ledit paragraphe précise : "a State victim of a violation of an international obligation by another State may resort to countermeasures that might otherwise be unlawful, if such measures (a) are necessary to terminate the violation or prevent further violation, or to remedy the violation; and (b) are not out of proportion to the violation and the injury suffered" [un Etat qui est victime d'une violation d'une obligation internationale de la part d'un autre Etat a la faculté de recourir à des contre-mesures qui en d'autres circonstances pourraient être illicites si ces mesures a) sont nécessaires pour faire cesser la violation ou en éviter une nouvelle, ou pour y remédier; et b) ne sont pas hors de proportion avec la violation commise et le préjudice subi] (American Law Institute, Restatement of the Law Third (op. cit., p. 380).

145/ La condamnation des représailles armées et la consolidation de leur interdiction en règle générale se trouvent corroborées par la position affirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Détroit de Corfou au sujet de l'opération de déminage menée par la marine de guerre britannique dans ce détroit (l'"Opération Retail") (C.I.J. Recueil 1949, p. 35; voir aussi Annuaire ... 1979, vol. II (première partie), par. 89) et, plus récemment, par l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (C.I.J. Recueil 1986, par. 248 et 249, p. 127).

146/ Voir, par exemple, les résolutions 3538 (1956), 5111 (1962) et 188 (1964) du Conseil de sécurité.

147/ Selon les auteurs qui représentent cette tendance minoritaire, certaines formes de recours unilatéral à la force ont survécu à l'interdiction très générale du paragraphe 4 de l'Article 2, dans la mesure où elles ne sont pas dirigées contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un Etat ni ne sont contraires aux buts des Nations Unies, mais visent à rétablir l'Etat lésé dans ses droits, ou sont devenues un mode de réaction justifiable en vertu des notions de représailles armées ou de légitime défense fondées sur les réalités de la pratique persistante des Etats et l'échec du système de sécurité collective institué par la Charte, qui ne fonctionne pas concrètement comme prévu. E.S. Colbert, Retaliation in International Law (New York, 1948); J. Stone, Aggression and World Order. A Critic of United Nations Theories of Aggression (Londres, 1958), en particulier p. 92 et suiv.; R.A. Falk, "The Beirut Raid and the International Law of Retaliation", American Journal

l'immédiateté et la nécessité qui seules permettraient de les qualifier de "légitime défense" 148/. Cette interdiction possède désormais aux yeux de la doctrine dominante, qui rejoint en cela la jurisprudence internationale, la valeur d'une règle générale ou coutumière de droit international de caractère impératif.

4) L'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force à titre de contre-mesure est énoncée sous la forme d'une référence générale à la Charte, et non d'une référence précise au paragraphe 4 de l'Article 2. De plus, la Commission a préféré insérer une référence générale à la Charte en la mentionnant comme une source, mais non la source exclusive, de l'interdiction en question, laquelle fait aussi partie du droit international général et a été qualifiée comme telle par la Cour internationale de Justice.

5) L'alinéa b) restreint la mesure dans laquelle un Etat lésé peut recourir à titre de contre-mesure à la contrainte économique ou politique. Il y a toutes sortes de mesures économiques ou politiques auxquelles il est souvent fait appel et qui sont considérées comme admissibles en tant que contre-mesures pour riposter à des faits internationalement

---

of International Law, vol. 63, 1969, p. 415 à 443; D.W. Bowett, "Reprisals Involving Recourse to Armed Force", American Journal of International Law, vol. 66, 1972, p. 1 à 36; R.W. Tucker, "Reprisals and Self-Defence: The Customary Law", American Journal of International Law, vol. 66, 1972, p. 586 à 596; R. Lillich, "Forcible Self-Help under International Law", dans 62 United States Naval War College - International Studies (1980), Readings in International Law from the Naval War College Review 1947-1977 (R. Lillich et Moore, dir. publ.), vol. II : The Use of Force, Human Rights and General International Legal Issues; D. Levenfeld, "Israeli Counter Fedayeen Tactics in Lebanon: Self-Defence and Reprisal under Modern International Law", Columbia Journal of Transnational Law, vol. 21, 1982, p. 148; Y. Dinstein, War, Aggression and Self-Defence (Cambridge, 1988), p. 202 et suiv. Pour un aperçu critique de ces écrits, voir R. Barsotti, "Armed Reprisals", dans A. Cassese (dir. publ.), The Current Legal Regulation of the Use of Force (Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986), p. 81 et suiv.

148/ Comme le rappelle le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport (A/CN.4/453/Add.1, par. 80 et 81 et note 114, la Commission s'est exprimée clairement sur la notion de légitime défense.

illicites 149/. Leur admissibilité n'est cependant pas à l'abri de toute restriction, puisque des mesures de contrainte économique ou politique extrêmes peuvent avoir des conséquences aussi graves que celles qui découlent de l'emploi de la force armée.

6) La doctrine est divisée sur la possibilité de faire jouer la condamnation de l'emploi de la force, en vertu du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte ou du droit international général, pour déterminer la licéité de la contrainte économique ou politique comme forme de contre-mesure. Selon l'interprétation la plus largement acceptée, l'interdiction du recours à la force ne vaut que pour la force militaire, et les formes de contrainte économique ou politique répréhensibles ne pourraient donc être condamnées qu'en vertu d'une règle distincte prohibant l'intervention en général ou sous certaines formes 150/. Notant l'absence, dans la Charte, de toute autre disposition

---

149/ L'admissibilité des contre-mesures économiques est déjà reconnue par la Commission dans son commentaire de l'article 30 de la première partie du présent projet, où elle déclare "que certaines formes de réaction à un fait internationalement illicite (des représailles de nature économique, par exemple) ne rencontrent normalement pas d'obstacles de principe à leur exécution dans le droit international actuel" (Annuaire ... 1979, vol. II, (deuxième partie), p. 129, par. 5).

150/ Suivant cette interprétation, on devrait en bonne logique considérer que l'interdiction du paragraphe 4 de l'Article 2 "englobe aussi les mesures de pression économique ou politique appliquées, soit sur une échelle et avec une intensité telles qu'elles équivalent à une agression armée, soit, en tout état de cause - sans atteindre à de pareils extrêmes -, en vue de forcer la volonté de l'Etat qui en est victime pour assurer des avantages indus" à l'Etat qui les prend. G. Arangio-Ruiz, "Human Rights and Non-Intervention in the Helsinki Final Act", dans RCADI, vol. 157, 1977-IV, p. 267. Pour une position analogue, voir A. Cassese, Diritto internazionale, op. cit., p. 163. Voir. H. Waldock, "The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law", RCADI, vol. 81, 1952-II, p. 493 et 494; L. Oppenheim, International Law (Londres, 1952), vol. II, p. 153; D.W. Bowett, "Economic Coercion and Reprisals by States", op. cit., p. 1; R. Lillich, "The Status of Economic Coercion Under International Law: United Nations Norms", dans R. Mersky, dir. publ., Conference on Transnational Economic Boycotts and Coercion, February 19-20, 1976, University of Texas Law School, vol. I, p. 116 et 117; A. Beirlaen, "Economic Coercion and Justifying Circumstances", Revue belge de droit international, vol. 18, 1984-1985, p. 67; M. Virally, "Commentaire de l'Article 2, par. 4, de la Charte", dans J.P. Cot, A. Pellet, dir. publ., La Charte des Nations Unies (Paris-Bruxelles, 1985), p. 120 et 121; C. Leben, "Les contre-mesures interétatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale", Annuaire français de droit international, vol. 28, 1982, p. 63 à 69; P. Malanczuk, "Countermeasures and Self-Defence as Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC's Draft Articles on State Responsibility", Zeitschrift für öffentliches ausländisches Recht und Völkerrecht, vol. 43, 1983, p. 737; O.Y. Elagab, op. cit., p. 201;

condamnant les mesures de contrainte individuelles, quelques auteurs soutiennent que le paragraphe 4 de l'Article 2 s'applique non seulement aux repréailles armées, mais encore aux mesures de contrainte économique 151/. A leur sens, ces mesures ne diffèrent ni dans leur finalité ni dans leur effet de l'exercice d'un recours à la force armée lorsqu'elles entraînent des conséquences qui reviennent à "étrangler" l'Etat qui en est la cible.

7) Vu les divergences d'opinions qui divisent la doctrine, il est particulièrement important d'examiner la pratique des Etats sur ce chapitre. A la Conférence de San Francisco, les Etats latino-américains avaient présenté une proposition tendant à étendre la condamnation formulée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte à l'usage de la force économique ou politique 152/. Le rejet de cette proposition est peut-être imputable à la définition large que cette proposition donnait de la force économique ou politique, plus qu'à une opposition catégorique à toute interdiction des actes de cette nature. Dans un passé plus récent, certains ont tenté en vain de rattacher une condamnation de la contrainte économique ou politique à l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force dans le cadre tant de la Déclaration touchant les relations amicales que de la résolution relative à la Définition de l'agression 153/.

---

I. Seidl-Hohenveldern, "International Economic Law", RCADI, vol. 198, 1986-III, p. 200 et 201; Restatement of the Law Third, op. cit.; p. 383; L.A. Sicilianos, Les réactions décentralisées à l'illicite - Des contre-mesures à la légitime défense (Paris, 1990), p. 248 à 253.

151/ Voir, en particulier, J. Zourek, "La Charte des Nations Unies interdit-elle le recours à la force en général ou seulement à la force armée ?", dans Mélanges Rolin (Paris, 1964), p. 530 et suiv.; et M. Obradovic, "Prohibition of the Threat or Use of Force", dans M. Sahovic, dir. publ., Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation (Belgrade, New York, 1972), p. 76 et suiv. A la suite de l'embargo pétrolier arabe de 1973, cette position a aussi trouvé quelques défenseurs parmi les auteurs occidentaux. Sur ce point, voir J.J. Paust, A.P. Blaustein, "The Arab Oil Weapon - A Threat to International Peace", American Journal of International Law, vol. 68, 1974, p. 420 et suiv.

152/ Voir Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, San Francisco, 1945 (Londres-New York, 1945), vol. 6, p. 609 pour le texte de l'amendement proposé par le Brésil, et p. 334, 339 et 340 pour la discussion au Comité I/1 le 5 juin 1945.

153/ Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale (1974). Quelques pays avaient tenté d'obtenir ce rattachement au cours des négociations prolongées auxquelles la définition de l'agression avait donné lieu. Voir

8) Sans permettre d'aller jusqu'à conclure que certaines formes de contrainte économique ou politique équivalent à des formes d'agression armée, la pratique des Etats révèle néanmoins une tendance à part très nette dans le sens d'une limitation de la faculté pour les Etats de recourir à des mesures économiques ou politiques 154/. L'Assemblée générale condamne clairement non seulement l'intervention armée, mais encore "toutes autres formes d'ingérence ou toutes menaces dirigées contre la personnalité d'un Etat ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels", dans sa Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté 155/. Elle ajoute qu'"aucun Etat ne peut appliquer ni encourager l'usage de mesures économiques, politiques ou de toute autre nature pour contraindre un autre Etat à subordonner l'exercice de ses droits souverains ou pour obtenir de lui

---

la proposition présentée par la Bolivie, aux termes de laquelle "l'acte unilatéral qui priverait un Etat des ressources économiques qu'il tire d'un traitement équitable dans le commerce international ou menacerait de saper les fondements de son économie, compromettant ainsi sa sécurité et le rendant incapable de pourvoir à sa défense et de coopérer à la défense collective de la paix" aurait dû être considéré comme une forme d'agression (doc. A/AC.66/L.9 (1953)). Une fois de plus, les Etats occidentaux s'étaient opposés à l'inclusion d'une disposition expresse sur la contrainte économique, essentiellement à cause de la formulation extrêmement lâche proposée : voir la déclaration du représentant du Royaume-Uni dans Documents officiels de l'Assemblée générale, septième session, annexes, point 54 de l'ordre du jour, p. 77. Voir aussi la déclaration plus récente d'El Salvador, mécontent de la définition de l'agression proposée parce qu'elle ne retenait pas l'agression économique indirecte (Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-neuvième session, séances plénières, vol. I, 2239ème séance, par. 157). Le Comité spécial pour la question de la définition de l'agression avait déclaré qu'une disposition dans ce sens aurait fait obstacle à l'adoption de la résolution par consensus.

154/ Voir G. Arangio-Ruiz, "Human Rights and Non-Intervention in the Helsinki Final Act", op. cit. p. 267; D.W. Bowett, "Economic Coercion and Reprisals by States", p. 2 et 3; Y. Blum, "Economic Boycotts in International Law", Conference on Transnational Economic Boycotts and Coercion, op. cit., p. 96; P. Malanczuk, op. cit., p. 737; A. Bierlaen, op. cit., p. 67; I. Seidl-Hohenveldern, "The United Nations Economic Coercion", Revue belge de droit international, vol. 18, 1984-1985, p. 11; et J. Salmon, op. cit., p. 186. Voir aussi L. Boisson de Chazournes, Les contre-mesures dans les relations internationales économiques, thèse présentée à l'Université de Genève, 1990, chap. III, part. A, sect. 3, par. 3.2, p. 149 à 151.

155/ Résolution 2131 (XX) de l'Assemblée générale, en date du 21 décembre 1965, adoptée par 109 voix contre zéro, avec 1 abstention, dont les dispositions pertinentes ont par la suite été incorporées à la Déclaration sur les relations amicales.

des avantages de quelque ordre que ce soit". De même, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales proclame qu'"aucun Etat ne peut appliquer ni encourager l'usage de mesures économiques, politiques ou de toute autre nature pour contraindre un autre Etat à subordonner l'exercice de ses droits souverains et pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit".

9) La pratique des Etats au niveau régional va aussi dans le sens de l'interdiction de la contrainte économique ou politique extrême. La Charte de l'Organisation des Etats américains, adoptée en 1948 à Bogota, formule le principe de non-intervention en termes généraux 156/ et interdit expressément aux Etats d'"appliquer des mesures coercitives de caractère économique et politique pour forcer la volonté souveraine d'un autre Etat et obtenir de celui-ci des avantages d'une nature quelconque" 157/. On trouve une interdiction analogue dans un autre instrument régional important, encore qu'il ne soit pas contraignant, l'Acte final d'Helsinki de 1975, sous le titre spécifique de "non-intervention" 158/.

10) Tous ces instruments internationaux et régionaux condamnent le recours à la contrainte économique ou politique dès lors qu'elle porte atteinte au principe de non-intervention. Ainsi, on trouve des régimes différents interdisant le recours à la force, d'une part, et l'usage d'une contrainte

---

156/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 119, p.3. Suivant le principe de la non-intervention énoncé à l'article 15, aucun Etat "n'a le droit d'intervenir directement ou indirectement, pour quelque motif que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat". Cet article précise en outre que ce principe "exclut l'emploi non seulement de la force armée, mais aussi de toute autre forme d'ingérence ou de tendance attentatoire à la personnalité de l'Etat et aux éléments politiques, économiques et culturels qui la constituent". Pour une bibliographie sur le principe de non-intervention aux Amériques, voir Ch. Rousseau, Droit international public, vol. IV (Paris, 1980), p. 53 et suiv.

157/ Ibid, art. 16.

158/ Suivant le principe VI, tous les Etats participants "s'abstiennent ... en toutes circonstances, de tout autre acte de contrainte militaire ou politique, économique ou autre, visant à subordonner à leur propre intérêt l'exercice par un autre Etat participant des droits inhérents à sa souveraineté et à obtenir ainsi un avantage quelconque". Voir G. Arangio-Ruiz, "Human Rights and Non-Intervention in the Helsinki Final Act", op. cit., p. 274 et suiv.

économique ou politique extrême, d'autre part, à titre de contre-mesures 159/. A la différence de l'interdiction générale des contre-mesures armées en toutes circonstances, celle de la contrainte économique ou politique ne concerne que les mesures visant des fins inacceptables comme la subordination de l'exercice des droits souverains de l'Etat visé ou l'obtention d'avantages de quelque ordre que ce soit. La condamnation des mesures de contrainte autres que celles qui comportent la menace ou l'emploi de la force ne vise donc que les mesures de caractère économique ou politique appelées à entraîner, pour l'Etat visé, des conséquences très graves, sinon catastrophiques 160/.

11) Qu'il faille tenir compte de la gravité des conséquences potentielles des mesures de contrainte ne faisant pas appel à la force pour déterminer si elles tombent sous le coup de l'interdiction est confirmé par d'autres éléments de la pratique des Etats. Dans les très nombreux cas où des mesures économiques ont été appliquées, les Etats qui en ont été la cible ne se sont pas plaints tant de la nature de ces mesures en soi que de l'"étranglement économique" ou autres effets catastrophiques qu'elles auraient entraînés 161/.

---

159/ Cela est conforme à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, qui a reconnu l'illicéité de mesures économiques dans le contexte du principe de non-intervention en l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (C.I.J. Recueil 1986, p. 108 et suiv., par. 126).

160/ Ces conséquences ne sont pas nécessairement différentes de celles qui peuvent résulter du recours illicite à la force. C'est ce qui a amené certains auteurs à contester que la distinction entre les deux interdictions soit en pratique valable. Pour une analyse de cette question par rapport à la Déclaration sur les relations amicales, voir G. Arangio-Ruiz, The Normative Role of the General Assembly, op. cit., p. 528 à 530.

161/ Telle était la position adoptée par la Bolivie à propos du déversement d'étain en mer par l'Union soviétique en 1958 (voir McDougal-Feliciano, Law and Minimum World Public Order - The Legal Regulation of International Coercion (New Haven et Londres, 1961), p. 194, note 165) et par Cuba à propos de la réduction draconienne des importations de sucre des Etats-Unis en 1960 (Cuba a qualifié cette mesure d'"agression constante, à des fins politiques, contre les intérêts fondamentaux de l'économie cubaine". Voir American Journal of International Law, vol. 55, 1961, p. 822 et suiv.).

Dans ces cas, toutefois, il ne s'agissait pas de contre-mesures au sens strict, car on ne sait pas très bien si l'Etat qui prenait la mesure en question réagissait ainsi à un fait illicite antérieur. Mais, même en l'absence de fait illicite antérieur, les déclarations citées apparaissent pertinentes, parce qu'elles mettent en relief les conditions dans lesquelles le recours à la contrainte économique est considéré comme illicite. Il faut

12) L'interdiction de la contrainte économique ou politique à titre de contre-mesure que contient l'alinéa b) repose sur le caractère extrême des mesures considérées, tel qu'il ressort de la gravité des conséquences qu'elles peuvent avoir en risquant de porter atteinte à "l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique" de l'Etat visé. En y insérant ce membre de phrase emprunté au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte, la Commission reconnaît que les mesures de contrainte, qu'elles fassent ou non appel à la force, peuvent exercer des effets également graves, tout en évitant de s'engager dans

---

avoir à l'esprit qu'en matière économique la frontière entre mesures de rétorsion et représailles n'est pas toujours très nette, du fait que les droits et les obligations sont généralement conventionnels et leur interprétation souvent discutée. Certains pays latino-américains, dont l'Argentine, ont soutenu devant le Conseil de sécurité que les sanctions commerciales prises par les pays occidentaux après le début de la crise des Falkland (Malvinas) constituaient des actes d'"agression économique perpétrés en violation flagrante du droit international". Selon l'Argentine, les mesures adoptées par la CEE équivalaient à une agression économique violant ouvertement les principes du droit international et le droit des Nations Unies (voir A. De Guttry, "Le contromisure adottate nei confronti dall'Argentina da parte della Comunità europea a dei terzi Stati ed il problema della loro liceità internazionale", dans N. Ronzitti (dir. publ.), La questione delle Falkland-Malvinas nel diritto internazionale (Milan, 1984), p. 35. Voir également la déclaration du Venezuela dans S/PV.2362, du 22 mai 1982, p. 23 à 25; les déclarations d'El Salvador, dans S/PV.2362, du 23 mai 1982, p. 47; du Nicaragua, ibid.; et de l'Equateur, dans S/PV.2360, du 21 mai 1982, p. 71). L'ex-Union soviétique a accusé les Etats-Unis de "se servir du commerce comme d'une arme contre [elle]" à propos des mesures adoptées par eux à la suite de la crise polonaise en 1981-1982 (Déclaration du Ministre du commerce extérieur de l'URSS, Financial Times, 17 novembre 1982, p. 1). Dans cette affaire, les Etats-Unis, qui sont traditionnellement hostiles à une interprétation large du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte, affirmèrent qu'ils ne cherchaient pas la capitulation économique de l'Union soviétique ("to bring the Soviet Union to its knees economically") (Déposition de Thomas N.T. Niles, sous-secrétaire adjoint, devant la Sous-Commission pour l'Europe et le Moyen-Orient de la Commission des affaires étrangères de la Chambre des représentants, 97ème Congrès, deuxième session, 10 août 1982, Washington, 1982, p. 8) et déclarèrent par la suite, au cours des débats du Comité spécial pour le renforcement de l'efficacité du principe du non-recours à la force dans les relations internationales, que les pressions exercées par l'Union soviétique sur la Pologne, où elles avaient entraîné la proclamation de l'état de siège, équivalaient à un recours illicite à la force (Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément No 41, par. 50). Certains Etats ont aussi qualifié les mesures adoptées par l'Afrique du Sud à l'égard de pays voisins sous prétexte qu'ils donnaient asile à des membres de l'African National Congress de contrainte économique illicite utilisée pour influencer sur le comportement d'un autre pays (voir les déclarations de la Yougoslavie, de Madagascar et de la Thaïlande dans S/PV.2660, du 12 février 1986, p. 13 et suiv., 28 et suiv. et 37 et suiv.).

la controverse sur le point de savoir si cette disposition de la Charte doit s'entendre exclusivement du recours à la force armée ou recouvre d'autres formes de contrainte illicite. La Commission a conscience que s'il est formulé en termes trop généraux, l'alinéa b) risquerait de revenir à une quasi-interdiction des contre-mesures. Elle a donc restreint la portée du texte, d'abord en limitant les comportements interdits aux "mesures de contrainte économique ou politique extrêmes" et, d'autre part, en employant le terme "visant à", qui 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'Etat.

13) L'alinéa c) limite la faculté qu'a l'Etat lésé de recourir, à titre de contre-mesure, à des comportements contraires au droit diplomatique ou consulaire. Un Etat lésé peut envisager d'agir à trois niveaux. Déclarer un agent diplomatique persona non grata, rompre ou suspendre les relations diplomatiques et rappeler les ambassadeurs sont de purs actes de rétorsion, qui ne nécessitent aucune justification précise. A un deuxième niveau, un Etat lésé peut prendre des mesures affectant des droits ou privilèges diplomatiques sans porter atteinte à l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires. De telles mesures peuvent être licites à titre de contre-mesures si toutes les conditions énoncées dans le présent projet d'articles sont remplies. Toutefois, l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques et consulaires est une règle absolue à laquelle aucune dérogation n'est autorisée.

14) L'étendue des contre-mesures interdites est définie par les 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 162/. Cette garantie minimale de protection est essentielle à la communication et à

---

162/ Voir, par exemple, les articles 22, 24, 29, 44 et 45 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 500, p. 95). De Guttry estime que l'illicéité de représailles à l'encontre d'envoyés diplomatiques s'attache essentiellement aux mesures dirigées contre la personne physique des diplomates, lesdites mesures consistant, essentiellement mais non exclusivement, en un manquement à la règle de l'inviolabilité personnelle. A son avis, la raison d'être de la restriction réside dans la nécessité de sauvegarder, en toute circonstance, la protection spéciale qui est réservée aux diplomates à raison des missions particulières qu'ils accomplissent (op. cit., p. 282 et 283).

l'interaction entre les Etats, en temps de crise comme en temps normal. Dans les situations mettant en jeu un acte illicite, situations conflictuelles par définition, il importe encore plus de préserver les voies de la diplomatie, d'une part, et de protéger des contre-mesures des personnes et des locaux éminemment vulnérables, de l'autre.

15) Si la pratique des Etats en matière de restrictions à la faculté qu'a l'Etat lésé de déroger, à titre de contre-mesure, à des obligations touchant le traitement des envoyés diplomatiques est relativement peu abondante 163/, la doctrine est largement favorable à l'interdiction des représailles ou des contre-mesures visant des personnes qui bénéficient d'une protection en vertu du droit diplomatique 164/. Si certains auteurs pensent que cette interdiction découle des règles primaires concernant la protection des envoyés diplomatiques qu'ils qualifient d'impératives 165/,

---

163/ En 1966, par exemple, le Ghana avait arrêté les membres de la délégation guinéenne à la Conférence de l'OUA, y compris le Ministre des affaires étrangères. L'arrestation, qui avait eu lieu à bord d'un appareil d'une compagnie aérienne américaine en transit à Accra, fut justifiée par le Gouvernement ghanéen comme moyen de s'assurer réparation pour un certain nombre de faits illicites commis par la Guinée, dont un raid dans les locaux de l'ambassade du Ghana à Conakry et l'arrestation de l'ambassadeur ainsi que de son épouse (Keesing's, op. cit., p. 21738 à 21740).

164/ Oppenheim, par exemple, affirme : "Les individus qui, tels les chefs d'Etat et les envoyés diplomatiques, jouissent du privilège de l'extraterritorialité lorsqu'ils se trouvent à l'étranger ne doivent pas faire l'objet de représailles, encore que cela se soit effectivement produit à l'occasion dans la pratique" (L. Oppenheim, International Law, vol. II, 7ème édition, op. cit., p. 140). C'est l'opinion qu'exprimait déjà Hugo Grotius, De Jure Belli Ac Pacis Libri II, The Classics of International Law, J.B. Scott, dir. publ., Washington, 1925, chap. 18, S.iii), S.viii). Selon Twiss, les agents diplomatiques "ne sauraient être soumis à des représailles, que ce soit sur leur personne ou sur leurs biens, par une nation qui les a reçus en qualité d'envoyés (legati), car ils se sont de bonne foi placés ainsi que leurs biens sous sa protection (T. Twiss, The Law of Nations considered as Independent Political Communities (Londres et Oxford, 1963), p. 39). Voir aussi Ph. Cahier, Le droit diplomatique contemporain (Genève, 1962), p. 22; Ch. Tomuschat, "Repressalie und Retorsion Zu einigen Aspekten ihrer innerstaatlichen Durchführung", op. cit., p. 187; et Ch. Dominicé, "Représailles et droit diplomatique", Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag (Berne, 1981), p. 547.

165/ A propos des critères utilisés dans l'arrêt de la CIJ dans l'Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran) (C.I.J. Recueil 1980, p. 3), Rölling affirme : "il aurait été bon que la Cour ait eu ou saisi l'occasion d'affirmer clairement que les intéressés étaient des personnes à l'encontre desquelles les représailles sont interdites en toutes circonstances, selon le droit écrit

d'autres la fondent sur la nature particulière du droit diplomatique et son statut de régime "autonome" 166/, statut reconnu par la Cour internationale de Justice dans l'Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran 167/. Quelques rares auteurs contestent, toutefois, l'existence d'une règle du droit international général condamnant des actes de contrainte qui ne seraient pas par ailleurs illicites lorsqu'ils sont dirigés contre des envoyés diplomatiques 168/.

16) Il a été jugé inutile de mentionner expressément la diplomatie multilatérale, les représentants auprès d'organisations internationales étant couverts par la référence aux agents diplomatiques. Quant aux fonctionnaires d'organisations internationales, jamais une mesure de rétorsion prise par un

---

et non écrit, même si le dommage contre lequel l'Etat voulait réagir consistait en la saisie de la personne de ses diplomates ! Les dispositions de la Convention sont formulées de telle sorte que les représailles 'en nature' sont elles aussi inadmissibles. On peut contester que cette situation juridique soit raisonnable, mais les arguments en faveur du droit actuel - l'immunité totale des diplomates à cause de la grande importance qui s'attache à l'absence d'entraves dans la communication internationale - l'emportent" (BVA Rölling, "Aspects of the Case concerning U.S. diplomats and Consular Staff in Teheran", Netherland Yearbook of International Law, 1980, p. 147). C'est aussi l'opinion défendue par Dominicé, qui se demande : "Que deviendraient les relations diplomatiques, en effet, si l'Etat qui, fût-ce à juste titre, prétend être victime d'un fait illicite, pouvait séquestrer un agent diplomatique ou pénétrer dans les locaux d'une mission en s'appuyant sur la doctrine des représailles ?" (Ch. Dominicé, "Observations ...", op. cit., p. 63). L.A. Sicilianos, op. cit., p. 351, affirme : "Il y a certainement un noyau irréductible du droit diplomatique ayant un caractère impératif - l'inviolabilité de la personne des agents diplomatiques, l'inviolabilité des locaux et des archives - qui est de ce fait réfractaire aux contre-mesures. Il y a en revanche d'autres obligations qui ne semblent pas s'imposer forcément en toute hypothèse et qui pourraient, certes avec toute la précaution voulue, faire l'objet de contre-mesures proportionnées".

166/ F. Lattanzi, op. cit., p. 317 et 318; O.Y. Elagab, op. cit., p. 16 et suiv.

167/ A cet égard, la Cour s'est exprimée ainsi : "Bref les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'Etat accréditeur en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'Etat accréditeur pour parer à de tels abus" (C.I.J. Recueil 1980, p. 40, par. 86).

168/ Voir D. Anzilotti, Corso di diritto internazionale pubblico, vol. III (Rome, 1915), p. 167, et, plus récemment, B. Conforti, Diritto internazionale (Naples, 1987), p. 360 et 361.

pays hôte à leur détriment ne pourrait avoir le caractère d'une contre-mesure, en ce sens qu'il s'agirait d'un manquement non à une obligation envers l'Etat fautif mais à une obligation envers une tierce partie, à savoir l'organisation internationale concernée.

17) L'alinéa d) interdit le recours, à titre de contre-mesures, à tout comportement qui déroge aux droits de l'homme fondamentaux. Cette interdiction, dictée par des considérations fondamentales d'humanité, fut à l'origine élaborée dans le contexte du droit de la guerre, car c'était dans les circonstances exceptionnelles existant en temps de guerre que ces considérations venaient le plus souvent à être sacrifiées 169/. Dès 1880, l'Institut de droit international avait tenté de réglementer les représailles dans son Manuel des lois de la guerre sur terre, qui prévoit que ces mesures "doivent respecter, dans tous les cas, les lois de l'humanité et de la morale" 170/. Les souffrances humaines causées par les représailles durant la première guerre mondiale ont entraîné l'adoption, dans la Convention de Genève de 1929, d'une règle interdisant les représailles à l'égard des prisonniers de guerre 171/. Depuis la seconde guerre mondiale, les représailles à l'égard des personnes ou des biens protégés ont aussi été

---

169/ Le développement des limitations de caractère humanitaire du droit d'exercer des représailles est parfaitement illustré par F. Lattanzi, op. cit., p. 295 à 302.

170/ Annuaire IDI V-1881-1882, 2ème partie, Session d'Oxford de 1880, Manuel des lois de la guerre sur terre, art. 85 et 86.

171/ Article 2 de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 27 juillet 1929, Société des Nations, Recueil des Traités, vol. 118, p. 343 à 411. Il n'y a pas dans cette Convention de disposition semblable concernant les blessés et les malades. Toutefois, on a dit qu'il s'agissait d'un oubli et qu'en tout état de cause, la Convention interdit implicitement les représailles en exigeant à l'article 25 le respect de ses dispositions "en toutes circonstances". "Le fait que cette interdiction n'ait pas été, en 1929, introduite également dans la Convention sur les blessés et les malades - tout au moins de façon expresse, car elle est contenue implicitement dans le principe du respect qui leur est dû - ne peut provenir que d'un oubli. Si la conscience publique a réprouvé les représailles à l'égard des prisonniers, à plus forte raison ce désaveu s'applique-t-il à celles qui frapperaient des militaires sans défense et dignes de protection, tels que les blessés ou malades." (J. Pictet, Commentaire, La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Genève, 1952), p. 386.

unanimement interdites par les Conventions de Genève de 1949 172/, de même que par le Protocole additionnel de 1977 auxdites conventions (Protocole I) 173/. En outre, le caractère absolu de cette interdiction est indiqué dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui prévoit expressément que l'autorisation de réagir à une violation substantielle d'un traité en y mettant fin ou en suspendant l'application ne s'applique pas "aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités" 174/.

18) Autre aspect significatif de son développement, à côté de cette interdiction de certains types de représailles en temps de guerre, le droit humanitaire international reconnaît l'existence de droits imprescriptibles

---

172/ Article 46 de la I<sup>e</sup> Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 75, p. 31); article 47 de la II<sup>e</sup> Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (ibid., p. 85); article 13, par. 3, de la III<sup>e</sup> Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (ibid., p. 135); article 33, par. 3, de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (ibid., p. 287).

173/ Article 20 du Protocole additionnel I du 8 juin 1977, Les protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, CICR, Genève, 1977.

174/ Article 60, par. 5 (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, 1980, p. 331). La doctrine indique que cette limitation vaut pour les divers instruments relatifs au droit humanitaire aussi bien qu'aux droits de l'homme. Sur l'inapplicabilité du principe de réciprocité dans le cas de violations d'obligations découlant de traités relatifs aux droits de l'homme, voir F. Lattanzi, op. cit., p. 302 et suiv.; L.S. Sicilianos, op. cit., p. 352 à 358. Schachter est d'avis que "les traités visés par ce paragraphe englobent manifestement les Conventions de Genève relatives à la protection des victimes de la guerre, les divers traités concernant les droits de l'homme et les Conventions sur le statut des réfugiés, sur le génocide et sur l'esclavage" (O. Schachter "International Law in Theory and Practice. General Course in Public International Law", RCADI, vol. 178, 1982-V, p. 181). La thèse de l'intangibilité de ces règles dans le cadre de représailles est aussi celle de K. Zemanek, "Responsibility of States: General Principles", dans Encyclopedia of Public International Law, vol. 10, 1987, p. 371.

et inviolables conférés à l'individu par le droit international 175/. L'exigence d'un traitement humain fondée sur le principe du respect de la personne humaine 176/ s'étend aux conflits armés de caractère non international en vertu de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 ainsi que du Protocole additionnel II de 1977 à ces Conventions 177/. D'après le commentaire de la I<sup>re</sup> Convention de Genève, cette disposition commune "précise, de la façon la plus nette, que le but de la Convention est exclusivement humanitaire ... qu'il assure seulement le respect du minimum de règles d'humanité que tous les peuples civilisés considèrent comme valables partout et en toutes circonstances, comme étant au-dessus et en dehors même de la guerre" 178/. Ainsi, cet article 3 commun interdit dans les conflits armés de caractère non international toutes représailles prenant la forme des actes expressément interdits 179/, de même que les autres représailles incompatibles avec

---

175/ Voir J. Pictet, Commentaire de la I<sup>re</sup> Convention de Genève, op. cit., commentaire de l'article 7, p. 89, où l'on peut lire :

"Dans l'évolution du droit des gens, la Convention de Genève tient une place éminente : pour la première fois, à part les dispositions du Congrès de Vienne sur la traite des nègres, encore fortement teintées d'aspirations politiques, une réglementation internationale était centrée, non plus sur des intérêts étatiques, mais sur la seule protection de l'individu. Les initiateurs de la Convention de 1864, comme des suivantes, ont voulu, en effet, sauvegarder la dignité de la personne humaine, profondément convaincus qu'à celle-ci s'attachent des droits imprescriptibles et inviolables, même au plus fort des hostilités (citations omises)."

176/ "Le principe du respect de la personne humaine, qui est à la base de toutes les Conventions de Genève, n'a pas été créé par celles-ci. Il leur est antérieur et extérieur." (J. Pictet, Commentaire de la première Convention de Genève, op. cit., p. 41).

177/ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés de caractère non international (Protocole II), op. cit., CICR, Genève, 1977, p. 91.

178/ J. Pictet, Commentaire de la I<sup>re</sup> Convention de Genève, op. cit., p. 65.

179/ Le premier paragraphe de l'article 3 commun stipule :

"En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

l'exigence absolue d'un traitement humain 180/. L'exigence d'un traitement humain dans les conflits armés de caractère non international joue pour toutes les personnes protégées, sans discrimination, y compris les étrangers, bien qu'il n'y ait pas de référence expresse à la nationalité dans la clause de non-discrimination que renferme le paragraphe 1 de l'article 3 commun 181/.

---

1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront en toutes circonstances traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue.

A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :

a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices;

b) les prises d'otages;

c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants;

d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés."

180/ Voir, par exemple, J. Pictet, Commentaire de la I<sup>re</sup> Convention de Genève, op. cit., p. 58, où il est dit :

"Les représailles ... ne figurent pas dans l'énumération des actes prohibés. Est-ce à dire que les représailles - formellement interdites par l'article 46 - sont admises en cas de conflit non international, puisque dans ce cas seul l'article 3 est applicable ? Comme on l'a vu plus haut, la prohibition des actes visés sous les lettres a) à d) est absolue et permanente. Elle ne souffre aucune exception ni excuse. Par conséquent, toute mesure de représailles qui comporterait l'un de ces actes est interdite, comme d'une façon générale toute mesure de représailles incompatible avec le 'traitement humain' inconditionnellement exigé par le premier alinéa du chiffre 1."

181/ Voir J. Pictet, Commentaire de la I<sup>re</sup> Convention de Genève, op. cit., p. 60, où il est dit :

"Prendre prétexte de ce que le critère de la nationalité a été écarté, pour traiter des étrangers, dans une guerre civile, d'une façon

- 19) La reconnaissance d'un "minimum de règles d'humanité" et de droits inviolables qui a abouti à l'interdiction des représailles dans les conflits armés présentant ou non un caractère international a conduit à apporter des restrictions analogues aux représailles en temps de paix 182/. Le caractère général de cette limitation des représailles pour des considérations humanitaires avait été reconnu dans la sentence rendue dans l'affaire de Naulilaa, où il était affirmé qu'une mesure de représailles ne pouvait être licite qu'à condition d'être "limitée par les exigences de l'humanité et les règles de la bonne foi applicables dans les rapports d'Etat à Etat" 183/. De même, dans sa résolution de 1934, l'Institut de droit international affirmait que, dans l'exercice de représailles, les Etats étaient tenus de "s'abstenir de toute mesure de rigueur qui serait contraire aux lois de l'humanité et aux exigences de la conscience publique" 184/. Plus précisément, l'Assemblée de la Société des Nations avait souligné, au cours de ses débats sur l'application de l'article 16 du Pacte, que les mesures économiques à appliquer en cas d'agression ne devaient pas porter atteinte aux rapports d'humanité 185/.
- 20) Les conséquences inhumaines d'une mesure de représailles peuvent résulter directement de mesures prises par un Etat à l'encontre d'étrangers 186/

---

incompatible avec les exigences de l'humanité, pour se croire autorisé à les laisser mourir de faim ou à les torturer, ce serait la négation même de l'esprit des Conventions de Genève."

182/ Voir F. Lattanzi, op. cit., p. 293 à 302, et dans le même sens, A. de Guttry, op. cit., p. 268 à 271. Après avoir expliqué que le choix de l'une ou l'autre des mesures de contrainte possibles relève des Etats, Anzilotti note que ces derniers ne sont pas absolument libres dans ce choix et, ayant énuméré un certain nombre d'actes condamnés par les lois de la guerre alors même qu'ils constituent un moindre mal par rapport à la guerre elle-même, en conclut qu'ils doivent a fortiori être condamnés en temps de paix (Corso di diritto internazionale pubblico, vol. III (Rome, 1915), p. 166 et 167).

183/ Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 1026.

184/ Article 6, par. 4, Annuaire IDI, vol. 38, 1934, p. 709.

185/ Société des Nations, Rapports et résolutions concernant l'article 16 du Pacte, 13 juin 1927, p. 11 et suiv.

186/ A cet égard, on trouve dans le commentaire de l'article 905 du Third Restatement of the Law l'idée que "les mesures d'autoprotection qu'il est permis de prendre à l'encontre de l'Etat offenseur ne s'étendent pas aux mesures dirigées contre les nationaux dudit Etat qui sont contraires aux principes régissant les droits de l'homme et le traitement des étrangers"

sur son territoire ou indirectement de mesures dirigées contre l'Etat auteur d'un fait illicite. Les cas évoqués ci-dessous, bien que cités uniquement à titre d'illustration et sans préjudice des positions des Etats concernés, peuvent être considérés comme des exemples de restrictions de caractère humanitaire aux mesures ayant des conséquences directes pour les étrangers qui se trouvent sur le territoire de l'Etat qui les prend. Dès 1888, à la suite de la violation par les Etats-Unis du traité de 1880 relatif à l'établissement de ressortissants chinois dans ce pays (à travers la loi dite "Chinese Exclusion Act"), la Chine, tout en suspendant l'exécution des obligations qui lui incombaient envers les Etats-Unis en vertu du traité, décidait néanmoins de respecter, pour des raisons d'humanité, les droits des nationaux des Etats-Unis placés sous juridiction 187/. Plus près de nous, au cours de la crise des Falkland (Malvinas), le Royaume-Uni avait bloqué les avoirs argentins qui se trouvaient sur son territoire, à l'exception expresse des fonds normalement nécessaires aux résidents de la République argentine pour faire face à leurs frais de subsistance, de santé, d'éducation et autres dépenses analogues ("living, medical, educational, and similar expenses") au Royaume-Uni et aux résidents de la République argentine quittant le Royaume-Uni pour faire face à leurs frais de voyage ("payments to meet travel expenditures") 188/.

21) En ce qui concerne les restrictions que les considérations humanitaires apportent aux mesures ayant des conséquences indirectes pour les nationaux de l'Etat visé, on peut citer les exemples suivants, là encore sans préjudice des positions des Etats concernés. Après le massacre, le 15 mai 1979 à Bangui, de 85 jeunes gens par la garde personnelle de Bokassa, le maître de la République centrafricaine, la France avait riposté en suspendant l'application d'un accord de coopération financière avec ce pays 189/, sauf en ce qui

---

(Restatement, op. cit., p. 381).

187/ Foreign Relations Law of the United States, 1889, p. 132.

188/ Avis de la Banque d'Angleterre diffusé le 3 avril 1982, British Yearbook of International Law, vol. 53, 1982, p. 509 et suiv., à la page 511.

189/ Selon quelques auteurs, les considérations humanitaires empêchent un Etat lésé de mettre fin à une partie quelconque d'un traité prévoyant en faveur de l'Etat délinquant des formes d'aide économique qui seraient destinées à améliorer le sort d'une partie de sa population ou d'en suspendre l'application : voir A. Cassese, Il Diritto internazionale, op. cit., p. 271; et L. Boisson de Chazournes, op. cit., chap. III, Partie A, sect. 3, par. 3.3, p. 153. De même, O.Y. Elagab, op. cit., p. 194, est d'avis qu'il faudrait

concernait l'aide financière prévue dans les domaines de l'éducation, l'alimentation et la médecine 190/. En décrétant, en 1986, un arrêt total des relations commerciales avec la Libye à titre de contre-mesures, les Etats-Unis ont interdit l'exportation vers ce pays "of any goods, technology (including technical data or other information) or services from the United States except publications and donations of articles intended to relieve human suffering, such as food, clothing, medicine, and medical supplies intended strictly for medical purposes" [de tous biens, technologies (y compris les données techniques et autres types d'information) ou services en provenance des Etats-Unis, à l'exception des publications et des dons d'articles destinés à soulager des souffrances humaines, tels que denrées alimentaires, vêtements, médicaments et fournitures médicales strictement réservées à des usages médicaux] 191/. Après l'assassinat d'un chercheur italien en Somalie, la Commission des affaires étrangères du Parlement italien a approuvé, le 1er août 1990, la suspension en Somalie de toutes les activités "non directement axées sur l'assistance humanitaire" 192/.

22) Le fait que les Etats tiennent compte des considérations humanitaires même lorsqu'ils appliquent des mesures de simple rétorsion, estimant que l'intérêt lésé n'est pas juridiquement protégé, confère à la restriction pour des motifs humanitaires plus de poids encore que si elle s'appliquait

---

prendre en considération le "facteur dépendance et sécurité des approvisionnements" en examinant si et jusqu'à quel point les mesures considérées visent des biens ou services qui sont d'une nécessité vitale pour la santé économique de l'Etat contre lequel elles sont dirigées. Ce serait particulièrement important pour les mesures dirigées contre des pays en développement. Toutefois, la doctrine n'est pas unanimement favorable à une interprétation aussi large de la limitation des contre-mesures pour des considérations humanitaires. Voir, par exemple, B. Conforti, op. cit., p. 360.

190/ Ch. Rousseau, Chronique, Revue générale de droit international public, 1980, p. 364.

191/ American Journal of International Law, vol. 80, 1986, p. 630. On trouve une disposition très similaire dans l'Executive Order No 12722, par lequel les Etats-Unis ont pris des mesures à l'encontre de l'Iraq après l'invasion du Koweït (texte dans American Journal of International Law, vol. 84, 1990, p. 903, en particulier art. 2 b)).

192/ La Repubblica du 2 août 1990, p. 14.

uniquement aux représailles 193/. L'applicabilité générale de cette restriction découle aussi du fait que les contre-mesures ont pour caractéristique essentielle d'être une affaire entre les Etats concernés et de la nécessité de veiller à ce qu'elles aient le minimum d'effets sur les parties privées pour éviter la répression collective 194/.

23) La contrainte des considérations humanitaires limitant la faculté pour un Etat lésé de recourir à des contre-mesures procède essentiellement des exigences fondamentales d'un traitement humain. Par suite du développement sans précédent qu'il a connu ces dernières années, le droit des droits de l'homme fournit une norme imposant un minimum d'humanité dans le traitement des êtres humains en identifiant certains droits inviolables de l'individu qui ne souffrent aucune suspension ni dérogation, même en temps de guerre ou autre danger public exceptionnel 195/. A cet égard, le Pacte international

---

193/ L'interdiction des représailles en temps de guerre énoncée dans les Conventions de Genève ne s'étend pas nécessairement aux mesures de rétorsion. Voir, par exemple, le commentaire de l'article 46 de la I<sup>re</sup> Convention de Genève, op. cit., p. 347, où, après avoir reconnu qu'il est apparemment souhaitable d'interdire ces mesures, l'auteur déclare, p. 390 :

"Cependant, ce qui importe avant tout, c'est qu'aucune atteinte ne soit portée aux règles de la Convention, c'est-à-dire aux droits des personnes protégées, considérés comme un minimum. Pour ce qui est des avantages qui dépassent ce minimum, on peut admettre qu'un belligérant n'accepte de les accorder que sous réserve de réciprocité; ne risquerait-on pas d'ailleurs de décourager l'octroi de tels avantages si l'on insistait pour les soustraire complètement aux effets de la rétorsion ? Il paraît donc plus sage de conclure que la règle de l'article 46 s'applique uniquement aux représailles telles que nous les avons définies au début."

194/ Le caractère de peine collective des représailles interdites est indirectement abordé dans le commentaire de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, op. cit., p. 58, en ces termes : "Tout comme les représailles - dont elle n'est souvent que le prélude - la prise d'otages a ceci de contraire au sens actuel de la justice qu'elle repose sur la responsabilité collective. L'une, comme les autres, frappent des personnes innocentes du crime que l'on prétend punir ou prévenir."

195/ Voir, entre autres, G. Morelli, Nozioni ..., op. cit., p. 362; P. Reuter, op. cit., p. 463; W. Riphagen, Quatrième rapport, op. cit., p. 17, par. 88 et 89; Ch. Dominicé, op. cit., p. 62; E. Zoller, "Quelques réflexions sur les contre-mesures en droit international public" dans Etudes Colliard (Paris, 1984), p. 376; O. Schachter, "Self-Help in International Law: US Action in the Iranian Hostages Crisis", Journal of International Affairs, vol. 37, 1983-1984, p. 231 à 233; A. de Guttry, op. cit., p. 271.

relatif aux droits civils et politiques reconnaît l'inviolabilité de certains droits en les excluant du champ d'application de la disposition autorisant les Etats parties à déroger aux obligations qu'il prévoit dans le cas où "un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation" 196/.

Le Pacte exclut ainsi toute dérogation à l'article 6, relatif au droit à la vie, à l'article 7, relatif au droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, à l'article 8, relatif au droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude, à l'article 11, relatif au droit de ne pas être emprisonné pour la seule raison qu'on n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle, à l'article 15, relatif au droit qui découle du principe de la légalité des délits et des peines (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege), à l'article 16, relatif au droit à la reconnaissance en tout lieu de la personnalité juridique de chacun, et à l'article 18, relatif au droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Les instruments régionaux des droits de l'homme, telles la Convention américaine relative aux droits de l'homme 197/ et la Convention européenne des droits de l'homme 198/

---

196/ Article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 999, p. 171.

197/ L'article 27 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme interdit la suspension, même en cas de guerre ou de danger public exceptionnel, de certains droits, à savoir le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique (art. 3), le droit à la vie (art. 4), le droit à l'intégrité de la personne (art. 5), l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (art. 6), le droit de bénéficier du principe de légalité et de non-rétroactivité (art. 9), la liberté de conscience et de religion (art. 12), la protection de la famille (art. 17), les droits de l'enfant (art. 19), le droit à une nationalité (art. 20), les droits politiques (art. 23), ou celle "des garanties indispensables à la protection des droits susvisés" (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1144, 1979, p. 191).

198/ L'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme interdit toute dérogation, même en cas de guerre ou autre danger public exceptionnel, à l'article 2, relatif au droit à la vie, à l'article 3 relatif au droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, au paragraphe 1 de l'article 4, relatif au droit de ne pas être tenu en esclavage ni en servitude, et à l'article 7, relatif au principe nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 213, 1955, p. 221).

aussi bien que la doctrine 199/, viennent encore corroborer l'idée qu'il existe un "minimum irréductible" ou "noyau" de droits essentiels de la personne humaine qui ne souffrent aucune dérogation, encore que l'on trouve des différences dans l'énumération de ces droits.

24) L'expression "droits de l'homme fondamentaux" limite la portée du texte au "noyau" des droits essentiels de la personne humaine auxquels il ne peut être dérogé par des contre-mesures ni autrement. La Commission a préféré retenir dans le texte anglais l'expression "basic human rights", choisie par la Cour internationale de Justice dans son arrêt rendu dans l'affaire de la Barcelona Traction 200/, plutôt que "fundamental human rights", qui apparaît au paragraphe 3 de l'Article premier de la Charte des Nations Unies

---

199/ Sur les droits intangibles en vertu du droit conventionnel, voir F. Lattanzi, op. cit., p. 15 et suiv. Selon Buergenthal, "an international consensus on core rights is to be found in the concept of 'gross violations of human rights' and in the roster of rights subsumed under it. That is to say, agreement today exists that genocide, torture, mass killings and massive arbitrary deprivations of liberty are gross violations" [La notion de "violations flagrantes des droits de l'homme", avec l'ensemble des droits qu'elle recouvre, est l'expression d'un consensus international sur le noyau des droits primordiaux de la personne humaine. En d'autres termes, on est aujourd'hui d'accord sur le fait que le génocide, la torture, l'assassinat collectif et les privations arbitraires massives de liberté constituent des violations flagrantes] (Th. Buergenthal, "Codification and Implementation of International Human Rights", dans Human Dignity. The Internationalization of Human Rights, pub. ss dir. de L. Henkin, Aspen Institute for Humanistic Studies (New York, 1979), p. 17). El Kouhene, pour sa part, considère qu'il y a un "minimum irréductible de droits de la personne humaine" qui comprend au moins le droit à la vie, le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des traitements dégradants et le droit de ne pas être réduit en esclavage ou en servitude. (El Kouhene, Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme (Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986), p. 109). Medina-Quiroga estime également que certains droits de l'homme remplissent les conditions requises pour faire partie du "noyau" des droits essentiels (C. Medina-Quiroga, The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System (Dordrecht-Boston-London), p. 13). Meron, quant à lui, n'exclut pas la possibilité de distinguer diverses catégories de droits de l'homme, tout en avertissant que "... except in a few cases (e.g. the right to life or to freedom from torture), to choose which rights are more important than others is exceedingly difficult" [... hormis quelques cas (le droit à la vie ou celui de ne pas être soumis à la torture par exemple), il est extrêmement difficile de décider quels droits sont plus importants que d'autres] (T. Meron, "On a hierarchy of international human rights", American Journal of International Law, vol. 80, 1986, p. 4). Peut-être les droits de l'homme les plus "essentiels" sont-ils ceux que le droit international coutumier a pour objet de promouvoir et de faire respecter.

et dont l'interprétation risquerait de pâtir de son emploi dans le présent contexte. Elle a en outre retenu la formule "qui déroge", au lieu de "qui n'est pas conforme", pour éviter de répéter l'idée d'interdiction qui constitue l'essence de l'article 14.

25) L'alinéa e) vise la restriction générale imposée au droit d'un Etat lésé de recourir à des contre-mesures par la nécessité juridique de se conformer à une norme impérative du droit international général. La Commission a implicitement reconnu l'existence de cette restriction dans la Première partie du projet : tout d'abord, en faisant figurer parmi celles qui excluent l'illicéité la circonstance que "ce fait [la contre-mesure] constitue une mesure légitime d'après le droit international ... à la suite d'un fait internationalement illicite" (art. 30) 201/; deuxièmement, en insistant sur l'inviolabilité des normes impératives, même en cas de consentement de l'Etat en faveur duquel existe l'obligation à laquelle il est manqué (art. 29, par. 2); et troisièmement, en cas d'état de nécessité (art. 33, par. 2, al. a)). Cela cadre avec la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui consacre la spécificité de la norme impérative en la définissant comme "une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise". De plus, depuis la deuxième guerre mondiale, la doctrine contemporaine reconnaît très largement qu'une norme impérative restreint la faculté pour un Etat lésé de recourir à des contre-mesures 202/.

26) La formulation et la structure de l'alinéa e) sont destinées à indiquer qu'il n'a pas un caractère exhaustif et à éviter les interprétations a contrario indésirables. Ainsi, l'expression "tout autre comportement" a pour objet d'indiquer que certains types de comportement visés aux alinéas a) à d), et notamment la menace ou l'emploi de la force, s'écartent des normes impératives, mais sans préciser si tel est bien le cas de tous les types de

---

201/ G. Gaja, "Jus cogens beyond the Vienna Convention", RCADI, vol. 172, 1981-III, p. 297.

202/ F. Lattanzi, op. cit., p. 306 et suiv.; P. Reuter, op. cit., p. 463; K. Zemanek, "La responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites ainsi que pour faits internationalement licites", dans Responsabilité internationale (Paris, 1987-1988), p. 84; G. Gaja, op. cit., p. 297; D. Alland, "International Responsibility and Sanctions: Self-Defence and Countermeasures in the ILC Codification of Rules Governing International Responsibility", dans M. Spinedi, B. Simma, dir. publ., United Nations Codification of State Responsibility (New York, Londres, Rome, 1987), p. 185; O.Y. Elagab, op. cit., p. 99; et L.A. Sicilianos, op. cit., p. 340 à 344.

comportement énumérés dans ces alinéas. Tout en sachant 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 Commission a estimé qu'une référence au jus cogens permettrait d'assurer un ajustement graduel des articles à l'évolution du droit en la matière et aurait donc son utilité.

#### CHAPITRE IV

#### CRIMES INTERNATIONAUX

#### Article 51

#### Conséquences d'un crime international

Un crime international fait naître toutes les conséquences juridiques découlant de tout autre fait internationalement illicite et, de surcroît, toutes les conséquences supplémentaires énoncées aux articles 52 et 53 ci-après.

#### Commentaire \*/

1) Cet article est avant tout une introduction au chapitre IV. Avec l'article 19 de la Première partie a été reconnue une catégorie de faits illicites auxquels, en raison de leur gravité, des conséquences spéciales devraient s'attacher. Peu importe que cette catégorie soit dénommée "crimes" ou "délits d'une exceptionnelle gravité", car quelle qu'en soit la désignation, ces faits devront emporter des conséquences spéciales : sinon, il ne servirait à rien de les distinguer des autres faits internationalement

---

\* Rapport ... quarante-huitième session, p. 188 à 191.

illicites. Certains membres de la Commission ont maintenu leurs réserves quant à l'utilité ou à la sagesse du concept de crime d'Etat.

2) Pour commencer, la Commission a eu à décider comment cette distinction sera opérée. Pour surmonter cette difficulté, la Commission a étudié diverses propositions novatrices, mais elle a finalement décidé de s'en tenir au mécanisme de règlement des différends figurant dans la Troisième partie et aux dispositions de l'article 39 concernant la "relation avec la Charte des Nations Unies".

3) Dans ces conditions, c'est à l'Etat ou aux Etats lésés qu'il appartiendrait en premier lieu de décider qu'un crime a été commis. Cette position se traduirait dans leurs demandes de réparation car, comme le prévoit l'article 52, leurs droits à restitution comme à satisfaction ne seraient pas soumis à certaines limitations qui s'appliquent dans le cas des délits ordinaires. Selon la Commission, les Etats lésés devraient, en demandant réparation de la conduite dont ils se plaignent - sinon lors de protestations antérieures - préciser qu'à leurs yeux cette conduite constitue un crime.

4) Quant aux obligations imposées à tous les Etats en vertu de l'article 53 (obligation de ne pas reconnaître, etc.), elles naîtraient pour chaque Etat au moment où il en viendrait à considérer qu'un crime a été commis. Chaque Etat assumerait la responsabilité de sa décision, encore qu'il puisse y avoir des cas où le devoir de non-reconnaissance ou de non-assistance, par exemple, découlerait de résolutions obligatoires du Conseil de sécurité ou d'autres mesures collectives régulièrement décidées.

5) En tout état de cause, si l'Etat auteur du fait illicite contestait les décisions d'autres Etats qualifiant ce fait de crime, il surgirait un différend. Celui-ci pourrait alors être traité par la voie des procédures de règlement des différends de la Troisième partie. L'Etat accusé de crime pourrait indifféremment opter pour la négociation, la conciliation ou l'arbitrage - voire la saisine de la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions de son Statut actuel.

6) La Commission est consciente que l'Etat ainsi accusé pourrait chercher à obtenir le règlement du différend par une voie plus rapide que les procédures de la Troisième partie, notamment en recourant à celles qu'offre la Charte des Nations Unies.

7) Néanmoins, il convient de signaler que certains membres de la Commission s'étaient déclarés favorables à des propositions différentes. La Commission estime qu'il convient d'informer les Etats Membres de ces propositions pour

qu'ils puissent faire connaître leurs observations sur chacune d'elles, s'ils le souhaitent. Au cas où l'une ou l'autre de ces propositions recevrait un large appui, la Commission pourrait y revenir en deuxième lecture.

8) L'une de ces propositions est celle qui figurait dans le projet d'articles présenté par le Rapporteur spécial dans son septième rapport (1995), que la Commission avait renvoyé au Comité de rédaction à la suite du débat sur ce rapport 260/.

9) Une autre de ces propositions envisageait deux étapes. Dans un premier temps, l'une ou l'autre des parties pourrait demander à la commission de conciliation d'indiquer dans son rapport final s'il apparaît à première vue qu'un crime a été commis. Cela exigerait une adjonction à l'article 57.

10) Si la commission de conciliation répondait par l'affirmative, cela "déclencherait" la seconde étape, en permettant à l'une ou l'autre des parties d'engager unilatéralement une procédure d'arbitrage. Pour cela, il suffirait de modifier l'article 58, de manière à rendre en fait l'arbitrage obligatoire pour les crimes, au même titre que pour les contre-mesures.

11) La première étape ferait fonction de filtre, en évitant les risques d'abus, et la seconde, comportant un arbitrage obligatoire, présenterait une certaine analogie avec la disposition de la Convention de Vienne sur le droit des traités prescrivant la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice pour les différends dans lesquels est invoqué le jus cogens en vertu des articles 53 ou 64 de la Convention.

12) Les propositions qui font l'objet des paragraphes qui précèdent (par. 8) à 11)), envisageant un mécanisme procédural en deux temps pour trancher les différends relatifs au point de savoir si un crime a été commis, se fondent sur l'idée que de tels différends sont trop importants pour être laissés aux procédures générales de la Troisième partie. Pour éviter le risque d'abus, ces propositions ont prévu que les différends auxquels pourrait donner lieu l'application de l'article 19 devraient être soumis à un tiers impartial ayant un pouvoir de décision.

13) Par ailleurs, certains membres de la Commission ont été d'avis que l'analogie, mentionnée au paragraphe 11) ci-dessus, avec le traitement du jus cogens aux termes de l'alinéa a) de l'article 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités devait être poussée jusqu'à sa conclusion

---

260/ Doc. A/CN.4/469 et Corr.1 et Add.1 et 2. Voir aussi le cinquième rapport, doc. A/CN.4/453 et Add.2 et 3.

et que le seul organe apte à remplir cette tâche était la Cour internationale de Justice, l'un des organes principaux de l'Organisation des Nations Unies, au statut de laquelle presque tous les Etats sont parties, et dans les procédures de laquelle d'autres Etats peuvent intervenir. D'autres membres ont trouvé l'analogie avec le jus cogens trompeuse et peu convaincante.

14) Les conséquences particulières attachées aux crimes sont de deux sortes. La première, qui est visée à l'article 52, a trait à la relation entre l'Etat auteur du fait illicite et chaque Etat lésé, étant rappelé qu'aux termes du paragraphe 2 g) de l'article 40 tous les autres Etats sont définis à cet effet comme des "Etats lésés". La deuxième, relative à ce que l'on pourrait appeler les conséquences collectives minimales d'un crime, est visée à l'article 53.

Article 52

Conséquences spécifiques

Lorsqu'un fait  
internationalement illicite  
commis par un Etat est un  
crime international :

a) le droit d'un  
Etat lésé à obtenir la  
restitution en nature  
n'est pas soumis aux  
limitations énoncées aux  
alinéas c) et d) de  
l'article 43;

b) le droit d'un  
Etat lésé à obtenir  
satisfaction n'est pas  
soumis à la restriction  
prévue au paragraphe 3 de  
l'article 45.

Commentaire \*/

- 1) Les conséquences spécifiques de la qualification de crime pour la relation entre l'Etat auteur d'un fait illicite et un Etat lésé sont pour la plupart exposées de façon adéquate dans les articles 41 à 45 relatifs à la réparation. Bien entendu, l'application de ces articles aux infractions les plus graves au droit international sera lourde de conséquences; mais, dans l'ensemble, la formulation des articles 41 à 45 offre une réponse adéquate aux cas les plus graves, comme aux plus mineurs, de violation du droit international.
- 2) Il est deux aspects, cependant, à l'égard desquels les limites imposées à la réparation par les articles 41 à 45 semblent inappropriées dans le cas de crimes internationaux et une certaine adaptation est nécessaire. Cette adaptation concerne l'article 43 (restitution en nature) et l'article 45 (satisfaction)

---

\* Rapport ... quarante-huitième session, p. 191 à 193.

3) En ce qui concerne la restitution en nature, le droit d'un Etat lésé d'obtenir cette forme de réparation est soumis aux deux limitations énoncées aux alinéas c) et d) du paragraphe 1 de l'article 43, lesquelles, de l'avis de la Commission, ne devraient pas être applicables dans le cas d'un crime.

La première, celle de l'alinéa c), limite normalement le droit à restitution quand l'Etat auteur peut prouver que la restitution (par opposition à l'indemnisation) lui imposerait une charge hors de proportion avec l'avantage que l'Etat lésé s'assurerait en l'obtenant. La Commission considère que cette limitation devrait être supprimée dans le cas d'un crime.

La restitution en nature est essentiellement le rétablissement de la situation qui existait avant le fait illicite, et la Commission estime que l'Etat qui en est l'auteur ne devrait jamais être en mesure, si ce fait est un crime, de conserver les fruits de son crime ou d'en tirer profit, si pénible ou si lourd que puisse être pour lui le rétablissement de cette situation.

4) La Commission tient à souligner qu'en supprimant cette limitation, elle n'élimine pas pour autant la "proportionnalité", laquelle, en tant que principe général, se retrouve partout dans le domaine des réparations. A ses yeux, le rétablissement de la situation initiale ne saurait guère, dans la majorité des cas, être qualifié de "disproportionné" et ne devrait jamais être considéré comme tel lorsqu'il s'agit de crimes.

5) La seconde limitation, celle de l'alinéa d) de l'article 43, exclut la restitution dans les cas où elle "menace[rait] ... sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique" de l'Etat auteur du fait illicite. La Commission ne pense pas qu'il y ait là pour l'Etat auteur une raison valable de refuser la restitution dès lors qu'on exige de lui qu'il renonce au produit d'un crime.

6) En ce qui concerne la satisfaction, le paragraphe 3 de l'article 45 a pour effet d'exclure les exigences portant "atteinte à la dignité" de l'Etat auteur. La Commission écarterait cette restriction dans le cas d'un crime, pour la simple raison que, par son crime, l'Etat auteur a déjà renoncé de lui-même à sa dignité. Elle note cependant que la restriction formulée à l'alinéa c) du paragraphe 2 du même article demeurerait applicable, de sorte qu'une demande de dommages-intérêts devrait rester proportionnée à la gravité du crime.

7) La Commission ne voit aucune nécessité de modifier ou de nuancer, dans le cas des crimes, les autres conséquences juridiques des faits illicites, telles qu'elles sont formulées dans les articles 41 à 45. L'obligation de

cessation doit s'appliquer également aux délits et aux crimes. Il en va de même de l'obligation de réparer intégralement. La Commission ne doute pas davantage que le droit de l'Etat lésé à être indemnisé doive rester intact. Ainsi, il semble qu'il n'y ait aucune modification à apporter aux articles 41, 42 et 44.

8) La Commission s'est demandé si des dommages-intérêts "punitifs" ou "à titre de sanction" ne seraient pas appropriés dans le cas d'un crime. Selon certains membres, l'article 45, relatif à la satisfaction, prévoit déjà cette possibilité en faisant figurer, parmi les formes de satisfaction, "en cas d'atteinte grave aux droits de l'Etat lésé, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte". Enfin, le droit d'obtenir une assurance ou garantie de non-répétition vaut aussi bien pour les crimes que pour les autres faits illicites.

Article 53

Obligations incombant à tous  
les Etats

Un crime international  
commis par un Etat fait naître  
pour chaque autre Etat  
l'obligation :

a) de ne pas  
reconnaître comme licite  
la situation créée par le  
crime;

b) de ne pas  
prêter aide ou assistance  
à l'Etat qui a commis le  
crime pour maintenir la  
situation ainsi créée;

c) de coopérer  
avec les autres Etats  
pour exécuter les  
obligations énoncées aux  
alinéas a) et b); et

d) de coopérer  
avec les autres Etats  
pour appliquer les  
mesures visant à éliminer  
les conséquences du  
crime.

Commentaire \*/

- 1) Ce texte impose des obligations à tous les Etats, universalisation considérée comme traduisant l'intérêt qu'il y a pour tous les Etats à prévenir et réprimer les crimes internationaux, lesquels, par définition (article 19), portent atteinte à des "intérêts fondamentaux de la communauté internationale".
- 2) Ces obligations sont négatives ou positives. A la première catégorie appartiennent l'obligation de non-reconnaissance et celle de ne pas prêter assistance à l'Etat auteur, qui sont énoncées aux alinéas a) et b). Elles correspondent à une pratique déjà solidement établie. C'est ce qu'attestent, par exemple, en ce qui concerne l'obligation de non-reconnaissance,

---

\* Rapport ... quarante-huitième session, p. 193 à 194.

les résolutions du Conseil de sécurité sur la Rhodésie (dont la résolution 216 (1965)) et sur le Koweït (dont la résolution 661 (1990)). Quant à l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance à l'Etat auteur, elle apparaît dans les résolutions du Conseil de sécurité sur l'Afrique du Sud (notamment les résolutions 301 (1971), 418 (1977) et 569 (1985)) et sur les territoires coloniaux portugais (telle la résolution 218 (1965)). L'assistance à un Etat qui commet un crime serait en soi un fait illicite, et c'est donc à juste titre qu'elle est prohibée.

3) Dans la seconde catégorie se rangent les obligations positives de coopérer avec les autres Etats pour l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu des alinéas a) et b) et pour l'application de toutes mesures qu'ils prendraient en vue d'éliminer les conséquences d'un crime. Toutes ces obligations reposent sur l'hypothèse de la solidarité internationale face à un crime international. Elles procèdent de la conscience qu'une réaction collective de tous les Etats est nécessaire pour neutraliser les effets d'un crime international. Dans la pratique, cette réaction collective sera vraisemblablement coordonnée par les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies - comme dans le cas des résolutions précitées. Il n'y a pas lieu dans les présents articles de régler l'étendue ou l'exercice du pouvoir et de l'autorité statutaires d'organes institués par la Charte - ce qui d'ailleurs, eu égard à l'Article 103 de celle-ci, ne serait pas possible. Mais, en dehors de toute réaction collective des Etats par l'intermédiaire de la communauté internationale organisée, la Commission estime qu'une certaine réaction minimale s'impose de la part de tous les Etats lorsqu'un crime international est commis. La formulation de l'article 53 est destinée à exprimer cette exigence minimale, ainsi qu'à conforter et appuyer toutes mesures plus importantes que prendraient les Etats par l'intermédiaire des organisations internationales en réponse à un crime.

NOTE DU SECRÉTARIAT

Les projets d'article des deuxième et troisième parties, qui ont été adoptés à titre provisoire entre 1983 et 1996, avaient été numérotés indépendamment de la première partie. En 1996, lors de la première lecture, la Commission les a renumérotés en fonction de la numérotation utilisée dans la première partie, après y avoir apporté diverses modifications en vue d'harmoniser la terminologie employée. Comme ils n'ont pas été amendés en conséquence, les commentaires portant sur les projets d'article adoptés à titre provisoire avant 1996 renvoient aux libellés originaux et à la numérotation initiale. Afin de faciliter la consultation et les renvois, l'ancien numéro de chaque projet d'article est indiqué entre parenthèses après le nouveau numéro.

Troisième partie<sup>203</sup>

Règlement des différends

Article 54 [1]

Négociation

Si un différend concernant l'interprétation ou l'application des présents articles s'élève entre deux ou plusieurs Etats parties à ceux-ci, lesdits Etats parties s'efforcent, à la demande de l'un quelconque d'entre eux, de le régler à l'amiable par négociation.

Commentaire \*/

1) L'article premier prévoit des négociations comme première phase possible du système général de règlement des différends. La référence générale à "un différend concernant l'interprétation ou l'application du présent projet d'articles" indique qu'il s'agit d'une disposition qui fait partie du système général de règlement des différends. Et le fait que la négociation figure à l'article premier de la Troisième partie désigne ce mode de règlement des

---

203/ La Commission reconnaît que l'adoption des articles figurant dans la troisième partie et l'annexe est sans préjudice de ses travaux futurs sur des aspects connexes de la matière. Elle reconnaît en particulier qu'il est nécessaire d'examiner le problème de la coexistence des obligations de règlement des différends énoncées dans la troisième partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats avec les obligations de règlement des différends pouvant découler de tous autres instruments antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur d'une future convention sur la responsabilité des Etats. C'est sous ces réserves concernant ses travaux futurs que la Commission a adopté les projets d'articles figurant dans la troisième partie et l'annexe.

La Commission reconnaît également que, lorsqu'elle reviendra sur le règlement des différends, il lui faudra aussi examiner la proposition figurant dans le septième rapport du Rapporteur spécial concernant le règlement des différends relatifs aux faits internationalement illicites qualifiés de crimes d'Etat aux termes de l'article 19 de la première partie du projet (voir note 111 ci-dessus).

---

\* Rapport quarante-septième session, p. 184, (commentaire de l'ancien article premier).

différends comme la première phase de ce système général. C'est souvent d'abord à la négociation que l'on a recours comme moyen soit de résoudre un différend, soit de s'entendre sur une procédure appropriée à cet effet, soit de mettre en oeuvre un mécanisme préexistant de règlement, par exemple en déterminant quels sont les points de fait et de droit constitutifs du différend à régler. Le terme "négociation" est utilisé dans son acception la plus large et englobe la phase de "consultations".

2) L'article premier prévoit la négociation à la demande de toute partie à un différend concernant l'interprétation ou l'application du présent projet d'articles. Il reconnaît qu'un tel différend peut surgir "entre deux ou plusieurs Etats parties [au présent projet d'articles]". La formule "à la demande de l'un quelconque d'entre eux" sert à indiquer que des négociations peuvent être instituées sur demande unilatérale soit d'un Etat lésé, soit d'un Etat accusé d'un fait illicite.

3) Le caractère obligatoire de la procédure de négociation est indiqué par l'emploi du présent, "s'efforcent". La demande d'une partie au différend crée pour toutes les parties au différend l'obligation de participer aux négociations de bonne foi en vue d'y apporter une solution. En précisant que les négociations sont ouvertes sur "demande", formalité qui n'est pas d'ordinaire requise pour des négociations, il s'agit d'éviter toute ambiguïté quant à l'événement donnant naissance à l'obligation pour toutes les parties de régler le différend par voie de négociation. Le membre de phrase "s'efforcent ... de le régler à l'amiable par négociation" indique que cette obligation de négocier est une obligation de moyens plutôt que de résultat : les parties au différend ne sont tenues que de négocier, non de régler leur différend par la négociation. Le terme "à l'amiable" est destiné à préciser dans quel état d'esprit les parties devraient conduire leurs négociations en vue de parvenir à régler leur différend d'un commun accord.

4) L'obligation procédurale de négocier prévue par cet article représente une restriction possible à la liberté de choix des parties au différend parmi les procédures de règlement envisageables en l'absence d'une procédure convenue plus rigoureuse. Cela dit, les parties conservent l'entière maîtrise de la procédure de négociation obligatoire du fait de l'absence de toute intervention de tierce partie. Qui plus est, les résultats de la négociation ne lient les parties que dans la mesure où elles s'entendent sur une solution ou sur une procédure de règlement.

Article 55 [2]

Bons offices et médiation

Tout Etat: Partie aux présents articles qui n'est pas partie au différend pourra, à la demande de toute partie au différend, ou de sa propre initiative, proposer ses bons offices ou offrir sa médiation en vue de faciliter un règlement amiable du différend.

Commentaire \*/

- 1) L'article 2 prévoit les bons offices ou la médiation comme phase supplémentaire possible du système général de règlement des différends. Il s'applique à la même grande catégorie de différends que celle qui est envisagée à l'article précédent.
- 2) La procédure de bons offices ou de médiation envisagée dans le présent article peut être engagée de deux manières. En premier lieu, un Etat qui satisfait aux deux critères requis pour y jouer le rôle de tierce partie "pourra, de sa propre initiative ... proposer ses bons offices ou offrir sa médiation". Il faut que cet Etat soit partie au projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Tout Etat qui est partie à une convention a intérêt au règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de ses dispositions. De plus, il faut que l'Etat tiers ne soit pas partie au différend. L'objectivité et l'impartialité de la tierce partie sont indispensables pour qu'elle exerce effectivement son rôle en facilitant le règlement du différend. En reconnaissant à cet Etat le droit d'offrir son assistance aux parties pour résoudre leur différend, il s'agit d'éviter le risque qu'une telle offre ne soit considérée par les parties comme une tentative déplacée pour intervenir dans leur litige. Deuxièmement, toute partie au différend a la faculté de demander la procédure de bons offices ou de médiation envisagée à l'article 2, et la procédure ainsi engagée pourra être conduite par tout Etat qui satisfait aux deux critères énoncés ci-dessus.
- 3) Cette deuxième phase du système général est de nature consensuelle, en ce qui concerne tant l'engagement de la procédure que le règlement du différend à l'issue de cette procédure. Si les bons offices ou la médiation peuvent être demandés soit par l'Etat lésé, soit par l'Etat auteur du fait illicite, cette procédure de règlement par tierce partie ne peut être engagée qu'avec l'accord des parties au différend. A cet égard, l'article 2 respecte le principe de la liberté de choix de la procédure de règlement. En outre, le rôle de la tierce partie ne consiste qu'à "faciliter un règlement amiable

---

\* Rapport ... quarante-septième session, p. 186 et 187 (commentaire de l'ancien article 2).

du différend", lequel ne pourra être réglé à l'issue de cette procédure que si les parties au différend sont d'accord. Le terme "amiable" sert à indiquer dans quel état d'esprit les parties devraient s'efforcer de parvenir à régler leur différend à l'amiable en recourant à la procédure par tierce partie convenue.

4) Il n'est pas nécessaire que les parties au différend aient soit engagé, soit achevé les négociations obligatoires envisagées à l'article premier avant d'accepter les bons offices ou la médiation envisagés à l'article 2. Les parties pourront s'entendre pour essayer de régler leur différend avec le concours d'une tierce partie suivant l'une ou l'autre de ces procédures sans qu'aucune d'entre elles ait encore engagé les négociations obligatoires prévues à l'article premier. Et même si ces négociations ont déjà été ouvertes, les parties peuvent décider que le différend ne sera probablement pas réglé par la négociation et convenir de recourir à une procédure par tierce partie comme celles qui sont envisagées à l'article 2. Les bons offices ou la médiation peuvent aussi être considérés comme auxiliaires par rapport à la négociation, puisque ces procédures par tierce partie ont pour but de faciliter aux parties un règlement à l'amiable de leur différend.

Article 56

Conciliation [3]

Si, trois mois après la première demande de négociations, le différend n'a pas été réglé par accord et qu'aucun mode de règlement obligatoire par tierce partie n'a été institué, toute partie au différend peut le soumettre à la conciliation conformément à la procédure indiquée dans l'annexe I des présents articles.

Commentaire \*/

- 1) L'article 3 prévoit la conciliation comme troisième phase possible du système général de règlement des différends. Il s'applique à la même grande catégorie de différends que les deux articles précédents. De même, à l'article premier, l'Acte général révisé de 1949 pour le règlement pacifique des différends internationaux prévoit la conciliation dans le cas où les parties à un différend ne parviennent pas à le résoudre par la voie diplomatique 204/.
- 2) La présente disposition vise les situations dans lesquelles un différend

---

\* Rapport ... quarante-septième session, p. 187 à 189 (commentaire de l'ancien article 3).

204/ Nations Unies, Recueil des traités, vol. 71, p. 101.

n'a pas été réglé dans un délai raisonnable par les négociations obligatoires envisagées à l'article premier et où aucune procédure de règlement obligatoire par tierce partie n'a été instituée. Toute partie peut engager unilatéralement la procédure de conciliation prévue dans le présent article si deux conditions sont réunies. En premier lieu, il faut que les parties au différend n'aient pas réussi à convenir d'un règlement, par quelque moyen que ce soit, trois mois après la demande de négociations au titre de l'article premier.

Deuxièmement, il faut que les parties n'aient effectivement ni institué de procédure de règlement obligatoire par tierce partie, ni soumis leur différend à une telle procédure à la fin de cette même période.

3) La première condition est destinée à ménager aux parties au différend une possibilité raisonnable de résoudre leurs divergences sans l'intervention d'une tierce partie. La procédure de conciliation envisagée dans le présent article ne peut être mise en mouvement tant que les parties n'ont pas tenté de régler leur différend par la négociation durant une période raisonnable. L'Acte général révisé de 1949 pour le règlement pacifique des différends internationaux prévoit une approche analogue.

4) La seconde condition est destinée à donner la préférence à la liberté des parties de choisir une procédure de règlement obligatoire par tierce partie plus rigoureuse pour régler leur différend. Il y a deux manières dont les parties peuvent instituer une telle procédure. La première consiste à le faire sur la base d'un accord ou arrangement préalable - accord général de règlement des différends, traité applicable contenant une disposition particulière pour le règlement des différends ou acceptation préalable par les parties de la clause facultative de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, par exemple. Mais les parties peuvent aussi instituer une telle procédure en vertu d'un accord adopté après la naissance du différend dans le but exprès de le résoudre. Le membre de phrase "n'ait été institué", est très important. Il vise à garantir que le différend a effectivement été soumis, d'une manière ou de l'autre, à une procédure de règlement obligatoire par tierce partie.

5) L'article 3 permet à une partie d'engager unilatéralement la conciliation pour éviter qu'une autre partie ne prenne prétexte de négociations prolongées pour retarder le règlement du différend. Le délai de trois mois a été jugé suffisant pour laisser aux parties la possibilité de décider si celui-ci pourrait être résolu par la négociation et, dans la négative, d'instituer une procédure par tierce partie obligatoire de leur choix. Les deux parties ont

aussi la faculté de convenir de poursuivre les négociations si ni l'une ni l'autre ne décide d'instituer unilatéralement la procédure de conciliation envisagée dans le présent article.

6) L'Etat lésé ou l'Etat présumé fautif peuvent soumettre le différend à la conciliation en vertu du présent article sans le consentement d'aucune autre partie au différend si les conditions nécessaires sont remplies. Le caractère obligatoire de la procédure de conciliation prévue dans le présent article représente un pas en avant dans le domaine des procédures de règlement des différends en prévoyant la participation d'une tierce partie au règlement du différend sans le consentement de toutes les parties au différend. Toutefois, les résultats de la conciliation ne lient les parties que dans la mesure où elles parviennent à s'entendre sur un règlement.

7) La constitution et la tâche de la Commission de conciliation sont fixées par les dispositions de l'annexe et l'article suivant de manière à garantir que la procédure de conciliation obligatoire envisagée dans le présent article ne sera pas retardée ou empêchée dans le cas où les parties ne parviendraient pas à se mettre d'accord sur ces questions.

Article 57 [4]

Tâche de la commission de conciliation

1. La commission de conciliation aura pour tâche d'élucider les questions en litige, de recueillir à cet effet toutes les informations nécessaires, par voie d'enquête ou autrement, et de s'efforcer d'amener les parties au différend à un règlement.
2. A cette fin, les parties adresseront à la commission un mémoire exposant leur position au sujet du différend ainsi que les faits sur lesquels cette position est fondée. En outre, elles fourniront à la commission tous éléments supplémentaires d'information ou de preuve qu'elle pourra demander et aideront la commission dans toute enquête indépendante qu'elle pourra souhaiter entreprendre, y compris sur le territoire de toute partie au différend, sauf lorsque des raisons exceptionnelles s'y opposeront. Dans ce cas, cette partie donnera à la commission une explication de ces raisons exceptionnelles.
3. La commission pourra, à sa discrétion, faire des propositions préliminaires à l'une quelconque des parties ou à toutes les parties, sans préjudice de ses recommandations ultérieures.
4. Les recommandations aux parties seront contenues dans un rapport qui sera présenté au plus tard trois mois à compter de la constitution officielle de la commission, et la commission pourra fixer le délai dans lequel les parties devront répondre à ces recommandations.
5. Si la réponse des parties aux recommandations de la commission ne conduit pas à un règlement du différend, la commission pourra leur présenter un rapport final contenant son appréciation du différend et ses recommandations en vue d'un règlement.

Commentaire \*/

1) L'article 4 définit la tâche confiée à la Commission de conciliation prévue à l'article précédent. Le paragraphe 1 en donne une définition générale, à savoir 1) élucider les questions de droit ou de fait en litige, 2) recueillir, par voie d'enquête ou autrement, les éléments d'information requis pour éclairer ces questions et 3) s'efforcer d'amener les parties à un règlement. Ce paragraphe est très semblable à l'article 15 de l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux 205/ et à l'article 15 de la Convention européenne de 1957 pour le règlement pacifique des différends 206/. Les paragraphes restants précisent plus en détail comment cette tâche générale est accomplie en envisageant quatre étapes possibles.

2) Le paragraphe 2 vise l'étape de la collecte d'informations de cette procédure de conciliation. La Commission de conciliation commence par s'assurer de la position des parties au différend et par établir quels sont les points d'accord ou de désaccord. Les parties sont tenues de lui faire parvenir "un mémoire exposant leur position au sujet du différend ainsi que les faits sur lesquels cette position est fondée", et c'est là le début de la collecte d'informations, première étape de la procédure de conciliation. La Commission peut exiger des éléments d'information supplémentaires pour établir convenablement les faits pertinents qui sont en litige entre les parties. Ainsi, les parties sont dans l'obligation de "[fournir] à la Commission tous éléments supplémentaires d'information ou de preuve qu'elle pourra demander". La Commission peut aussi recourir à divers moyens, et notamment à une enquête, pour recueillir tous autres éléments d'information dont elle peut avoir besoin pour recommander une solution aux parties.

3) La Commission de conciliation pourra juger nécessaire de conduire une enquête indépendante pour recueillir les éléments d'information pertinents au sujet du différend. Elle pourra enquêter aussi sur le territoire d'une ou plusieurs parties au différend, selon les faits particuliers du litige.

---

\* Rapport ... quarante-septième session, p. 190 à 193 (commentaire de l'ancien article 4).

205/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 71, p. 101.

206/ Série des traités européens No 23.

Les parties sont tenues d'"[aider] la Commission dans toute enquête indépendante qu'elle pourra souhaiter entreprendre, y compris sur le territoire de toute partie au différend, sauf lorsque des raisons exceptionnelles s'y opposeront". Il faudrait que la Commission de conciliation consulte la partie concernée en vue de prendre les arrangements pratiques nécessaires pour mener à bien cette enquête. L'obligation d'un Etat partie à un différend de permettre une enquête sur son territoire représente un progrès important par rapport au stade actuel de développement du droit en matière de règlement pacifique des différends, qui exige généralement le consentement de l'Etat. De l'avis de la Commission, les parties devraient autoriser une enquête sur leur territoire lorsque c'est nécessaire pour régler le différend. La Commission a aussi reconnu qu'il pourrait se trouver des cas exceptionnels où il serait difficile en pratique à un Etat d'autoriser une telle enquête. En pareil cas, il faut que cette partie donne à la Commission de conciliation une explication des raisons exceptionnelles qu'elle a de refuser son autorisation. Cette prescription est destinée à permettre à la Commission de conciliation de voir si le refus n'est qu'une tentative d'obstruction pour entraver le processus de règlement, refus dont elle pourra tirer les conclusions qui s'imposent en ce qui concerne les faits litigieux 207/.

4) Le paragraphe 3 concerne la deuxième étape de la procédure de conciliation. Une fois achevée l'étape initiale de la collecte d'information, la Commission de conciliation "pourra, à sa discrétion, faire des propositions préliminaires à l'une quelconque des parties ou à toutes les parties, sans

---

207/ Cette solution va dans le sens de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire du Détroit de Corfou, où la Cour dit ce qui suit :

En revanche, le contrôle territorial exclusif exercé par l'Etat dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve propres à démontrer cette connaissance. Du fait de ce contrôle exclusif, l'Etat victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciels (circumstantial evidence). Ces moyens de preuve indirecte sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale. On doit les considérer comme particulièrement probants quand ils s'appuient sur une série de faits qui s'enchaînent et qui conduisent logiquement à une même conclusion.

Affaire du Détroit de Corfou (Fond, Arrêt), C.I.J. Recueil 1949, p. 18.

préjudice de ses recommandations finales". Ces propositions préliminaires pourront servir à accélérer le processus de règlement du différend si les parties acceptent le règlement proposé. Cette étape facultative est également destinée à offrir à la Commission de conciliation une possibilité de recueillir les vues des parties sur la solution qu'elle propose et, si celle-ci n'est pas acceptable, de rédiger une recommandation finale révisée pour tenter de nouveau de parvenir à un règlement. La Commission de conciliation n'est pas tenue de présenter, et les parties ne sont pas en droit de demander, des propositions préliminaires.

5) Le paragraphe 3 est aussi destiné à autoriser la Commission de conciliation à faire des propositions préliminaires ayant le caractère de mesures provisoires, en demandant, par exemple, aux parties au différend de s'abstenir de tout acte qui risquerait de causer un dommage irréparable ou de compliquer encore la tâche en vue du règlement du différend. La Commission de conciliation pourra proposer, de sa propre initiative et à sa discrétion, toutes mesures provisoires appropriées en vue de faciliter ce règlement. Les parties ne sont pas en droit de demander de telles mesures. Ces mesures provisoires auraient valeur de recommandations, conformément au caractère non obligatoire de la procédure de conciliation. La Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit aussi que la commission de conciliation envisagée dans son annexe "peut signaler à l'attention des parties au différend toutes mesures susceptibles de faciliter un règlement amiable" 208/.

6) Le paragraphe 4 concerne la troisième étape de la procédure de conciliation. Après avoir recueilli les informations nécessaires et consulté les parties sur d'éventuelles propositions préliminaires, la Commission de conciliation doit leur soumettre un rapport contenant ses recommandations en vue du règlement du différend au plus tard trois mois après sa constitution. Ce délai a été jugé raisonnable pour lui permettre de mener à bien sa tâche. En outre, étant relativement court, il ne retarderait pas très sensiblement l'engagement d'autres procédures de règlement si le différend ne pouvait pas être réglé par la conciliation. La Commission de conciliation pourra spécifier dans son rapport le délai dans lequel les parties devront répondre à ses recommandations. Elles peuvent y répondre favorablement et aboutir ainsi à un règlement à l'amiable de leur différend. Elles peuvent aussi répondre en indiquant que la solution recommandée soulève pour elles certaines

difficultés, auquel cas la Commission de conciliation aurait la possibilité de tenir compte de leurs vues en tentant un nouvel effort pour régler le différend, ainsi que le prévoit le paragraphe 5 du présent article. La Commission de conciliation pourra imposer aux parties des dates limites pour la présentation de leurs observations sur ses recommandations afin d'éviter tout retard excessif dans le processus de règlement du différend. L'emploi du terme "recommandations" cadre avec le caractère non obligatoire de la procédure de conciliation.

7) Le paragraphe 5 prévoit une quatrième étape possible si la réponse des parties aux recommandations de la Commission n'a pas abouti à un règlement amiable du différend. Cette dernière étape est destinée à ménager à la Commission une dernière chance d'amener les parties au différend à un règlement. Au vu de la réponse des parties, la Commission de conciliation pourra conclure que, moyennant quelques ajustements, sa recommandation peut offrir une base d'accord en vue d'un règlement. Ainsi, elle pourra présenter aux parties "un rapport final contenant son appréciation du différend et ses recommandations en vue d'un règlement". Cette clause est destinée à lui permettre de faire connaître aux parties sa propre appréciation de la situation en vue de faciliter un règlement du différend plutôt que de porter un jugement de valeur sur les réponses des parties à ses recommandations. Cela dit, elle pourrait aussi conclure qu'il ne servirait à rien de présenter un rapport final et décider, par conséquent, de ne pas le faire. Ce pourrait être le cas si, par exemple, la réponse des parties indique que la recommandation de la Commission de conciliation ou toute variante de celle-ci ne fournit pas de base d'accord en vue d'un règlement ou si les parties se sont déjà mises d'accord pour engager une autre procédure de règlement des différends.

Article 58 [5]

Arbitrage

1. Si la commission de conciliation prévue à l'article 56 n'a pas été saisie du différend ou si les parties n'ont pas réussi à régler leur différend à l'amiable dans les six mois suivant la présentation du rapport de la commission, les parties au différend peuvent, d'un commun accord, soumettre le différend à un tribunal arbitral qui sera constitué conformément aux dispositions de l'annexe II des présents articles.
  
2. Toutefois, lorsque le différend s'élève entre des Etats parties aux présents articles dont l'un a pris des contre-mesures à l'encontre de l'autre, l'Etat à l'encontre duquel les contre-mesures sont prises a le droit de soumettre unilatéralement à tout moment le différend à un tribunal arbitral qui sera constitué conformément à l'annexe II des présents articles.

Commentaire \*/

1) L'article 5 prévoit deux types d'arbitrage, 1) l'arbitrage volontaire par accord des parties au différend, dans le cadre du système général de règlement des différends, et 2) l'arbitrage obligatoire à l'initiative unilatérale d'un Etat présumé fautif qui fait l'objet de contre-mesures, à titre de régime spécial de règlement des différends liés au recours à des contre-mesures.

2) Le paragraphe 1 prévoit l'arbitrage demandé d'un commun accord par les parties au différend comme quatrième phase possible du système général de règlement des différends. Il vise en premier lieu à régler les situations dans lesquelles un différend n'a pas été résolu dans un délai raisonnable à l'issue de l'une quelconque des trois premières phases prévues respectivement aux articles premier, 2 et 3, ou par tout autre moyen. Il prévoit que les parties peuvent soumettre d'un commun accord leur différend à l'arbitrage dans deux cas : 1) si la procédure de conciliation envisagée à l'article 3 n'a pas été engagée, ou 2) si ladite procédure ayant été engagée, les parties n'ont pas réussi à régler leur différend à l'amiable six mois après la présentation du rapport non contraignant de la Commission de conciliation. L'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux prévoit aussi en son article 21 la possibilité d'un règlement arbitral dans le cas où les parties ne se seraient pas entendues à l'issue d'une procédure de conciliation antérieure 209/.

3) Avec la possibilité d'une procédure de règlement obligatoire des différends par tierce partie, ce paragraphe est destiné à offrir un instrument efficace de règlement des différends entre les Etats parties au présent projet d'articles dans le cadre du système général de règlement des différends. Les parties peuvent préférer commencer par tenter de trouver une solution par voie de négociations sans la participation d'une tierce partie ou en recourant à une procédure de règlement non obligatoire par tierce partie, avant de soumettre leur différend à une procédure de règlement obligatoire par tierce partie. Mais elles peuvent aussi préférer accélérer le processus de règlement du différend en se mettant d'accord pour soumettre celui-ci à un règlement arbitral ou judiciaire sans essayer d'abord de le résoudre par d'autres moyens. De même, elles peuvent s'entendre sur le mandat et la constitution du

---

\* Rapport ... quarante-septième session, p. 194 à 196 (commentaire de l'ancien article 5).

209/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 71, p. 101.

tribunal arbitral ou, à défaut, soumettre leur différend à un tribunal arbitral constitué conformément aux dispositions de l'annexe et ayant pour mandat celui qui est prévu à l'article suivant. Ces dispositions supplétives sont destinées à garantir que la procédure arbitrale ne sera pas retardée ou empêchée par l'absence d'accord des parties sur ces questions et que leur commune volonté de régler leur différend par l'arbitrage pourra effectivement être mise à exécution. Rien n'empêcherait les parties à un différend de s'entendre pour soumettre celui-ci à un autre tribunal, y compris dans la situation envisagée au paragraphe 2 de l'article 5.

4) Le paragraphe 2 institue un régime spécial d'arbitrage obligatoire pour les différends surgissant lorsque l'Etat lésé a pris des contre-mesures. L'Etat présumé fautif contre lequel elles sont dirigées a le droit d'engager unilatéralement la procédure d'arbitrage obligatoire. L'Etat lésé, pour sa part, n'a pas ce droit, ou plus exactement est tenu, après avoir pris des contre-mesures, de se soumettre à l'arbitrage. Le caractère exceptionnel de ce régime spécial de règlement applicable aux différends liés à des contre-mesures est indiqué par le membre de phrase "Toutefois, lorsque". Ainsi, l'Etat présumé fautif a la faculté d'instituer la procédure d'arbitrage sans essayer d'abord de régler le différend par l'un quelconque des autres moyens envisagés dans le système général. La précision "à tout moment" est destinée à éviter toute ambiguïté sur ce point.

5) C'est la contre-mesure qui donne naissance au droit unilatéral de l'Etat présumé fautif d'engager la procédure d'arbitrage obligatoire, mais le champ de cette procédure ne se limite pas à la licéité de la contre-mesure, il s'étend au différend initial qui a conduit l'Etat lésé à prendre cette contre-mesure. Ce différend peut lui-même porter non seulement sur des questions liées aux règles secondaires figurant dans le projet d'articles sur la responsabilité des Etats, mais aussi sur les règles primaires dont la violation est alléguée. En pratique, il serait difficile à un tribunal arbitral de se prononcer sur la licéité de contre-mesures sans prendre en considération des questions connexes comme celle de savoir s'il y a eu violation d'une règle primaire et si cette violation est imputable à l'Etat présumé fautif. Cette conception plus large du champ de la procédure arbitrale devrait aussi favoriser un règlement plus complet, plus rationnel et plus efficace du différend en résolvant toutes les questions connexes. Des divergences de vues se sont fait jour au sein de la Commission sur le point de savoir si le projet d'articles sur la responsabilité des Etats devait contenir

des dispositions d'une aussi grande portée en matière de règlement des différends.

6) Le mandat et la constitution du tribunal arbitral aux fins de l'arbitrage obligatoire sont définis à l'article suivant et à l'annexe afin que la procédure ne soit pas retardée ou empêchée si les parties ne peuvent s'entendre sur ces questions.

Article 59 [6]

Mandat du tribunal arbitral

1. Le tribunal arbitral, qui sera appelé à trancher avec effet obligatoire les points de fait ou de droit qui seront en litige entre les parties et qui seront pertinents en vertu de toute disposition des présents articles, sera régi par les règles énoncées ou visées dans l'annexe II des présents articles et fera connaître sa décision aux parties dans un délai de six mois à compter de la date de clôture de la procédure orale et de la procédure écrite et du dépôt des conclusions des parties.

2. Le tribunal sera habilité à faire toute enquête qu'il jugera nécessaire pour établir les faits de la cause.

Commentaire \*/

- 1) L'article 6 définit le mandat général du tribunal arbitral visé à l'article 5 et au paragraphe 2 de l'article 7.
- 2) Aux termes du paragraphe 1, le tribunal arbitral tranchera "les points de fait ou de droit qui seront en litige entre les parties et qui seront pertinents en vertu de toute disposition du présent projet d'articles". Le premier critère pose que le différend soumis au tribunal arbitral est déterminé par les points de fait ou de droit désignés par les parties au différend comme l'objet de leur désaccord. Le second critère est la formule type employée dans les dispositions des accords internationaux relatives au règlement des différends. La Commission a reconnu que ce critère exigeait une certaine souplesse dans le contexte du présent projet d'articles pour assurer le règlement du différend entre les parties. Le tribunal arbitral pourrait devoir prendre en considération divers points de fait et de droit pour régler un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions du présent projet d'articles, y compris celles qui concernent les contre-mesures. Il pourrait être amené, par exemple, à prendre en considération des questions concernant les règles primaires de droit international sur lesquelles s'appuient les parties, les violations alléguées de ces règles, l'attribution de ces violations à l'Etat présumé fautif, la licéité des contre-mesures

---

\* Rapport ... quarante-septième session, p. 196 à 198 (commentaire de l'ancien article 6).

éventuellement prises et les conséquences d'une violation par l'une ou l'autre partie du droit international consistant en tout fait illicite initial ou toute contre-mesure illicite. La formule "les points" est employée pour couvrir tous les points de fait ou de droit que le tribunal arbitral pourra être appelé à trancher pour régler le différend entre les parties concernant le présent projet d'articles.

3) Le paragraphe 1 prévoit aussi que le tribunal arbitral sera appelé à trancher tous les points pertinents "avec effet obligatoire", conformément à la coutume, qui confère un caractère obligatoire aux sentences arbitrales. Pour faciliter un règlement du différend entre les parties, le tribunal arbitral pourra aussi devoir ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, y compris la cessation du fait illicite et la suspension des contre-mesures, dans l'attente de la solution définitive apportée par la sentence arbitrale. Le tribunal arbitral possède le pouvoir implicite d'imposer les mesures contraignantes de cette nature qui peuvent être nécessaires pour garantir l'accomplissement effectif de la tâche qui lui a été confiée, à savoir le règlement du différend entre les parties. Cela correspond au caractère obligatoire de cette procédure de règlement des différends par tierce partie. La Commission a estimé que les procédures et les pouvoirs d'un tribunal arbitral, y compris le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires, étaient généralement compris et n'avaient pas à être développés dans ce paragraphe.

4) Le présent article stipule que le tribunal arbitral doit faire connaître sa décision aux parties "dans un délai de six mois à compter de la date de clôture de la procédure orale et de la procédure écrite et du dépôt des conclusions des parties". La Commission a jugé utile de prévoir une date limite pour l'achèvement des travaux du tribunal et considéré comme raisonnable pour ce faire un délai de six mois à compter de la date du dépôt des conclusions finales des parties.

5) Aux termes du paragraphe 2, le tribunal arbitral "sera habilité à faire toute enquête qu'il jugera nécessaire pour établir les faits de la cause". Cette disposition sanctionne l'importance, pour un tribunal arbitral, de la possibilité de recourir à une enquête lorsqu'il la juge nécessaire pour établir les faits en litige entre les parties. Le tribunal arbitral est habilité à entreprendre "toute enquête" qu'il juge nécessaire pour résoudre les questions de fait litigieuses, y compris sur le territoire d'une partie au différend. Bien que les parties ne soient pas obligées en vertu de ce

paragraphe d'autoriser une telle enquête, la Commission a considéré qu'elles devraient y être encouragées pour faciliter les travaux du tribunal arbitral et le règlement de leur différend. De plus, il devrait être permis au tribunal arbitral de tirer les conclusions qui s'imposent du refus d'une partie d'autoriser une telle enquête, ainsi qu'il a été exposé à propos de l'article 4.

Article 60 [7]

Validité d'une sentence  
arbitrale

1. Si la validité d'une sentence arbitrale est contestée par l'une ou l'autre partie au différend et si, dans les trois mois qui suivent la date de la contestation, les parties ne se sont pas mises d'accord sur un autre tribunal, la Cour internationale de Justice sera compétente, à la demande faite en temps voulu par toute partie, pour confirmer la validité de la sentence ou la déclarer nulle en totalité ou en partie.

2. Toute question en litige non résolue par l'annulation de la sentence peut, à la demande de toute partie, être soumise à un nouvel arbitrage devant un tribunal arbitral qui sera constitué conformément à l'annexe II des présents articles.

Commentaire \*/

1) L'article 7 vise la situation qui peut surgir à la suite d'un arbitrage en cas de contestation par l'une des parties au différend de la validité de la sentence. Il peut s'agir d'un différend soumis à l'arbitrage d'un commun accord par les parties dans le cadre du système général de règlement des différends, ou à l'initiative unilatérale d'un Etat présumé fautif faisant l'objet de contre-mesures dans le cadre du système spécial de règlement des différends prévu dans les présents articles. Cet article est destiné à dissuader une partie à un différend d'intenter abusivement une action en nullité pour se soustraire à l'exécution d'une sentence arbitrale qui lui est défavorable. Il est aussi destiné à empêcher une partie à un différend lié au recours à des contre-mesures de méconnaître le régime spécial de règlement applicable aux différends de cette nature en passant outre au résultat de l'arbitrage obligatoire sous un fallacieux prétexte de nullité. Si les parties n'engagent pas d'autre procédure pour régler leur différend sur la validité de la sentence, cet article prévoit un mécanisme à cette fin par l'introduction d'une instance devant la Cour internationale de Justice sur requête unilatérale de toute partie. Les avis étaient partagés au sein de la Commission sur le point de savoir si ces situations devaient être traitées dans la troisième partie du projet d'articles. Certains membres ont relevé

---

\* Rapport ... quarante-septième session, p. 198 à 201 (commentaire de l'ancien article 7).

avec quelque inquiétude que le rôle ainsi conféré à la Cour internationale de Justice par rapport à la procédure arbitrale ajoutait une étape supplémentaire au processus de règlement des différends. La Commission a décidé de retenir le présent article, non point pour prévoir une procédure d'appel, mais pour garantir l'efficacité de l'arbitrage envisagé à l'article 5 comme mode de règlement des différends entre les Etats parties au présent projet d'articles. Cette disposition est analogue aux articles 36 et 37 du Modèle de règles sur la procédure arbitrale.

2) Le paragraphe 1 vise à garantir l'existence d'un mécanisme efficace pour résoudre les questions de validité d'une sentence arbitrale. Il prévoit que toute partie au différend peut, en en faisant la demande en temps voulu, soumettre unilatéralement un différend sur la validité d'une sentence arbitrale à la Cour internationale de Justice, moyennant deux conditions : il faut, premièrement, que l'une quelconque des parties au différend ait contesté la validité de la sentence et, deuxièmement, que les parties n'aient pu s'entendre pour soumettre le différend à ce sujet à un autre tribunal dans les trois mois suivant la date de la sentence. Le délai de contestation de la validité d'une sentence arbitrale et de présentation de la demande correspondante de détermination judiciaire de cette validité pourra varier selon les causes de nullité invoquées, ainsi que le prévoit le Modèle de règles sur la procédure arbitrale 210/.

3) Dans la procédure judiciaire envisagée au paragraphe 1 du présent article, la Cour internationale de Justice n'aurait compétence que 1) pour confirmer la validité de la sentence arbitrale en l'absence de toute cause de nullité, ou 2) pour prononcer la nullité totale ou partielle de la sentence pour les causes spécifiées. La Commission a relevé que les raisons pouvant être invoquées pour contester la validité d'une sentence arbitrale étaient énoncées à l'article 35 du Modèle de règles sur la procédure

---

210/ En vertu de son article 36, une partie peut contester la validité d'une sentence arbitrale, pour 1) excès de pouvoir du tribunal ou 2) absence de motivation de la sentence ou dérogation grave à une règle fondamentale de procédure, dans les six mois suivant le prononcé de la sentence, et, pour 1) corruption d'un membre du tribunal ou 2) nullité de l'engagement d'arbitrage ou du compromis, dans les six mois de la découverte de la corruption ou du fait motivant la nullité de l'engagement d'arbitrage ou du compromis. Annuaire ... 1958, vol. II, p. 89.

arbitrale 211/. La Cour ne serait pas compétente pour réexaminer les constatations de fait ou de droit du tribunal arbitral ou la sentence au fond. Ainsi, le présent paragraphe prévoit une procédure judiciaire limitée concernant la validité d'une sentence arbitrale, et non une procédure d'appel ou de révision générale de la sentence au fond. Il y a eu à ce jour deux procédures de cette nature engagées devant la Cour internationale de Justice 212/. La sentence arbitrale demeurerait définitive et obligatoire pour les parties au différend si la nullité n'était pas prononcée. Un arrêt de la Cour internationale de Justice confirmant la validité d'une sentence arbitrale ne pourrait pas, en cas d'inexécution de la sentence, fonder un recours au Conseil de sécurité en vertu de l'Article 94 de la Charte des Nations Unies, puisque les obligations de règlement du différend incombent aux parties en vertu de la sentence arbitrale, et non de la décision judiciaire confirmant sa validité.

4) Le paragraphe 2 vise le cas où la procédure arbitrale n'a pas permis de régler le différend qui s'est élevé entre les parties à la suite d'une procédure judiciaire ultérieure ayant abouti à l'annulation totale ou partielle de la sentence arbitrale. Ce paragraphe prévoit que toute partie au différend peut soumettre les questions litigieuses non résolues à un nouvel arbitrage, conformément à l'article 6. Cette procédure arbitrale pourrait être envisagée comme la continuation ou l'achèvement de l'arbitrage demandé d'un commun accord par les parties ou de l'arbitrage obligatoire engagé par l'Etat

---

211/ L'article 35 du Modèle de règles sur la procédure arbitrale se lit comme suit :

La validité d'une sentence peut être contestée par toute partie pour l'une ou plusieurs des raisons suivantes :

- a) Excès de pouvoir du tribunal;
- b) Corruption d'un membre du tribunal;
- c) Absence de motivation de la sentence ou dérogation grave à une règle fondamentale de procédure;
- d) Nullité de l'engagement d'arbitrage ou du compromis.

Annuaire ... 1958, vol. II, p. 89.

212/ Voir Affaire de la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906, Arrêt du 18 novembre 1960 (C.I.J. Recueil 1960, p. 192) et Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, Arrêt (C.I.J. Recueil 1991, p. 53).

présupposé fautif à l'encontre duquel des contre-mesures auraient été prises, en vertu, respectivement, des paragraphes 1 et 2 de l'article 5. Le terme "nouveau" sert à indiquer que le différend consistant dans les questions non résolues sera tranché par un nouveau tribunal arbitral constitué conformément aux dispositions de l'annexe et ayant pour mandat celui qui est prévu à l'article 6. Il s'agit ainsi de garantir l'existence d'une procédure efficace pour régler sans retard inutile le différend qui persiste entre les parties.

#### Annexe I

##### La commission de conciliation

1. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dresse et tient une liste de conciliateurs composée de juristes qualifiés. A cette fin, tout Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies ou Partie aux présents articles est invité à désigner deux conciliateurs, et les noms des personnes ainsi désignées composeront la liste. La désignation des conciliateurs, y compris ceux qui sont désignés pour remplir une vacance fortuite, est faite pour une période de cinq ans renouvelable. A l'expiration de la période pour laquelle ils auront été désignés, les conciliateurs continueront à exercer les fonctions pour lesquelles ils auront été choisis conformément au paragraphe 2.

2. Une partie à un différend peut soumettre celui-ci à la conciliation conformément à l'article 56 en adressant une demande au Secrétaire général, qui établit une commission de

conciliation composée comme suit :

a) L'Etat ou les Etats constituant une des parties au différend nomment :

i) un conciliateur de la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi ou non sur la liste visée au paragraphe 1; et

ii) un conciliateur n'ayant pas la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi sur la liste.

b) L'Etat ou les Etats constituant l'autre partie au différend nomment deux conciliateurs de la même manière.

c) Les quatre conciliateurs choisis par les parties doivent être nommés dans les soixante jours suivant la date à laquelle le Secrétaire général reçoit la demande.

d) Dans les soixante jours qui suivent la dernière nomination, les quatre conciliateurs en nomment un cinquième, choisi sur la liste, qui sera président.

e) Si la nomination du président ou de l'un quelconque des autres conciliateurs n'intervient pas dans le

délai prescrit ci-dessus pour cette nomination, elle sera faite par le Secrétaire général dans les soixante jours qui suivent l'expiration de ce délai parmi les personnes inscrites sur la liste. L'un quelconque des délais dans lesquels les nominations doivent être faites peut être prorogé par accord des parties.

f) Toute vacance doit être remplie de la façon spécifiée pour la nomination initiale.

3. Le fait pour une ou plusieurs parties de ne pas participer à la procédure de conciliation ne constitue pas un obstacle à la procédure.

4. En cas de contestation sur le point de savoir si une commission constituée en vertu de la présente annexe est compétente, cette commission décide.

5. La commission arrête elle-même sa procédure. Les décisions de la commission sont adoptées à la majorité des voix de ses cinq membres.

6. Lorsque plus de deux parties font cause séparée ou ne peuvent s'entendre sur le point de savoir si elles doivent faire cause commune, les parties au différend appliquent le paragraphe 2 dans toute la mesure possible.

Commentaire \*/

1) L'article premier de l'annexe prévoit la constitution de la commission de conciliation et la procédure envisagées à l'article 3 de la troisième partie.

2) Le paragraphe 1 prévoit l'établissement et la tenue par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies d'une liste de conciliateurs composée de juristes qualifiés. Cette liste vise à faciliter la constitution d'une commission de conciliation sans retard excessif une fois la procédure engagée en application de l'article 3 de la troisième partie. Ce paragraphe est identique au paragraphe 1 de l'Annexe à la Convention de Vienne sur le droit des traités.

3) Le paragraphe 2 établit la procédure par laquelle une partie au différend peut déclencher unilatéralement le mécanisme de conciliation obligatoire prévu à l'article 3 de la troisième partie, à savoir en adressant une demande au Secrétaire général en vue de la constitution de la commission de conciliation. Ce paragraphe, qui n'appelle pas d'explications particulières, énonce la procédure à suivre en vue de la constitution de la commission de conciliation et de la nomination de son président. Cette disposition est pratiquement identique au paragraphe 2 de l'Annexe à la Convention de Vienne sur le droit des traités.

- 4) Le paragraphe 3 prévoit la poursuite de la conciliation obligatoire envisagée même si une ou plusieurs parties au différend ne participent pas à la procédure. Il est semblable à l'article 12 de l'Annexe V de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.
- 5) Le paragraphe 4 vise le cas de désaccord entre les parties quant à la compétence de la commission de conciliation. Il prévoit que la commission de conciliation tranche toute question de cette nature. Il s'agit là d'un principe généralement reconnu en ce qui concerne les procédures de règlement des différends par une tierce partie. Ce paragraphe est identique à l'article 13 de l'Annexe V de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.
- 6) Le paragraphe 5 prévoit que la commission de conciliation arrête elle-même sa procédure. Il prévoit aussi que la commission prend ses "décisions" à la majorité des voix de ses cinq membres. Le terme "décisions" doit être considéré à la lumière du caractère facultatif de la procédure de conciliation, en vertu de laquelle la commission de conciliation prend des décisions ayant le caractère de recommandations. Ce paragraphe est très semblable au paragraphe 3 de l'Annexe à la Convention de Vienne sur le droit des traités.
- 7) La troisième partie reconnaît qu'il peut surgir des différends qui mettent en cause plus de deux Etats parties au projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Le paragraphe 6 du présent article indique que les dispositions concernant la constitution de la commission de conciliation s'appliquent autant que faire se peut aux différends multilatéraux. Ce paragraphe est identique à l'article 3 h) de l'Annexe V de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

---

\* Rapport ... quarante-septième session, p. 202 et 203 (commentaire de l'ancien article premier de l'annexe).

Annexe II

Le tribunal arbitral

1. Le tribunal arbitral visé aux articles 58 et 60, paragraphe 2, se composera de cinq membres. Les parties au différend en nommeront chacune un, qui pourra être choisi parmi leurs nationaux respectifs. Les trois autres arbitres, y compris le surarbitre, seront choisis d'un commun accord parmi les nationaux d'Etats tiers.

2. Si la nomination des membres du tribunal n'intervient pas dans un délai de trois mois à compter de la demande adressée par l'une des parties à l'autre de constituer un tribunal arbitral, les nominations nécessaires seront faites par le Président de la Cour internationale de Justice. Si celui-ci est empêché ou s'il est de la nationalité de l'une des parties, les nominations seront faites par le Vice-Président. Si celui-ci est empêché ou s'il est de la nationalité de l'une des parties, les nominations seront faites par le plus ancien membre de la Cour qui n'a la nationalité d'aucune des parties. Les membres ainsi nommés devront être de nationalités différentes et, sauf dans le cas de nominations faites parce que l'une ou l'autre des parties n'a pas nommé de membre, ne devront pas être de la nationalité ni se trouver au service d'une des parties, ni avoir leur résidence habituelle sur le territoire de l'une d'elles.

3. Il sera pourvu, dans le plus bref délai, à toute vacance qui viendrait à se produire par suite de décès ou de démission, ou pour toute

autre raison, suivant le mode fixé pour les nominations initiales.

4. A la suite de la constitution du tribunal, les parties rédigeront un accord précisant l'objet du litige, si elles ne l'ont pas fait précédemment.

5. Si un accord n'a pas été conclu dans un délai de trois mois à compter de la constitution du tribunal, l'objet du différend sera déterminé par le tribunal sur la base de la requête dont il aura été saisi.

6. Le fait pour une ou plusieurs parties de ne pas participer à la procédure d'arbitrage ne constitue pas un obstacle à la procédure.

7. A moins que les parties au différend n'en conviennent autrement, le tribunal arbitral arrêtera lui-même sa procédure. Les décisions du tribunal sont adoptées à la majorité des voix de ses cinq membres.

Commentaire \*/

- 1) L'article 2 de l'annexe prévoit la constitution du tribunal arbitral et la procédure envisagées à l'article 5 de la troisième partie.
- 2) Le paragraphe 1 stipule que le tribunal arbitral se composera de cinq membres, y compris le surarbitre, nommés conformément à la procédure énoncée dans ce paragraphe. Cette disposition, qui n'appelle pas d'explications particulières, est analogue à l'article 22 de l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux de 1949 et à l'article 3 de l'Annexe VII à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. La Commission n'a pas jugé nécessaire de prévoir l'établissement d'une liste d'arbitres potentiels, comme stipulé dans ce dernier instrument.
- 3) Le paragraphe 2 vise le cas où la nomination d'un ou plusieurs membres du tribunal arbitral selon la procédure envisagée au paragraphe 1 n'intervient pas dans un laps de temps raisonnable. La Commission a considéré qu'une période de trois mois à compter de la demande de constitution du tribunal arbitral constituait un délai suffisant pour la nomination de ses membres. Dans le cas considéré, le Président, le Vice-Président ou le membre le plus âgé de la Cour internationale de Justice nommerait les autres membres du

---

\* Rapport ... quarante-septième session, p. 204 à 206  
(commentaire de l'ancien article 2 de l'annexe).

tribunal arbitral, selon les modalités prévues dans le présent paragraphe. Ce paragraphe a pour objet d'éviter tout retard déraisonnable dans la constitution du tribunal arbitral en prévoyant un mode de nomination convenable de ses membres par une tierce partie objective et impartiale au cas où la procédure envisagée au paragraphe 1 n'aboutirait pas à la nomination des cinq membres. Comme prévu au paragraphe 1, une seule personne ayant la nationalité d'une partie au différend peut être nommée membre du tribunal arbitral en application du présent paragraphe. Les conditions supplémentaires prévues au paragraphe 2 visent aussi à assurer l'impartialité des membres nommés selon la procédure envisagée dans le présent paragraphe. Le paragraphe 2 est analogue à l'article 3 de l'Annexe VII à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et à l'article 3 du Modèle de règles sur la procédure arbitrale.

4) Le paragraphe 3 prévoit la nomination d'un membre du tribunal arbitral en cas de vacance selon la même procédure que celle prévue pour les nominations initiales. Le membre de phrase "dans le plus bref délai" vise à éviter tout retard excessif dans la procédure d'arbitrage. Ce paragraphe s'inspire de l'article 24 de l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux de 1949 et de l'article 3 f) de l'Annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

5) Le paragraphe 4 reconnaît l'obligation des parties de se mettre d'accord sur l'objet précis du litige à soumettre à l'arbitrage, à la suite de la constitution du tribunal arbitral, si elles ne l'ont pas déjà fait. Ce paragraphe va dans le sens de la pratique habituelle en matière d'arbitrage. Il est analogue à l'article 25 de l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux de 1949.

6) Le paragraphe 5 habilite le tribunal à déterminer l'objet du différend sur la base de la requête si les parties ne sont pas parvenues à un accord comme prévu au paragraphe précédent dans les trois mois qui suivent la constitution du tribunal arbitral. Ce paragraphe vise à éviter tout retard excessif dans le déclenchement de la procédure d'arbitrage une fois que le tribunal a été constitué. Les paragraphes 4 et 5 sont comparables à l'article 8 du Modèle de règles sur la procédure arbitrale.

7) Le paragraphe 6 prévoit la poursuite de la procédure arbitrale au cas où une partie ne participerait pas à la procédure. Cette disposition vise à assurer que le différend est effectivement réglé par voie d'arbitrage même si une partie essaie de faire obstruction au processus de règlement du différend.

Ce paragraphe s'inspire de l'article 9 de l'Annexe VII à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Le paragraphe 3 de l'article premier de la présente annexe contient une disposition similaire en matière de conciliation.

8) Le paragraphe 7 indique que le tribunal arbitral arrête lui-même sa procédure à moins que les parties n'en conviennent autrement. Le tribunal prend ses décisions à la majorité des voix. Ce paragraphe est semblable à l'article 5 de l'Annexe VII à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et à l'article 12 du Modèle de règles sur la procédure arbitrale.

9) Il n'a pas été jugé utile de reprendre, au sujet du tribunal arbitral, toutes les règles correspondantes incluses dans l'article premier de l'Annexe sur la commission de conciliation. La Commission a estimé que ces règles étaient suffisamment établies en matière arbitrale et revêtaient un caractère coutumier.